



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

*Escuela Nacional de Estudios Profesionales
"ACATLÁN"*

LA PRAXIS JURÍDICA DE LA DETENCIÓN EN LA REPÚBLICA



T E S I S

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

Guillermo González Francisco



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.

INDICE

Págs.

Introducción -----	4
--------------------	---

CAPITULO I.

GENERALIDADES DE LA DETENCION.

1. Noción Jurídica -----	7
2. Su objeto o fin -----	10
3. Sus causas de procedencia -----	12
4. Sus consecuencias -----	14
5. Su diferencia con la citación, orden de comparecencia, orden de presentación y orden de aprehensión -----	16
5.1. La citación -----	16
5.2. La orden de comparecencia -----	18
5.3. La orden de presentación -----	20
5.4. La orden de aprehensión -----	22

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS

1. Antecedentes históricos -----	24
2. Derecho griego y romano -----	25
3. Derecho canónico -----	27
4. Derecho español -----	29
4.1 Leyes de Partidas -----	29
4.2 Novísima Recopilación -----	31
4.3 Decretos de las Cortes -----	32
4.4 Constitución de Cádiz -----	33
4.5 Otras legislaciones españolas que regulaban la detención -----	35
5. La Legislación Mexicana -----	36

5.1	Derecho prehispánico -----	36
5.2	Periodo colonial -----	37
a)	Leyes de Indias -----	37
b)	Tribunal de la inquisición -----	40
c)	Repercusión de la Constitución de Cádiz -----	42
5.3	Epoca independiente -----	43
a)	Constitución de Apatzingán de 1814 -----	44
b)	Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de -- 1823 -----	45
c)	Constitución de 1824 -----	47
d)	Leyes Constitucionales de 1836 -----	48
e)	Bases Orgánicas de 1843 -----	50
f)	Estatuto Orgánico Provisional de 1856 -----	52
g)	Constitución de 1857 -----	54
h)	Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865 -----	56
i)	Los Códigos Procesales de 1880, 1894 y 1908 -----	58

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DE LA DETENCION

1.	Elementos para librar la orden de aprehensión -----	64
2.	Quiénes pueden emitirla -----	70
3.	Su ejecución -----	71
4.	Casos de confusión en la persona que se va a aprehender --	73
5.	Medios de combatirla -----	74
6.	Otros preceptos constitucionales que regulan la detención-	78
6.1	Casos excepcionales -----	78
a)	Delito flagrante -----	78
b)	Casos urgentes -----	79
6.2	Las garantías que se protegen -----	82
a)	De libertad -----	82

	págs.
b) De audiencia -----	83
c) De legalidad -----	83
d) De seguridad jurídica -----	85
6.3 Duración de la detención -----	86
a) Excepciones en el artículo 119 -----	89
7. En los Códigos Procesales de la República -----	91
7.1 Uniformidad y diversidad de criterios -----	91

CAPITULO IV

LA PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD

1. Sujeto activo -----	96
2. Sujeto pasivo -----	97
3. Bien jurídicamente protegido -----	98
4. Punibilidad -----	99
5. Su conversión al carácter de plagio o secuestro -----	100
6. Su relación con el abuso de autoridad -----	103
7. La práctica de detenciones masivas -----	106

CAPITULO V

LA DETENCION EN EL DERECHO COMPARADO

1. Derecho comparado -----	107
1.1 En Italia -----	107
1.2 En España -----	111
1.3 La Legislación Francesa -----	114
1.4 La Constitución de la URSS -----	118
1.5 La Legislación Argentina -----	120
1.6 En Estados Unidos de América -----	124
1.7 Las Leyes Japonesas -----	127

CAPITULO VI
LOS DERECHOS HUMANOS

1. Su violación -----	135
2. Su protección por los tribunales constitucionales -----	136
2.1 La Corte Constitucional en Austria -----	137
2.2 El Tribunal Constitucional Federal Alemán -----	137
2.3 La Protección de los Derechos Fundamentales en Francia -	138
2.4 La Corte Constitucional de Italia -----	138
2.5 Tribunales y recursos en España -----	139
2.6 La justicia constitucional en los países socialistas ---	140
2.7 Cortes y tribunales constitucionales en Latinoamérica --	142
Conclusiones -----	145
Bibliografía -----	147

INTRODUCCION

A través del tiempo, se ha convertido en una aspiración universal lograr el pleno reconocimiento y el respeto efectivo de los derechos, libertades y garantías inherentes a la existencia humana.

A ello ha contribuido la interferencia del Estado en la esfera jurídica del gobernado, que en forma por demás violenta limita, restringe o quebranta su libertad, seguridad e integridad corporal. Esto se reafirma con los informes que diversos organismos internacionales proporcionan, respecto de las constantes violaciones a los derechos humanos, y mediante noticias que por todos los medios informativos nos llegan sobre casos de persecuciones, detenciones arbitrarias, malos tratos, vejaciones, torturas, desapariciones e incluso asesinatos, de que son objeto los ciudadanos por parte de las fuerzas de seguridad estatal, por delitos reales o ficticios.

A pesar de ser uno de los bienes más preciados del ser humano, la libertad personal es también sin embargo, más frecuentemente quebrantada tanto por los detentadores del poder público como por los propios particulares. De ahí que todos los sistemas jurídicos se propongan garantizarla en forma cada vez más efectiva.

Así, el problema de la detención preventiva y en especial de la situación del detenido, constituye una preocupación incesante, por el estado de inseguridad y en ocasiones de indefensión -- que puede sufrir, debido a la acostumbrada actividad represiva de las autoridades, especialmente las policiales, quienes al aprehender a una persona generalmente lo hacen con violencia, sin comunicarle a que lugar lo conducirán, ya que en pleno siglo XX no deja de palpase la existencia de cárceles privadas o secretas bajo el control de las mismas autoridades policiales, en donde el inculpado no podrá defenderse contra la incomunicación, contra los más sofisticados métodos de tortura o contra cualquier otro tipo de violencia o agresiones físicas o psicológicas, tales como el ser expuesto excesivamente al frío o calor, a la luz u oscuridad, al hambre, etc., de tal forma que aun cuando el imputado sea realmente inocente, se verá obligado irremediabilmente a declararse culpable

del delito que se le acusa, violándose por lo tanto el derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ni a confesarse culpable.

Cabe destacar que dichas violaciones o agresiones contra el inculpado difícilmente podrán probarse, quedando por ende tales actos sin sanción.

En virtud de que dichas violaciones son cometidas por las propias autoridades estatales, es inexplicable la discrepancia existente entre el contenido de los ordenamientos legales y su realización material.

Ahora bien, desde su implantación hasta nuestros días, la figura jurídica de la detención ha sido duramente criticada tanto por los tratadistas como por la opinión pública, siendo más frecuente a mediados del siglo XVIII, debido a las ideas liberales - en contraposición al sistema inquisitorio imperante, en el cual la detención era aplicada indiscriminadamente. En este orden de ideas, cabe agregar que en esta época los derechos del inculpado eran ignorados, ya que era juzgado en secreto, sin asesoría legal y en la mayoría de los casos se le sometía a torturas para arrancarle la confesión.

Actualmente, el problema de la detención gira en torno a la desaplicación de la ley, los abusos y deformaciones que ella ha sufrido, lo que en gran parte se debe al sistema del gobierno decreciente y en consecuencia represor que cada Estado ejerce.

Por otra parte, en la detención preventiva siempre está latente el conflicto entre el interés individual y el colectivo, ya que mientras por un lado encontramos el derecho de todo ser humano de que se le respete su libertad personal, por el otro el de la sociedad afectada por el delito que reclama la necesidad de la represión.

Por otro lado, abordamos este tema con la finalidad de señalar la realidad en la aplicación de las normas que al respecto existen, esto porque no debemos permanecer pasivos ante la realidad viviente, en razón de que en todas partes del mundo diariamente se observa la no vigencia de los derechos humanos, por la falta

de disponibilidad de los Estados para protegerlos y mantenerlos.

Por todo lo anterior, nuestro trabajo consistirá en examinar las normas que rigen la detención preventiva en el país, en las jurisdicciones de algunas naciones y las normas que al respecto contienen: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos; al análisis de su práctica material, si se apega o no al contenido de las normas; asimismo, conforme a nuestra legislación contemplamos los delitos en que pueden incurrir las autoridades o particulares que realicen detenciones sin ajustarse a las reglamentaciones legales; por último nos ocupamos de la protección de los derechos humanos, en virtud de que con las detenciones arbitrarias se violan tales derechos.

CAPITULO I

GENERALIDADES DE LA DETENCION

1.- Noción jurídica

A través del tiempo han existido diversos conceptos sobre la detención, dependiendo del sistema legal vigente en cada época o en determinadas sociedades y del criterio de los autores que se sigan doctrinalmente.

Antes de mencionar las definiciones que dan algunos tratadistas, se deben aclarar tres cuestiones con respecto al tema: en primer lugar, podemos afirmar que se han marcado las diferencias entre detención gubernativa y judicial, basándose en los fines -- que persigue el órgano estatal que ordena su ejecución; en segundo lugar, la detención adopta calificativos como preventiva y provisional, debido a su carácter cautelar y temporal respectivamente; y por último diremos que se han empleado como sinónimos de la detención otros términos como aprehensión, arresto, encarcelación, custodia y prisión preventiva, tanto en el aspecto doctrinal como en el legislativo.

Etimológicamente el término detención, se deriva del latín *detentio-onis* que significaba privación de la libertad o arresto provisional, asimismo la raíz latina *detinere*, significaba detener o poner en prisión; así lo menciona Rodríguez y Rodríguez (1).

Para analizar y definir la institución jurídica de la detención, este autor toma en consideración los aspectos más importantes como son: histórico, doctrinal y legislativo.

Al respecto señala que: "la detención preventiva sería la medida privativa de libertad, impuesta excepcionalmente al presu- puesto responsable de un delito grave, en virtud de un mandato judicial, antes del pronunciamiento de sentencia firme."

(1) Rodríguez y Rodríguez, Jesús. *La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, - 1a. Edición, México 1981. págs. 13, 14 y 15.

Según De Pina, la detención es: "Privación de la libertad de una persona con objeto de ponerlo a disposición de una autoridad competente" (2).

Por su parte, Escriche, afirma que arrestar es lo mismo que detener y lo define como: "prender o quitar a una persona el uso de su libertad para que esta se mantenga a disposición del -- tribunal" (3).

Para Leone, procesalista italiano, la detención preventiva, a la que denomina: "encarcelación o custodia preventiva, está constituida por el estado de privación de libertad del imputado desde el momento de la captura hasta el momento en que se pronuncie el fallo", e indica que "esta situación puede cesar por libertad provisional o excarcelación así como reanudarse después de -- los dos mencionados eventos". (4).

Manzini, expresa: "La custodia preventiva (o detención o encarcelación preventiva) es el estado de privación de la libertad personal en que, a los fines del proceso penal, viene a encontrarse el imputado a consecuencia de la ejecución de un mandato o de una orden de arresto o de captura, o de legitimación del arresto sin mandato, o de convalidación de la detención o de la constitución en cárcel". (5).

Carrara, llama detención preventiva al encarcelamiento de una persona por la sola sospecha de su culpabilidad, antes de que haya sido condenada. (6).

(2) De Pina, Rafael. *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa, *dé cima edición*, México, 1981. Pág. 231.

(3) Escriche, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Librería de la Vda. de Ch. Bouret, París - México, 1925, Pág. 250.

(4) Leone, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Ejea, Buenos Aires, 1963, Pág. 259.

(5) Manzini, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. *Los Actos del Proceso Penal*. Traducción de Sentís Melendo y Marino Ayerra. Ejea, Buenos Aires, 1952, Pág. 629.

(6) Carrara, Francesco. Citado por Rodríguez y Rodríguez, J., *Ob. cit.*, pág. 13.

Los conceptos expuestos no son plenamente satisfactorios, ya que sólo son parcialmente explicativos, incluso algunos llegan hasta la confusión, a esto ha contribuido la falta de fijación de su objeto o fin específico, que como veremos en el siguiente apartado, en la historia de la detención han sido variados y múltiples; sin embargo, todos coinciden en la necesaria presencia del inculgado ante el órgano jurisdiccional, para que se cumplan los fines del proceso.

Sin estar exentos del mismo error que las anteriores definiciones, en nuestra opinión personal concebimos a la detención preventiva como una medida cautelar, de carácter procesal penal, en virtud de la cual se priva de la libertad a una persona mientras se cumplen las diligencias de instrucción del proceso seguido en su contra o se recaban elementos de juicio para determinar su situación con respecto a la imputación que se le hace como participante en un delito que merezca pena corporal.

En cuanto a la acepción jurídica de preventiva, cabe aclarar que se refiere a que con esta medida se previene que el imputado debe responder a la acusación formulada en su contra.

Para concluir, podemos decir que la institución jurídica de la detención, puede explicarse basándose en los objetivos que se persiguen al decretarla, en las causas que la originan y en las consecuencias que produce su ejecución, etc. y sin que tenga mayor trascendencia que se le conozca como arresto, prisión preventiva, custodia, detención provisional, encarcelación o de alguna otra forma.

2.- Su objeto o fin

Teniendo una noción de lo que es y en lo que consiste la detención, conviene analizar el objetivo o finalidad que se persigue al decretarse esta figura jurídica.

Durante los primeros tiempos de existencia, la detención tenía como objetivo primordial: garantizar la ejecución de la pena, evitando la fuga del inculcado. Posteriormente, este objetivo evolucionó hasta convertirse en la actualidad en los fines siguientes: (7).

- a) Asegurar la presencia del imputado, durante el desarrollo del juicio, ante la autoridad que debe juzgarlo;
- b) Garantizar la eventual ejecución de la pena;
- c) Posibilitar al inculcado el ejercicio de sus derechos de defensa;
- d) Evitar su fuga u ocultamiento;
- e) Evitar la destrucción o desaparición de pruebas, tales como huellas, instrumentos, producto o cuerpo del delito;
- f) Prevenir la posibilidad de la comisión de nuevos delitos por o contra el inculcado;
- g) Impedir al inculcado sobornar, influenciar o intimidar a los testigos o bien coludirse con sus cómplices, y
- h) Facilitar el descubrimiento de la verdad, mediante las investigaciones, búsquedas y pesquisas que no deben verse entorpecidas por el inculcado.

Por otra parte, "la privación de la libertad, con el carácter de detención, puede ser determinada por una situación meramente inquisitiva, o por otra inquisitiva-preventiva. En cualquiera de los dos casos la detención resultará un medio de instrucción legitimado por el propósito de que la verdad se averigüe, no se burle la justicia y la ley penal se cumpla" (8).

(7) Rodríguez y Rodríguez, J., *Ob. Cit.*, pág. 30.

(8) *Enciclopedia Jurídica OMEBA. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1968. Tomo II, Pág. 749.*

El fundamento del encarcelamiento preventivo (detención), es la necesidad de asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley y que aquel rigor máximo deja de justificarse cuando estos objetivos pueden cautelarse con medidas menos severas, surge la idea de evitarlo antes de que ocurra o de hacerlo cesar cuando ya se haya producido, siempre que en ambas hipótesis la privación de la libertad no sea necesaria. (9)

En nuestro modo de pensar, el objetivo principal de la detención preventiva es, como su nombre lo indica, prevenir un peligro: que el inculpado puede huir, evitando que la justicia venga a ser ilusoria. Pero para aplicar esta medida, el funcionario judicial debe tener el fundamento suficiente para juzgar que el peligro existe, y que por lo tanto, habrá que evitar el mal que para la sociedad resultaría de la impunidad de un delito, por la ausencia del responsable de él, lo que prácticamente atarfa las manos de la justicia, impidiéndole cumplir su misión. Dicho fundamento no podrá tenerlo sino después de haber agotado otros medios que pueden sustituir la detención; (+) o en su caso, otras medidas menos severas que la ley autoriza para esclarecer el hecho y asegurar al responsable, como pueden ser: la citación, orden de comparecencia, orden de presentación, etc.

La idea de evitar la detención, cuando los objetivos precedentes puedan satisfacerse con otros medios, es porque está en juego el derecho más preciado del hombre, el de su libertad personal.

En síntesis, la detención únicamente se justifica en la medida en que los intereses de la sociedad la hagan necesaria, -- procediendo su aplicación sólo cuando el Estado no cuente con medidas menos drásticas para satisfacer dichos intereses u objetivos.

(9) Cafferata Nores, José I. *La excoarcelación*. Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1976., pág. 46.

(+) Véase pág. 117.

3.- Sus causas de procedencia.

Antiguamente, bastaba la presunción o sospecha sin fundamentos de que determinada persona había cometido un delito, para que los encargados de la administración de justicia, procedieran a su detención.

En la actualidad, para poder determinar las causas o motivos que pueden dar origen a una detención, se debe tomar en cuenta que esta medida únicamente procede en los delitos sancionados con pena corporal, y que la mayoría de las legislaciones la consideran necesaria para que se cumplan algunos de los fines del proceso penal.

Por regla general, existen dos sistemas (o procedimientos) para determinar la procedencia de esta medida, uno directo y otro indirecto:

Directo.- La detención preventiva se autoriza en los delitos cuya pena rebase el límite marcado por la ley sustantiva como excluyente de su aplicación. ⁽¹⁰⁾

Indirecto.- La detención preventiva es obligatoria en todos los casos de delitos sancionados con pena privativa de libertad, si bien se admite la excarcelación del prevenido mediante fianza o caución, en el supuesto de que cierto límite de la pena, en abstracto, fijado por la ley sustantiva, no se vea rebasado. ⁽¹¹⁾

La mayoría de los países adoptan el sistema indirecto, en el cual basta con que el delito esté sancionado con pena corporal para que el imputado deba ser sometido a detención preventiva y por lo tanto, no hacen excepción de los delitos leves; como por ejemplo, tenemos que para que proceda la detención en Argentina, - salvo en el caso de flagrante delito, deben existir los siguientes elementos:

1) Indagación sumaria que produzca semiplena prueba o indicio vehemente de un hecho delictuoso.

⁽¹⁰⁾ Rodríguez y Rodríguez, J. Ob. cit., pág. 31.

⁽¹¹⁾ Idem.

- 2) Elementos de juicio suficiente como para sospechar que una persona es autora o partícipe de ese delito; y
- 3) Que el delito por el cual está acusada se encuentre castigado con una pena que en su máximo supere los dos años de reclusión o prisión, y en su caso de concurso de delitos, que uno de ellos por lo menos supere dicho tope. (12)

Como se notará, con pocos elementos se puede dar origen a la detención de una persona, pero estos no bastarán para condenarla.

Por otra parte, las condiciones que según la legislación italiana se requieren para autorizar la detención son las siguientes: (13)

- a) La fundada sospecha de fuga;
- b) Graves indicios de culpabilidad, y
- c) Delito respecto del cual es obligatorio el mandato de captura.

De todo lo anterior, se deduce que entre las causas de procedencia más importantes de la detención preventiva se pueden anotar las siguientes:

- 1º Por la naturaleza y gravedad del delito cometido, que merezca pena corporal a efecto de sacrificar la libertad personal por la aplicación de la justicia.
- 2º Por el grave indicio de culpabilidad, el grado de peligrosidad y los antecedentes del imputado.
- 3º Por existir temores fundados de que el acusado se oculte, fugue o ausente.
- 4º Por no comparecer voluntariamente o por la rebeldía para comparecer ante la autoridad judicial mediante otros medios menos severos, y
- 5º Por la existencia de una orden o mandamiento escrito, expedido por la autoridad judicial competente, en virtud de las causas anteriores, salvo en los casos de flagrante delito.

(12) Gaspar, Gaspar. *La Confesión, Detención, Prisión Preventiva y condena*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1977. Pag. 19.

(13) Manzini, Vincenzo, *Ob. cit.*, pags. 625 y 626.

4.- Sus consecuencias

Tomando en consideración que "la misión de la justicia en lo penal es demostrar que una persona es autor, cómplice o encubridor de un delito", ⁽¹⁴⁾ siendo necesario para ello asegurar la presencia de la misma ante el órgano jurisdiccional mediante la detención; en el supuesto caso de que al dictarse la sentencia la autoridad judicial declare su responsabilidad en el hecho delictuoso, dicha medida cautelar únicamente habrá traído como consecuencia, el cumplimiento de los objetivos o fines previstos al decretarse. Sin embargo, en aquel individuo que ha delinquido por primera vez, habrá una repercusión en su conducta por las nocivas influencias adquiridas como resultado de su reclusión y por ende su convivencia con delincuentes habituales y peligrosos.

En el caso contrario, de que el individuo sea declarado inocente, las consecuencias serán más graves y se presentarán desde dos puntos de vista:

a) Para el individuo.- ⁽¹⁵⁾ "primero, porque mediante su sujeción a esta medida se le priva de uno de los bienes más preciados del hombre como es su libertad física; segundo, porque esta medida aun cuando no es considerada propiamente como pena, produce casi todos los efectos de ésta", y tercero, porque "el detenido, sustraído de su medio habitual, impedido de realizar las actividades que le permiten proveer el sustento para sí y para su familia, verá llegar, a corto plazo e inexorablemente; el desprestigio, el descrédito, la ruina y la miseria". Estas consecuencias serán de tipo físico, moral y económico respectivamente.

b) Para el Estado.- Le traerá consecuencias importantes, en el aspecto económico, por los gastos ocasionados en la creación y conservación de establecimientos de reclusión y en el sostenimiento de la gran cantidad de inculpados y del aparato carcelario que los obliga a permanecer en esta situación evitando que se fuguen; en el aspecto administrativo, por los rezagos de casos que pueden ocasionar a la administración de justicia, debido a los

(14) Gaspar, Gaspar., ob. cit., pág. 25

(15) Rodríguez y Rodríguez., J., Ob. cit., pág. 33

trámites burocráticos que deben operar en relación a las detenciones innecesarias.

En este orden de ideas, necesariamente debe admitirse que las consecuencias pueden surgir tanto para el individuo (detenido injustamente) que con seguridad serán más graves, como para el Estado, protector de los intereses de la sociedad, o sea, se trata de sacrificar la libertad personal por el interés social de justicia.

Todo lo expresado, nos induce a proponer lo siguiente:

1º Que la aplicación de la detención preventiva debe ser verdaderamente excepcional, es decir, debe limitarse a delitos de alta gravedad y que suponen un daño o peligro social.

2º Que toda detención que concluya con un sobreseimiento o sentencia absolutoria, debe surgir para el Estado la obligación de indemnizar al detenido por el daño moral y los perjuicios materiales ocasionados a su familia.

3º El Estado debe otorgar al detenido injustamente, constancia de exoneración culpa en el delito que le había sido imputado. Esto, para evitar el despido en su trabajo, ser nuevamente detenido por el mismo delito, aminorar su desprestigio o descrédito social, etc.

5. Su diferencia con la citación, orden de comparecencia, orden de presentación y orden de aprehensión

Como lo apuntamos en la introducción, la libertad personal puede afectarse de dos formas, que se hacen consistir en la privación y en la restricción o limitación.

También, quedó establecido que la detención es una medida privativa de la libertad personal. Debemos por lo tanto, analizar algunas formas en que jurídicamente se puede limitar o restringir dicha libertad, éstas pueden ser mediante: la citación, la orden de comparecencia y la de presentación.

5.1 La Citación

"Es un llamamiento judicial hecho a persona o personas determinadas para que se presenten a un juzgado o tribunal, en el día y hora que se les señale para realizar alguna diligencia o tomar conocimiento de una resolución o reclamación susceptible de afectar a sus intereses". Así la describe De Pina.⁽¹⁶⁾

Por su parte, Colín Sánchez la concibe como "el llamado que hace una autoridad a una persona determinada para que acuda a un lugar y hora señalados para la práctica de alguna diligencia", y agrega "la citación solamente puede ordenarla el juez, durante el proceso; el Ministerio Público, durante la averiguación previa, también acude a este medio para llevar a cabo el cumplimiento de sus disposiciones".⁽¹⁷⁾

El Código Federal de Procedimientos Penales le dedica un capítulo a las citaciones, estableciendo que toda persona está obligada a presentarse ante tribunales y oficinas de la policía judicial cuando sea citada; excepto los altos funcionarios de la Federación, los enfermos que están impedidos para ello y los imposibilitados físicamente. (Art. 73)

Respecto a la forma de llevarse a efecto, dicho código dispone lo siguiente:

(16) De Pina, R., *ob. cit.*, pág. 149.

(17) Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1980, pág. 160.*

Art. 74.- "Las citaciones podrán hacerse verbalmente o por cédula, o por telégrafo, anotándose en cualquiera de esos casos la constancia respectiva en el expediente".

Art. 78.- "En caso de urgencia podrá hacerse la citación por telefonema, que transmitirá el funcionario de la policía judicial para que practique las diligencias o el secretario o actuario respectivo del tribunal que corresponda, quienes harán la citación con las indicaciones a que se refieren las fracciones I y III del artículo 75, asentando constancia en el expediente.

Asimismo, podrá ordenarse por teléfono a la policía que haga la citación, cumpliéndose con los requisitos del mismo artículo 75".

El artículo 75, se refiere a los requisitos que debe contener la citación que se efectúe por medio de cédula o de telegrama ordenando lo siguiente:

Art. 75.- "La cédula y el telegrama contendrán:

I. La designación legal de la autoridad ante la que deba presentarse el citado;

II. El nombre, apellido y domicilio del citado si se supieren o, en caso contrario, los datos de que se disponga para identificarlo;

III. El día, hora y lugar en que debe comparecer;

IV. El medio de apremio que se empleará si no compareciere, y

V. La firma o la transcripción de la firma del funcionario que ordena la citación".

En el artículo 80 se especifica que la cédula podrá entregarse por medio de la policía, de los interesados o de los empleados de la autoridad que haga la citación, en cualquier lugar que se encuentre, recogiendo la firma de la persona citada; pudiendo hacerlo también por correo con acuse de recibo.

Por su parte, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, alude a las citaciones, como una especie de las

notificaciones, expresando lo siguiente:

Art. 82.- "Todas las personas que por algún motivo legal intervengan en un proceso deberán designar, desde la primera diligencia judicial en que intervengan, casa ubicada en el lugar del proceso para que se les hagan las notificaciones, citaciones, requerimientos o emplazamientos que procedieran, a informar de los cambios de domicilio o de la casa designada".

"Si no cumplieren con esta prevención, las notificaciones, citaciones, requerimientos o emplazamientos se tendrán por bien hechos, por publicación en lugar visible del tribunal, sin perjuicio de las medidas que éste tome para que pueda llevarse adelante el procedimiento".

Art. 85.- "Cuando el reo autorice a su defensor para oír notificaciones, citaciones, emplazamientos o requerimientos, practicados con éste, se entenderán hechos al prisionero, con excepción del auto de formal prisión, citación para la vista y la sentencia definitiva".

Para concluir diremos que si se desobedece un citatorio, se gira otro, si éste a su vez no se atiende, se ordena a la policía (generalmente, la judicial) para que coercitivamente presente al remiso.

5.2. La orden de comparecencia.

Es una medida que limita la libertad personal y procede en contra del presunto responsable de delitos que por su levedad, merecen pena alternativa o no corporal, (ya que en este caso no opera la orden de aprehensión y en consecuencia ni la detención).

La orden de comparecencia, la debe solicitar el Ministerio Público con el fin de que el inculcado rinda su declaración preparatoria. De esta manera lo dispone el recientemente reformado Código Federal de Procedimientos Penales, que a la letra dice:

Art. 157.- "En los casos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 135, y en todos aquéllos en que el delito no dará lugar a detención, a pedimento del Ministerio Público se librará orden de comparecencia en contra del inculcado para que rinda

su declaración preparatoria, siempre que existan elementos que -- acrediten el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado".

El segundo párrafo del artículo 135 se refiere a que tratándose de delito no intencional o culposo, exclusivamente el Ministerio Público dispondrá la libertad del inculpado (sin perjuicio de solicitar su arraigo), si éste garantiza mediante caución suficiente, que fije el Ministerio Público no sustraerse a la acción de la justicia, pagando así mismo la reparación de los daños y perjuicios que le fueren exigidos. Tratándose de delitos cometidos con motivo con el tránsito de vehículos, no se concederá este beneficio al inculpado que hubiese incurrido en el abandono de personas. Se pondrá también en libertad, sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir su arraigo, cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad.

Asimismo, el artículo 158 de la misma ley procesal ordena:

"Si contra una orden de aprehensión no ejecutada o de comparecencia para preparatoria, se concede la suspensión definitiva por haber pedido amparo el inculpado, el tribunal que libró dicha orden procederá desde luego a solicitar del que concedió la suspensión que lo haga comparecer a su presencia dentro de tres días, - para que rinda su declaración preparatoria y para los demás efectos del procedimiento".

Como se observa, este artículo da un alcance similar a la orden de aprehensión y a la de comparecencia, como actos que pueden causar agravios al imputado, ya que prevé la posibilidad de - que también ésta última medida sea recurrida al amparo; con respecto a esta posibilidad, pensamos que el amparo no debe proceder en cuanto a que la orden de comparecencia no priva de la libertad al inculpado, sino únicamente lo limita a comparecer ante el juez a rendir su declaración preparatoria, siendo ésta una medida imprescindible para la investigación de los delitos y para que el juez dicte el auto de libertad por falta de elementos para procesar o en su caso, el auto de sujeción a proceso, si se prueba la responsabilidad del sujeto. Sin embargo, no se puede descartar la posibilidad de que la orden de comparecencia, tenga materialmente la

ejecución de una orden de aprehensión, o sea, que por la fuerza y a la primera oportunidad, la Policía Judicial haga comparecer al inculcado, violando el alcance de la comparecencia por delitos le ves. Este acto es materialmente violatorio de la garantía de libertad, ya que se le priva de ella sin fundamento, procediendo en este caso al Juicio de Amparo; existiendo al respecto, la siguiente jurisprudencia:

"Es inconstitucional la orden de comparecencia dictada por el Ministerio Público cuando constituye materialmente una orden de aprehensión". (Informe 1978, Colegiado del Noveno Circuito. A.R. 651/77. Juan Manuel Obregón Avila).

Por su parte, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, dispone sobre la orden de comparecencia lo siguiente:

Art. 168.- "El ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público; por lo tanto a esta institución compete:

II. "Solicitar las ordenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión, que sean procedentes".

Art. 176.- "Cuando en contra del inculcado se solicite orden de aprehensión o de comparecencia para que rinda su declaración preparatoria, el juez resolverá desde luego accediendo o negando fundadamente la solicitud respectiva. Si ésta se hace al -- consignar el Ministerio Público las diligencias de averiguación -- previa, se resolverá precisamente en el auto de radicación si se concede o se niega".

De lo anterior, se concluye que únicamente el juez puede dictar la orden de comparecencia a pedimento del Ministerio Público. Es pertinente señalar, que contra la desobediencia de la orden de comparecencia por dos veces, procede a dictarse la orden de -- presentación que deberá cumplir la Policía Judicial.

5.3. La orden de presentación.

Es una medida restrictiva de la libertad, que surge cuando una persona ha hecho caso omiso por más de dos veces al llamado -- de la autoridad judicial (por medio de la citación o de la orden de comparecencia), para la práctica de alguna diligencia; en este caso el órgano jurisdiccional puede auxiliarse de la fuerza pública

(generalmente, la Policía Judicial), para presentarlo.

A este respecto, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dispone:

Art. 314, Párrafo Tercero.- "Para asegurar el desahogo de las pruebas propuestas, los jueces harán uso de los medios de apremio y de las medidas que consideren oportunas, pudiendo disponer la presentación de personas por medio de la fuerza pública en los términos del artículo 33".

El artículo 33 se refiere a los medios que pueden emplear los tribunales para hacer cumplir sus determinaciones, tales como: la multa, el auxilio de la fuerza pública (mediante orden de presentación) y el arresto.

Similar es el criterio del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México que ordena lo siguiente:

Art. 200.- "Antes de la celebración de la audiencia, y con la antelación necesaria para que ésta pueda celebrarse en la fecha señalada, el juez procederá:

II.- "A citar a los testigos y peritos bajo apercibimiento, a no ser que la parte que los ofreció se comprometiera a su perjuicio a presentarlos;

III.- "A citar también, bajo apercibimiento al ofendido y a las personas que hayan declarado en contra del procesado, para carearlas con éste, sino lo hubieren sido antes del auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Igualmente ordenará la comparecencia de todas las personas a quienes resulte cita de la averiguación"

"En los casos de las fracciones II y III, el juez podrá ordenar, que cuando haya urgencia o temor fundado de que los citados desobedezcan la citación, sean presentados por la policía".

"Si se desconoce el domicilio de las personas cuya comparecencia se ordenó, se mandará a la policía que proceda a su localización y presentación".

Esta ley procesal no determina en qué circunstancias debe considerarse que hay temor fundado de desobedecer la citación y -

por lo tanto, proceder a presentar al citado por medio de la policía; de ahí que en la práctica se presenten arbitrariedades, poniendo en entredicho el carácter que ostentan la citación y la orden de comparecencia, con relación a la orden de presentación.

Hemos hecho referencia a tres de las figuras o medidas que limitan o restringen la libertad personal; mismas que pueden relacionarse con nuestro tema, pero más estrechamente vinculada a la detención se encuentra otra figura, que por sus complicadas características se ha llegado a confundir con ella: la orden de presentación.

5.4. La orden de aprehensión.

Para ejecutar la detención del imputado, es menester que se haya dictado la orden de aprehensión, excepto en el caso de flagrante delito. En caso de que no se cumpla con dicho requisito, la detención tendrá el carácter de ilegal y constituirá un delito para el que la lleve a cabo.

¿Pero en qué consiste tan importante figura jurídica?.

Aprehensión.- "De origen latino, este vocablo expresa la idea básica de coger o asir alguna persona o alguna cosa para retenerla". (Del latín apprehensio, der, del verbo apprehendere, de ad, a y prehendere, asir, tomar).

En el lenguaje jurídico, tiene diversa aplicación en situaciones distintas, pero que tienen relación con la idea básica señalada.

En el Derecho Procesal se emplea la expresión con relación a la detención de las personas. "Consiste en el acto de detener o apresarse a un delincuente o sospechado de delito criminal". (18).

Con respecto a la confusión entre los términos de aprehensión y detención, Julio Acero dice: "Para distinguirlos propiamente hay que considerar como aprehensión el acto mismo de captura o reo, el hecho material del apoderamiento de su persona. La detención en cambio es un estado: el estado que sigue inmediatamente a ese aseguramiento y termina con la formal prisión o la liberación".

Enciclopedia Jurídica OMEBA, ob, cit., Tomo I, págs. 742 y 743.

libertad por falta de méritos a las setenta y dos horas siguientes".⁽¹⁹⁾.

Por su parte, Rivera Silva expresa: "En términos generales se debe entender por aprehensión el acto material de apoderarse de una persona privándola de su libertad".⁽²⁰⁾.

Ahora bien, la orden implica un mandato y relacionándolo con la detención el Dr. García Ramírez dice: "La orden de aprehensión es un mandamiento judicial por medio del cual se dispone la privación procesal de la libertad de una persona, con el propósito de que esta quede sujeta, cautelarmente, a un proceso determinado como presunta responsable de la comisión de un delito".⁽²¹⁾.

En este orden de ideas, debemos concluir que la orden de aprehensión consiste en el mandamiento escrito que hace la autoridad judicial (excepcionalmente, la administrativa en los casos de urgencia) para apoderarse materialmente de una persona con el fin de sujetarla al proceso que se le siga como presunta responsable de un delito grave que merezca pena corporal.

Tomando en consideración el nexo existente entre la orden de aprehensión y la detención no se pueden estudiar aisladamente; en tal circunstancia, en este apartado únicamente hemos tratado de averiguar en qué consiste dicha orden; sus características complementarias se analizarán en un capítulo posterior.

(19) Acero, Julio. *Procedimiento Penal. Sexta Edición*, Editorial Cajica, Puebla, 1968, pág. 129.

(20) Rivera Silva, Manuel. *El Procedimiento Penal. Novena Edición*, Editorial Porrúa, México, 1978, pág. 147.

(21) García Ramírez, Sergio. *Derecho Procesal Penal. Tercera Edición*, Editorial Porrúa, México, 1980, pág. 413.

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS

1. Antecedentes históricos [importancia]

Historia es la ciencia que estudia los hechos del pasado - para comprender el presente y el futuro, en cualquier aspecto del saber humano; con justísima razón, el filósofo Augusto Comte, exponente del positivismo decía: "No se conoce bien una ciencia si no se conoce su historia". De ahí la importancia que tienen los antecedentes con relación al problema, materia de nuestro tema. Es decir, únicamente partiendo de su origen y evolución, podremos explicarnos la práctica material que actualmente tiene la detención, para examinar su carácter jurídico.

No se sabe con certeza cuando se origina la detención. Sin embargo, paralelamente a la evolución de su vocablo, también su reglamentación sufría transformaciones, dependiendo de la época, sociedad e ideología imperantes. Así por ejemplo, se afirma que en tiempos remotos cuando se presentaba un acto lesivo a los intereses particulares o del grupo social, el ofendido o sus familiares ejercían venganza en la misma forma o en ocasiones con mayor rigor. Para ello, tomaban las providencias necesarias en función de la reacción natural de defensa del hombre, y de esta manera asegurar el castigo.

"Hay épocas durante la venganza en las que se aplicaba un procedimiento rudimentario antes de concederla, y por eso se daba el asilo previo hasta definir si el perseguido era realmente responsable". (22)

Cabe mencionar que dicho asilo tenía como finalidad evitar el castigo de un inocente, por lo tanto, no se puede decir que era una detención, en virtud de que ésta perseguía otros fines.

22) Colln Sánchez, G., ob. cit., pág. 16.

2. Derecho Griego y Romano

En su metafísica idealista, Platón percibió la necesidad de crear tres tipos de cárceles: una, cárcel de custodia; otra, casa de corrección; y la tercera, con la finalidad de amedrentar (cárcel de suplicio).

No obstante lo anterior, entre los griegos no se aplicaron medidas privativas de libertad, ni siquiera la detención. Esta última, debido a que consideraban que atentaba contra la libertad inherente al hombre; en otros términos, la detención no tuvo vigencia porque jurídicamente identificaban a la persona con el cuerpo y la libertad era concebida como la libertad corporal; por lo tanto, la prisión fue sustituida por penas pecuniarias.

En Roma, durante la época monárquica la detención aparece como medio de coerción que utilizaron discretamente algunos magistrados y jueces penales para investigar los delitos; pero a consecuencia de su excesivo empleo, se expidieron leyes que la restringieron.

Aproximadamente a mediados del siglo V a. de c., aparece la Ley de las XII Tablas, y en la parte correspondiente a los delitos ordenaba aplicar el talión si el delito cometido era de gravedad, siempre y cuando el acusado hubiese sido declarado culpable por sentencia judicial; por el contrario si el delito era leve, en tonces procedía la composición.

El Estado sólo imponía penas en casos de alta traición y en ciertos delitos graves; es decir, en delitos dirigidos contra la comunidad, así por ejemplo: la víctima de un hurto podía detener al ladrón sorprendido in fraganti y conducirlo ante el magistrado, el cual se lo adjudicaba sin más porque el hecho era evidente; desde este momento dicha víctima podía matarlo, venderlo en el extranjero como esclavo o aceptar rescate por él. Si al detenerlo oponía resistencia, podía darle muerte, dando aviso a sus vecinos para que presenciaran el hecho y no hubiera lugar a dudas del hecho al homicidio.

En la detención del inculcado, generalmente no era utilizado.

el encarcelamiento, la custodia del detenido se dejaba en ocasiones a los particulares; siendo liberado si algún ciudadano respondiese por él económicamente.

Al expedirse las *Leges Iulia de vi pública et privata*, los ciudadanos romanos estaban legalmente exentos de la detención, tratándose de ciertos delitos.

En este aspecto, Cuello Calón señala: "que la *Lex Julia de vi pública et privata* penó, entre otros hechos, la detención arbitraria de un hombre libre (*carcer privatus*), delito que en los últimos tiempos del Imperio Romano se consideró como de lesa majestad". (23)

En la época imperial, aunque la ley no contemplaba la detención preventiva durante la instrucción del proceso, esta medida -- presentó las siguientes modalidades: "in *carcelum*, reservada a los más graves crímenes, la cual debía cumplirse en una cárcel pública; *milite traditio*, que confiaba la custodia del inculcado a uno o varios militares, casi siempre ancianos, quienes se hacían responsables de aquél; y custodia libera, la cual según vimos ya era utilizada en tiempos de la República, ponía al inculcado bajo la guarda de un particular" (24). Para elegir alguna de estas modalidades el magistrado tomaba en cuenta la gravedad de la acusación y la personalidad del presunto responsable.

Al final del imperio, la detención preventiva admitía los siguientes principios:

1° No debía significar una pena ni un suplicio.

2° Nadie debía ser encarcelado sin estar convicto.

3° Aun en casos graves no bastaban las presunciones para apresar al imputado.

4° Se procuró reducir la duración de tal medida y la libertad provisional era un derecho, excepto en crímenes confesados o sorprendidos *in fraganti*.

Conviene agregar, que la *Lex Favia de Plagiarus* y la *Libertatis Causa*, protegían al imputado contra detenciones ilegales.

(23) Cuello Calón, citado por la *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo II, pág. 694.

(24) Rodríguez y Rodríguez, J., *ob. cit.*, pág. 19.

3. Derecho Canónico

Era el derecho derivado de la potestad eclesiástica (ius - canonicum). Para su aplicación se instauró la inquisición "tribunal encargado de inquirir quienes luchaban o atentaban contra la - posición de la iglesia. Habiéndose establecido para contener la - pravedad herética, todo su poder se dirigió contra ese delito, pero asimismo castigó la apostasfa, la superstición, la magia y hechicerfas, y los pactos con el demonio".⁽²⁵⁾

Nació a fines del siglo XII durante el Concilio de Verona, como una respuesta contra las doctrinas maniqueas provenientes de Persia, cuyos principios eran contrarios a los de la fe católica.

La inquisición episcopal estaba "compuesta por un eclesiástico y dos laicos para perseguir y denunciar a los herejes. El proceso se iniciaba por acusación, delación o pesquisa"⁽²⁶⁾; siguiendo con la persecución y detención del acusado; sometiéndolo a un juicio secreto, en el cual mediante tormento se le hacía confesar su culpabilidad; procediendo en consecuencia a la detrusio in monasterium o reclusión que sufrían los clérigos que habían infringido una norma eclesiástica, en cambio a los herejes se les alojaba en prisión episcopal común o celular según la gravedad del delito.

En 1231 es aprobada por el Papa Gregorio IX la Constitución Imperial, que concebía nuevas formas de castigo: "la pena de muerte por el fuego contra los herejes contumaces, la confiscación de bienes y la cárcel perpetua, además de otros castigos menores, se generalizan en toda la cristiandad".⁽²⁷⁾

El derecho canónico tuvo aplicación en todos los reinos -- cristianos. Sin embargo, en España adquiere rasgos distintos a los que inicialmente lo caracterizaron.

El procedimiento inquisitivo fue introducido en España por los visigodos a partir del siglo XV, con el Código Eurico. Sin embargo, desde la emisión del Fuero Real en 1250, se ordenaba lo siguiente;

(25) Mariel de Ibáñez, Yolanda. *El Tribunal de la Inquisición en México. Segunda Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Serie de Estudios Históricos Núm. 6, México, 1979., pág. 8.*

(26) García Ramírez, S., *ob. cit.*, pág. 92.

(27) Mariel de Ibáñez, Y., *ob. cit.*, pág. 10.

La Ley 2, Título 1, del Libro IV del Fuero Real, dice:

"Firmemente defendemos que ningun home non se faga herege ni sea osado de rescibir, ni defender, ni de encubrir herege ningu no, de cualquier heregfa que sea: mas cualquier hora que lo supiese que luego lo faga saber al Obispo de la tierra o a los que tuvieren su voces, e a las justicias de los lugares, e todos sean tenidos de prenderlos e de recaudarlos: e que (si) los Obispos e los Prelados de la Iglesia los juzgasen por hereges, que les quemen si no se quisieren tornar a la fe, e facer mandamiento de la Sancta - Iglesia"...⁽²⁸⁾

Si en la época medieval los obispos ejercían la justicia; en cambio en España, los inquisidores decidían la suerte del acusado. Habiendo sido nombrados por los reyes con la potestad del Papa; por consiguiente, reunían en su persona el poder civil y eclesiástico.

Al respecto, Colín Sánchez afirma: "los inquisidores recibían denuncias, practicaban pesquisas, realizaban aprehensiones; - la confesión fue la prueba por excelencia y para obtenerla empleaban el tormento; no era admitida la defensa, hacían comparecer a toda clase de testigos; los juicios eran secretos, se utilizaba la escritura y el juez gozaba de poderes amplísimos para formar su - convicción".⁽²⁹⁾ Además las indagaciones y denuncias de la herejía, se encomendaban a dos personas laicas.

Las personas que existiendo denuncias contra ellas no se presentaban, eran detenidas y obtenían un castigo más grave.

En cualquier momento del proceso se admitía la confesión, pero mientras más demorasen en confesar, más severas penas se les imponía.

Durante la vigencia del derecho canónico, los derechos primordiales del hombre fueron ignorados, así por ejemplo, bastaban - simples sospechas de violación de las normas eclesiásticas, para - que se procediera a la detención del imputado y por medio de la - tortura le arrancaban la confesión; sin que el individuo tuviera - recurso o medio de defensa alguno, la decisión dependía del tribunal, así el castigo era inevitable.

⁽²⁸⁾ *Idem.*, pág. 11.

⁽²⁹⁾ *Colín Sánchez, G., ob. cit., pág. 20.*

4. Derecho Español

Con la decadencia del imperio romano a finales del siglo - V, los visigodos ocuparon el territorio español y a partir de entonces surgieron leyes con características romano-visigóticas, tales como: los Códigos de Eurico y Alarico; así también el Fuero -- Juzgo (Forum Jiudicum). Este cuerpo legal procuró la fusión de razas que con el tiempo formarían la nacionalidad española.

En 1250 Alfonso X (El Sabio) rey de Castilla y León, emite el Fuero Real teniendo como fuentes de inspiración al Fuero Juzgo y los Decretos de Gregorio IX y de Graciano.

Como se transcribió en el apartado anterior (Derecho Canónico), el Fuero Real ordenaba que los obispos debían prender y tener en custodia a los herejes, para asegurar su juicio y castigo - en caso de no volver a la fe católica.

4.1 Leyes de Partidas

En 1256 se inicia la redacción de las Leyes de Partidas, - con las cuales renace el derecho romano. Esta legislación se dividía en siete partes; de ahí que se le denomine también: Leyes de - las Siete Partidas, conteniendo la última de ellas disposiciones - penales y su procedimiento, incluyendo normas sobre el tormento cu - yo uso se había generalizado por toda Europa.

En la Partida Siete, Ley 2, Título 29 se expresaba: (30)

"Generalmente hablando, solo el rey ó los jueces que le re - presentan pueden mandar el arresto o prisión de los delinquentes;

"Sin embargo, cualquiera puede arrestar ó prender, sin man - tato previo de juez, al falsificador de moneda, al desertor de la - milicia, al ladrón público, al incendiario nocturno de alguna ca - ta, al que corte viñas ó árboles ó pegue fuego á las mieses, al -- raptor de alguna doncella o religiosa, y al blasfemo; debiendo pre - sentarlos inmediatamente al juez para que proceda contra ellos según

(30) Escribano, J., *ob. cit.*, págs. 250 y 251.

las leyes;

"Fuera de estos casos ningun particular está autorizado para arrestar á persona alguna; y aun los mismos alguaciles necesitan para ello de mandamiento escrito del juez, á no ser que se hallen, á los reos en fragante delito".

Del texto anterior podemos deducir tres situaciones en que podfan ser detenidas o arrestadas las personas imputadas de delitos: primero, que únicamente el rey y los jueces podfan ordenar el arresto de los presuntos responsables de delitos leves; segundo, los particulares podfan detener únicamente a los acusados de delitos graves y a los encontrados in fraganti; y tercero, en los demás delitos el arresto únicamente debfa ejecutarlo un miembro de la autoridad y para ello era menester obtener un mandamiento escrito del juez.

Respecto de los delitos graves enumerados en el segundo párrafo de la anterior cita textual, en la Nueva Enciclopedia Jurídica encontramos lo siguiente:

"Recabdos (detenidos) deben ser los que fuesen acusados de tales yerros que si se los probasen serfan penados de muerte o dañados algunos de sus miembros. Esto significa de delitos graves; a éstos prohíben las leyes citadas que se les admita fiadores porquecon miedo de recibir muerte o daño fuirfen (huirfan) de la tierra o se esconderfen de manera que no los podfan fallar". (31)

Es evidente que la finalidad del arresto era, evitar la fuga u ocultamiento del acusado mientras se decidfa su situación jurídica.

Para ejecutar el arresto o detención según la Ley 4 (mismo título y partida) debfan observarse las siguientes reglas:

- a) Debe usarse buenas maneras (evitar los golpes e insultos).
- b) Debe permitirle ver a su familia si lo pidiere.
- c) Tratar de no llamar la atención del pueblo (excepto si tiene mala fama).

(31) Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo VII, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1955, pág. 376.

d) Presentarle ante el juez o en la cárcel, según la orden recibida.

Por último, según la Ley 18, Título 1; "Sabiendo el juez - que en su territorio andan reos contumaces que tienen causa pendiente en otro juzgado, puede arrestarlos, aun sin preceder ningún despacho, y enviarlos al juez que entiende en ella;"⁽³²⁾

4.2 Novísima Recopilación

En 1805, Carlos IV promulga la reproducción de todas las Leyes y ordenamientos españoles, que recogidos en cuatro grandes volúmenes aparecieron bajo el nombre de Novísima Recopilación de las Leyes de España, que reforma la recopilación publicada por Felipe II en 1567, incorporando una serie de cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales expedidas hasta 1804.

Del arresto, este cuerpo legal disponía:⁽³³⁾

"Está prohibido á los jueces eclesiásticos, bajo la pena de estrañamiento del reino, arrestar á legos sin implorar al auxilio de los jueces seculares, quienes si se resistieren á darle sin causa justa, serán compelidos á ello por sus superiores, á los cuales deberán en tal caso recurrir los jueces eclesiásticos, no de otro modo que los jueces reales deben acudir á los superiores de estos cuando niegan indebidamente á prestar el auxilio que con razon les piden para la prision de personas eclesiásticas;" Leyes 4 y 12, Título 1, Libro 2.

"En materias civiles, el deudor que por no haber pagado á sus acreedores, da lugar á la ejecución y si no presenta fianza de saneamiento, debe ser arrestado y llevado á la cárcel;" Ley 12, Título 28, Libro 11.

El primer ordenamiento se refería a la competencia que tenían los jueces seculares y eclesiásticos para llevar a cabo el arresto; el segundo, autorizaba la prisión por deudas, siempre y cuando el inculpado no garantizara el pago con fianza.

⁽³²⁾ Escriche, J., *ob. cit.*, pág. 251.

⁽³³⁾ *Idem.*

4.3 Decretos de las Cortes

Entre los decretos de mayor importancia que con relación al arresto o detención pronunciaron las Cortes de España, se encuentran los siguientes:

El decreto del 11 de Septiembre de 1820, textualmente decía: "Todos sin distinción alguna están obligados, en cuanto la ley no les exima, á ayudar á las autoridades cuando sean interpellados por ellas para el descubrimiento, persecución y arresto de los delincuentes." (34)

El decreto del 17 de abril de 1821, (35) imponía sanciones a los que llevaran a cabo arrestos ilegales en los siguientes términos:

Art. 27. "No pudiendo el Rey privar á ningun individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna, el secretario del despacho que firme la orden, y el juez que la ejecute, serán responsables á la nacion, y uno y otro perderán el empleo; quedarán inhabilitados perpetuamente para obtener oficio ó cargo alguno, y resarcirán á la parte agraviada todos los perjuicios".

Art. 28. "Es reo también del propio atentado, y sufrirá las mismas penas, el juez ó magistrado que prende o manda prender á cualquiera español sin hallarle delinquiendo en fraganti, ó sin observar lo prevenido en el artículo 287 de la Constitución".

Art. 29. "Aténtase también contra la libertad individual cuando el que no es juez arresta á una persona sin ser en fraganti, ó sin que preceda mandamiento del juez por escrito, que se notifique en el acto al tratado como reo. Cualquiera que incurra en alguno de estos dos casos sufrirá quince días de prisión, y resarcirá al arrestado todos los perjuicios; y si hubiese procedido como empleado público, perderá además su empleo. Esta disposición no comprende á los ministros de justicia, ni á las partidas de persecución de malhechores cuando detengan á alguna persona sospechosa para el solo efecto de presentarla á los jueces".

(34) *Idem.*, pág. 253.

(35) *Idem.*

El anterior decreto complementa las disposiciones de la materia, que la Constitución de Cádiz de 1812^(*) empezaba a reglamentar; fortaleciendo las garantías de todo arrestado, detenido o preso debía gozar, mismas que habían sido ignoradas hasta 1805. Asimismo concedía al arrestado injustamente, el derecho de apelación que podía ser ejercido en todo tiempo contra dicho acto.

4.4 Constitución de Cádiz

La Constitución Política de la Monarquía Española del 19 de marzo de 1812, mejor conocida como la Constitución de Cádiz; limitó la detención preventiva a los casos de delitos sancionados -- por la ley con pena corporal, pidiendo como principal requisito un mandamiento escrito del juez, el cual debía notificarse al inculpa do en el mismo acto de la detención, señalando el término de veinticuatro horas para ponerlo a disposición del juez u otorgar su libertad, contadas desde la ejecución de la medida preventiva. Para confirmar la detención se requería de un auto, motivado y para mayor comprensión de estos requisitos, damos a conocer el texto de los siguientes artículos:⁽³⁶⁾

Título IV. Del Rey

Art. 172 "Las restricciones de la autoridad del Rey son -- las siguientes:

IX. "No puede, el Rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna. El secretario del despacho que firme la orden y el juez que la ejecute, serán responsables, a la Nación, y castigados como reos de atentado contra la libertad individual".

Art. 287 "Ningún español podrá ser preso sin que preceda -- información sumaria del hecho, por el merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y así mismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión".

(*) Véase el siguiente punto.

(36) *Legislación Mexicana sobre Presos, Cárceles y Sistemas Penitenciarios (--- 1790-1930). Introducción y Recopilación del Dr. José Barragán Barragán. Secretaría de Gobernación, 1976, págs. 48, 49 y 50.*

Art. 289 "Cuando hubiere resistencia o se temiere la fuga, se podrá usar de la fuerza para asegurar la persona".

Art. 290 "El arrestado, antes de ser puesto en prisión, se rá presentado al juez, siempre que no haya cosa que le estorbe, pa ra que se le reciba declaración; mas si esto no pudiere verificarse, se le conducirá a la carcel en calidad de detenido, y el juez le recibirá la declaración dentro de las veinticuatro horas".

Art. 292 "En fraganti todo delincuente puede ser arrestado, y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez: -- presentado o puesto en custodia, se procederá en todo como se previene en los artículos precedentes".

Art. 293 "Si se resolviere que al arrestado se le ponga en la carcel, o que permanezca en ella en calidad de preso, se provee rá auto motivado, y de él se entregará copia al alcaide, para que la inserte en el libro de presos, sin cuyo requisito no admitirá - el alcaide a ningún preso en calidad de tal, bajo la mas estrecha responsabilidad".

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

Art. 297 "Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos: así el alcaide tendrá a estos en custodia, y separados los que el juez mande tener - sin comunicación pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos".

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

Art. 300 "Dentro de las veinticuatro se manifestará al tra tado como reo la causa de su prisión y el nombre de su acusador si lo hubiere".

Este antecedente, inspirado en el constitucionalismo liberal francés, representó el punto de partida para el desarrollo de nuestras leyes fundamentales, principalmente en lo relativo a la - detención y prisión del acusado.

4.5 Otras legislaciones españolas que regulaban la detención

La Real Cédula del 8 de diciembre de 1772, mandaba:

"Nadie puede arrestar á magistrados, ni á jefes ó cabezas de provincia, partido ó juzgado, sin noticia y aprobación del rey;"⁽³⁷⁾

La Ley de Instrucción de Corregidores de 1788, decía:

"La estancia en la cárcel, trae consigo indispensablemente incomodidades y molestias, y causa nota a los que están detenidos en ella. Por esta razón los corregidores y demas justicias procederán con toda prudencia, no debiendo ser demasidamente fáciles en decretar autos de prisión en causas ó delitos que no sean graves, ni se tema la fuga ó ocultacion del reo; lo que principalmente deberá entenderse respecto á las mujeres, por esto muy conforme al espíritu de las leyes del reino, y tambien respecto á los que ganan la vida con su jornal y trabajo, pues no pueden ejercerle en la cárcel, lo que suele ser causa del atraso de sus familias, y muchas veces de su perdición".⁽³⁸⁾

Para arrestar a los magistrados o funcionarios públicos de las provincias, necesariamente debfa obtenerse permiso del rey; es to referfa el primer ordenamiento. Con respecto a la Ley de Instrucción de Corregidores, podemos comentar que limitaba los arrestos a los delitos considerados graves, y no admitfa fácilmente el arresto de las mujeres ni de los débiles económicamente.

Asf también, el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia del 26 de septiembre de 1835 disponfa:

Art. 5º "Que por ahora y hasta que alguna ley establezca las garantfas que debe tener la libertad civil de los españoles, á ninguno de ellos podrán ponerle ni retenerle en prisión ó arresto los tribunales ó jueces sino por algun motivo racional bastante, - en que no haya arbitrariedad".⁽³⁹⁾

Concretamente podemos decir que este reglamento prohibfa la detención por delitos leves, calificádo de arbitraria la detención sin justificación racional.

(37) Escribano, J., *ob. cit.*, pág. 251.

(38) *Idem.*

(39) *Idem.*, págs. 251 y 252.

5. La Legislación Mexicana

Para el estudio de los antecedentes de la detención en México, debemos tomar en consideración las etapas de transformación que ha sufrido: prehispánica, colonial e independiente.

5.1 Derecho Prehispánico

Entre los aztecas se aplicaba un conjunto de normas acordes con la costumbre y los usos sociales; las conductas lesivas a la convivencia social eran castigadas con rigor.

Para la administración de justicia, el monarca delegaba su poder en ciertos funcionarios, entre los que podemos citar: el Cihuacóatl, quien además de presidir el Tribunal de Apelación, se encargaba de vigilar el orden social y militar.

En este aspecto, Colín Sánchez nos explica:

" Otro funcionario de gran relevancia fue el Tlatoani, quien representaba a la divinidad y gozaba de libertad para disponer de la vida humana a su arbitrio. Entre sus facultades, reviste importancia la de acusar y perseguir a los delincuentes, aunque generalmente la delegaba en los jueces, quienes auxiliados por los alguaciles y otros funcionarios, se encargaban de aprehender a los delincuentes". (40)

Debemos aclarar que la aprehensión del inculcado y su conversión en prisión, tenían como objetivo su custodia hasta el momento de aplicación de la pena, que podía consistir en: esclavitud, pena de muerte, etc. Sin embargo, algunos historiadores han afirmado que también se conoció la prisión como pena.

Cualquiera que haya sido el objeto de la prisión prehispánica, de ella se derivaron las siguientes cárceles: (41)

1. "El Teipiloyan: fue una prisión menos rígida, para deudos y para reos que no deberían sufrir la pena de muerte, según refiere Clavijero.

(40) Colín Sánchez, G., *ob. cit.*, pág. 95.

(41) Maló Camacho, Gustavo. *Historia de las Cárceles en México. Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Núm. 5, México, 1979.*, págs. 23 y 24.

2. "El Cuauhcalli: cárcel para los delitos más graves, destinada a cautivos quienes habría de serles aplicada la pena capital.

Consistía en una jaula de madera muy estrecha y muy vigilada, donde se procuraba hacer sentir al reo los rigores de la muerte, desde el momento en que era hecho prisionero.

3. "El Malcalli, según refiere Sahagún, una cárcel especial para los cautivos de guerra, a quienes se tenían en gran cuidado y se obsequiaba comida y bebida abundante.

4. "El Petlacalli o Petlalco: cárcel donde eran encerrados los reos por faltas leves".

Por otra parte, debido a la Triple Alianza no existió una delimitación territorial en cuanto a la aplicación de las leyes en los respectivos reinos; en consecuencia, las normas dictadas en algunos pueblos, encontraban aplicación en los otros. Tal fue el caso de las leyes emitidas por Nezahualcōyotl, las cuales además de regir en Texcoco se adoptaron en los pueblos vecinos.

5.2 Periodo Colonial

Con la toma de Tenochtitlan por los españoles el 13 de agosto de 1521, se inicia en nuestro territorio la vida colonial -- que duró aproximadamente tres siglos, durante los cuales rigieron las normas expedidas en España; entre las más importantes consideramos las Leyes de Indias.

a] Leyes de Indias

Este conjunto de leyes se publicó en 1680 y constaba de -- nueve libros.

El Libro I se refería a la fe católica, incluyendo la inquisición. (*)

Debido a la falta de secuencia de este sistema legal, las disposiciones relativas a la detención se encontraban en los libros V y VII.

En el Libro V, Título Cuatro, Ley V, se ordenaba que para

(*) Véase pág. 40.

proceder a sentenciar a los indigenas, deberian ser traídos a la cárcel (detenidos), donde se substanciaría la causa.

El Libro VII, cuyos Títulos Seis, Siete y Ocho citaremos textualmente, complementaba los ordenamientos de la materia: (42)

Título Seis. De las Carceles y Carceleros

Ley Primera. "Mandamos, Que en todas las Ciudades, Villas y Lugares de las Indias, se hagan Carceles para custodia, y guarda de los delinquentes, y otros, que devan estar presos," etc.

Ley II. "Los Alguaziles mayores, Alcaldes, y Carceleros -- tengan prevenido un aposento á parte, donde las mugeres estén presas, y separadas de la comunicacion de los hombres, guardando toda honestidad y recato, y las Iusticias lo hagan cumplir, y executar"

Ley VI. "El Carcelero tenga libro en que assiente los presos, que recibiere, por sus nombres, quien los mandó prender, y lo executó, la causa y día," etc.

Ley IX. "Los Alcaldes, y Carceleros traten bien á los presos, y no los injurien, ni ofendan, y especialmente á los Indios, - de los quales no se sirvan en ningun ministerio".

Ley X. "Mandamos, Que los Alcaldes, y Carceleros no reciban dones en dineros, ni especies de los presos, ni los apremien, ni den soltura en las prisiones, mas, ni menos de lo que deven, ni los prendan, ó suelten sin mandamiento," etc.

Ley XV. "Ordenamos A los Virreyes, Presidentes, Audiencias y Iusticias, que quando mandaren prender algun Regidor, ó Cavallero, ó persona honrada, señalen la carceleria, conforme á la calidad, y gravedad de sus personas, y delitos, y guardando las leyes, los hagan poner en las Carceles publicas, ó Casas de Alguaziles, - porteros, ó Ministros, ó las de Ayuntamiento, y no en las Galeras;" etc.

Ley XVI. "No Detengan los Alcaldes y Carceleros á los presos despachados, y mandados librar de la prision por sus derechos, costas, devidas á las Iusticias, y Escrivanos, si fueren pobres,

42) *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias. Prólogo de Ramón Menéndez Pidal. Tomo II, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1973., págs. 291 y 292.*

ó juraren, que no tienen de que pagar, sueltenlos luego, si no intervinere otra causa para su prision".

Ley XX. "Que el preso en quien se executare pena corporal, no sea buuelto a la Carcel por costas, ni carcelaje".

Título Siete. De las visitas de Carcel

Ley XIII. "Mandamos, que si algun Indio estuviere preso - por deuda, y por no tener con que pagar se huviere de entregar á su acreedor para que le sirva.

"Si el Indio despues de ser entregado á su acreedor, para que sirva, le huyere antes de haver cumplido el tiempo por que le fue dado, y le tornaren á prender, harán que sea buuelto a poder -- del acreedor, y que le acabe de servir," etc.

Título Ocho. De los delitos, y penas, y su aplicacion

Ley Primera. "Ordenamos, Y Mandamos á todas nuestras Justicias de las Indias, q'averiguen, y procedan al castigo de los delitos, y especialmente publicos, atroces y escandalosos, contra los culpados, y guardando las leyes con toda precision, y cuidado, sin omission, ni descuido usen de su jurisdiccion," etc.

En síntesis, el Libro VII ordenaba: utilizar las cárceles como custodia y como pena; separar a las mujeres de los hombres durante su estancia en la prisión; llevar un registro de los presos, con datos suficientes para identificarlos; no dar malos tratos a los presos; no detener ni liberar a los presos sin mandamiento, pero no aclaraba si éste debía ser verbal o escrito; tener a los presos en diferentes lugares (cárceles públicas, casas de alguaciles, de ayuntamiento, etc.) tomando como base la personalidad del detenido y la gravedad del delito; poner en libertad a los retenidos -- por costas, si fueren pobres; liberar a los presos que hubiesen -- cumplido pena corporal, aun cuando adeudaran el pago de costas y carcelaje; entregar al indio preso por deudas a su acreedor para que le sirviera y así extinguir la obligación, etc.

Podemos concluir, que estas leyes estipulaban ciertas garantías para los aborígenes, pero en la práctica cotidiana sufrían una infinidad de vejaciones ante los colonizadores.

b) Tribunal de la Inquisición

El fundamento de su creación en México, lo encontramos en el Libro I, Título Diecinueve, Ley Primera, que indicaba:

"Porque los que estan fuera de la obediencia y devocion de la Santa Iglesia Catolica Romana obstinados en sus errores y heregias, siẽmpre procuran pervertir y apartar de nuestra Santa Fe Catolica á los fieles y devotos Christianos y con su malicia y passion trabajan con todo estudio de atraerlos á sus dañadas creencias comunicando sus falsas opiniones y heregias, y divulgando y esparciendo diversos libros hereticos y condenados, y el verdadero remedio consiste en desviar y excluir del todo la comunicacion de los Hereges y sospechosos, castigando y extirpando sus errores, para evitar y estorvar, que passe tan grande ofensa de la Santa Fe y Religion Catolica á aquellas partes, y que los naturales dellas sean pervertidos con nuevas, falsas y reprobadas doctrinas y errores. El Inquisidor Apostolico General en nuestros Reynos y Señorios, con acuerdo de los de nuestro Consejo de la General Inquisicion y consultando con Nos, ordenó y proveyo, que se pudiesse y asentase en aquellas Provincias el Santo Oficio de la Inquisicion, y por el --descargo de nuestra Real conciencia, y de la suya diputar y nombrar Inquisidores Apostolicos contra la heretica pravedad y apostasia, y los Oficiales y Ministros necesarios para el uso y exercicio del Santo Oficio". (43)

Asimismo, esta ley mandaba a los principales funcionarios públicos que dejaran a los inquisidores, ejercer libremente el Santo Oficio, y toda vez que estos pidieren ayuda los Virreyes, Presidentes, Oidores, Alcaldes del Crimen y otros, les prestaren el auxilio para hacer cumplir y ejecutar lo ordenado por las costumbres y el Derecho Canónico.

La Ley Cuarta por su parte, prohibía a los principales funcionarios públicos inmiscuirse en las causas civiles o criminales que estuvieran conociendo los inquisidores, aun cuando el delito se relacionara con la religión.

*) *Idem.*, Tomo I, págs. 91 y 92.

En noviembre de 1571, el rey Felipe II estableció oficialmente el Tribunal de la Inquisición en la Nueva España. Sin embargo, sus funciones inherentes se conocieron desde el comienzo de la colonización española.

En México esta institución tuvo ciertos rasgos, que se pueden enunciar de la siguiente manera:

Los inquisidores se enteraban de los delitos por medio de la denuncia y el espionaje. De la primera, podemos decir que no se permitía la denuncia anónima, a veces era necesario recibir varias denuncias para proceder a la averiguación; o bien, por no considerarse de seriedad, la denuncia ni siquiera propiciaba las primeras informaciones.

La delación ante el tribunal podía dar lugar a las venganzas personales, y en muchas ocasiones sin motivo acusaban a sus enemigos; en consecuencia, los inquisidores interrogaban a los reos sobre los nombres de los individuos que le podían tener mala voluntad, deduciendo de ello la intención del denunciante hacia el acusado. Además, el falso denunciante era gravemente castigado.

Los padres tenían la obligación de denunciar a los hijos - por violación a las normas eclesiásticas y recíprocamente los hijos debían hacer lo mismo.

Al autodenunciante se le favorecía en la sentencia.

El espionaje por su parte, fue utilizado principalmente para descubrir a los individuos que ocultaban su herejía y para conocer del contrabando de libros prohibidos.

También los presos delataban a sus cómplices, disminuyendo con ello su penalidad.

Denunciado el hecho, se hacía comparecer al denunciante y a los testigos si los había; si las afirmaciones de herejía no eran claras, los clasificadores teólogos las examinaban y emitían su opinión que en caso de ser afirmativa, se procedía a la aprehensión. Esto es, no se podía prender a nadie sin una previa averiguación.

Fray Tomás de Torquemada, inquisidor de algunos reinos españoles decía, con respecto a las instrucciones para el Santo ---

Oficio:

"Que los inquisidores tengan tiempo en el prender y no --- prendan ninguno sin tener suficiente probanza para ello y despues de así preso, dentro de 10 días se le ponga la acusación y en este término se le hagan las amonestaciones que en tal caso se requie-- ren y procedan en las acusaciones y procesos con toda diligencia y brevedad sin esperar que sobrevenga más probanza, porque a esta -- causa ha acaecido detener algunas personas en la cárcel y no den -- lugar a dilaciones porque de ellos se siguen inconvenientes, así a las personas como a las haciendas". (44)

Según Mariel de Ibáñez, existían tres clases de detencio-- nes: (45) "la prisión preventiva, la secreta y la perpetua. En la -- primera se ponfan a los denunciados que, aunque sin prueba plena -- de culpabilidad, los inquisidores consideraban peligroso dejarlos libres porque fuesen a fugarse o a avisar a otros inodados y poner los sobre aviso de los pasos y averiguaciones que estaban realizando los inquisidores".

Las cárceles secretas tenfan el inconveniente de la incomu-- nicación con el exterior, incluso en ocasiones era difícil que entre los propios internos lo hicieran.

La prisión perpetua. Esta pena tenfa la duración de uno a tres años. En esta prisión los reos podfan trabajar para ganarse -- el sustento y al parecer los casados no eran separados de sus cón-- yuges.

La inquisición utilizó como medios de tormento para lograr la confesión del acusado: los cordeles, el agua, el hambre, el bra-- cero, la gárrocha, la plancha caliente, el escarabajo, las tabli-- llas y el potro.

c] Repercusión de la Constitución de Cádiz

El 30 de septiembre de 1812, el Virrey José María Calleja mandó publicar en la capital de la Nueva España, la Constitución -- Política para la Monarquía Española promulgada en Cádiz, entrando

(44) Torquemada, citado por Mariel de Ibáñez, Y., ob. cit., pág. 21.

(45) Idem., pág. 22.

en vigencia con este acontecimiento en las provincias novohispanas.

Consecuentemente, también la Audiencia de México se organizó conforme a las nuevas disposiciones; mismas que duraron hasta -- aun después de consumada la independencia.

De ello, Soberanes Fernández comenta lo siguiente:

"Efectivamente, por Decreto de 14 de febrero de 1826 y por Ley de 25 de mayo de 1837 se dispuso que en materia judicial se siguiera utilizando la legislación de las cortes españolas y particularmente el Reglamento que ahora comentamos. A esto habría que agregar la forma en que este material influyó en la elaboración de las leyes nacionales, particularmente las provinciales," etc.⁽⁴⁶⁾

Según el Dr. Ignacio Burgoa:

"Dicho documento suprimió las desigualdades que existían entre peninsulares, criollos, mestizos, indios y demás sujetos de extracción racial, al refutar como españoles a todos los hombres libres nacidos y a vecinados en los dominios de las Españas, o sea, en todos los territorios sujetos al imperio de España".⁽⁴⁷⁾

En su aplicación práctica, este cuerpo legal careció de eficacia prevaleciendo de esta forma los intereses españoles sobre las demás castas.

5.3 Epoca Independiente

Los problemas políticos que afrontaba el gobierno español a principios del siglo XIX, dieron margen a los movimientos que por su independencia empezaron a desarrollar diversas colonias de España; México no fue la excepción, y en septiembre de 1810, cansado -- del dominio hispano el pueblo inicia la lucha por alcanzar la libertad en todos los aspectos. A partir de entonces, paulatinamente las leyes que iban emanando respondían al sentir del pueblo mexicano; -- sin embargo, no fue sino hasta 1824, cuando se puso en práctica la primera Constitución Mexicana, aunque le antecedieron otras leyes:

(46) Soberanes Fernández, José Luis. *Los Tribunales de la Nueva España*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Serie J, Enseñanza del Derecho y Material Didáctico Núm. 4. México, 1980., pág. 37.

(47) Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Décimoséptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1983., págs. 117 y 118.

a] Constitución de Apatzingán de 1814

En la ciudad de Chilpancingo se reunió el Primer Congreso de Anáhuac el 14 de septiembre de 1813, con el propósito de elaborar una Ley Fundamental que rigiera la vida del pueblo que luchaba por su independencia.

En la sesión inaugural, Don José María Morelos y Pavón dió a conocer sus aspiraciones en su lucha por la libertad, mediante "Los Sentimientos de la Nación", documento que contenía 23 postulados en que se basarían las discusiones para la formulación de la ley; entre los cuales reproducimos los que consideramos afines al tema: (48)

17o.- "Que a cada uno se le guarden sus propiedades y respete en su casa, como un asilo sagrado, señalando pena a los infractores".

18o.- "Que la nueva legislación no admita la tortura".

Claramente se observa, que se pedía respeto a la propiedad, al domicilio y a la integridad física, como derechos inalienables del hombre. De ahí que Pantoja Morán afirme lo siguiente: "En cuanto a las fuentes propiamente legales que alimentan a la Constitución de Apatzingán, la doctrina ha coincidido en señalar primordialmente a la vertiente francesa con la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano" de 1789 y las constituciones de 1791, 1793 y 1795". (49)

Después de una serie de obstáculos que tuvo que afrontar y de más de un año de redacción y deliberación, el Congreso sancionó el documento final en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, conociéndose como "Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana" o Constitución de Apatzingán.

En materia de la detención, esta Carta Magna (la primera que emanaba del pueblo insurgente) consagraba ciertas garantías -

(48) Pérez Palma, Rafael. *Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal*. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1980, pág. 77.

(49) Pantoja Morán, David. *Derechos del Hombre en el Decreto Constitucional de Apatzingán. Ponencia Mexicana al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado (Teherán, 1974)*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1977., pág. 14.

en los artículos que transcribimos a continuación: (50)

Art. 21 "Sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido al jun ciudadano".

Art. 22 "Debe reprimir la ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar las personas de los acusados".

De ambos artículos, podemos inferir que las detenciones debían apegarse estrictamente a la ley, ésta determinaría si aquellas eran necesarias y en su caso tendrían que limitarse al aseguramiento del acusado.

También el artículo 166 se refería a la detención, en los siguientes términos:

" No podrá el Supremo Gobierno: arrestar a ningún ciudadano en ningún caso más de cuarenta y ocho horas, dentro de cuyo término deberá remitir al detenido al tribunal competente con lo que se hubiere actuado". (51)

Esta ley no tuvo aplicación (*); pero constituyó una respuesta de la insurgencia mexicana hacia el restablecimiento en España de la monarquía absoluta; por lo tanto, un antecedente importante para las posteriores constituciones mexicanas.

b] Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano - de 1823

En mayo de 1822, Iturbide fue reconocido emperador. Por desavenencias con las ideas del Congreso, determina disolverlo - estableciendo en su lugar la Junta Nacional Instituyente. Este órgano legislador aprobó en febrero de 1823, el Reglamento Provisional

(50) Pérez Palma, R., *ob. cit.*, pág. 78.

(51) *Los Derechos del Pueblo Mexicano. (México a través de sus constituciones)*. Tomo IV, Editorial Manuel Porrúa, México, 1978., pág. 9.

(*) En su obra citada (pág. 22), Pantoja Morán expresa que esta Constitución no tuvo vigencia según la doctrina constitucional mexicana, por los cargos y objeciones siguientes: 1° La falta de representatividad del Congreso, cuyos diputados procedían de Provincias que no habían dado sus sufragios; -- 2° Haber dictado el Congreso una Constitución republicana que aparentemente daba existencia política a una nación, cuando en realidad no la tenía, y, 3° No haber tenido nunca la Constitución positividad por estar la mayor parte del país en poder de los realistas.

Político del Imperio Mexicano, formulado por el emperador para que rigiera en tanto se expedía la Constitución.

En sus disposiciones generales, este reglamento indicaba:

Art. 1 "Desde la fecha en que se publica el presente reglamento, queda abolida la constitución española en toda la extensión del imperio".⁽⁵²⁾

De esta forma, se derogaba la Constitución Política de la Monarquía Española en vigor desde 1812.

Se referían a la detención los artículos siguientes:⁽⁵³⁾

Art. 11 "La libertad personal es igualmente respetada.

Nadie puede ser preso ni arrestado, sino conforme á lo establecido por la ley anterior, ó en los casos señalados por este reglamento.

Art. 72 "Ningún mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto, ó el quejoso se obligue á probarlo dentro de seis días, y en su defecto á satisfacer al arrestado los atrasos y perjuicios que le sigan de aquella providencia.

Art. 73 "En caso de denuncia, que el que la diere no se ofrezca á probar, el juez pesando atentamente las circunstancias de aquel y del denunciado, la gravedad y trascendencia del delito, y el fundamento de la denuncia, formará proceso instructivo. Si de este resulta semiplena prueba ó vehemente sospecha, procederá al arresto; así como si obrando de oficio teme que se fugue el presunto reo antes de averiguar el hecho. En fraganti todo delincuente debe ser preso y todos pueden arrestarle conduciéndole á la presencia de juez".

Para detener o arrestar a una persona, debían por lo tanto llenar ciertos requisitos, tales como: que el delito mereciera pena corporal, debiendo hacerse constar en el acto; que el quejoso o querellante se obligase a probarlo en seis días (indicando con --

(52) Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México. Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 1980.*, pág. 125.

(53) *Los Derechos del Pueblo Mexicano.*, págs. 9 y 10.

esto que la detención no debía exceder de este término); o bien, obligarse el quejoso a pagar los perjuicios ocasionados al arrestado en caso de no probar el hecho.

En caso de denuncia, el juez debía examinar las características personales del denunciado, y las circunstancias y gravedad del delito, durante un proceso instructivo; si al finalizar éste resultaba vehemente sospecha o semiplena prueba de la responsabilidad del acusado, procedía su arresto.

Además de prever el arresto en flagrancia; este ordenamiento contemplaba la posibilidad de sustituir el arresto por la fianza, como lo disponía el artículo que citamos a continuación:

Art. 74 "Nunca será arrestado el que dé fiador en los casos en que la ley no prohíbe admitir fianza; y este recurso quedará expedito para cualquiera estado del proceso en que conste no haber lugar á la imposición de pena corporal". (54)

A pesar de que no tuvo vigencia por la escasa duración del régimen de Iturbide, el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano sentó un precedente en los anales del constitucionalismo mexicano.

c] Constitución de 1824

Fue el primer antecedente jurídico-práctico en la vida independiente de México.

En la Sección Séptima, cuyo título era, "Reglas generales que se sujetará en todos los Estados y Territorios de la Federación, la administración de justicia", encontramos los siguientes ordenamientos:

Art. 112 "Las restricciones de las facultades del presidente son las siguientes:

II. "No podrá el presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna; pero cuando lo exija el bien y seguridad de la federación, podrá arrestar, debiendo poner las personas arrestadas, en el término de cuarenta y ocho horas, a disposición del tribunal o juez competente". (55)

(54) Tena Ramírez, F., *Ob. cit.*, pág. 138.

(55) *Los Derechos del Pueblo Mexicano*; pág. 10.

El precepto citado facultaba al Ejecutivo a arrestar a las personas que pusieran en peligro el bien y la seguridad de la nación.

Por otra parte, los requisitos para detener al imputado y la duración de su detención se determinaban en los artículos que transcribimos a continuación:⁽⁵⁶⁾

Art. 150 "Nadie podrá ser detenido sin que haya semiplena prueba o indicio de que es un delincuente".

Art. 151 "Ninguno será detenido solamente por indicios más de 60 horas".

De esta última disposición, se entendía que la duración de la detención podía prolongarse, existiendo prueba fehaciente de la culpabilidad del acusado, a juicio del juez.

d] Leyes Constitucionales de 1836

El 30 de diciembre de 1836, empezó a regir la primera Constitución Centralista bajo el nombre de las "Siete Leyes Constitucionales de la República Mexicana".

Por primera vez se intentó agrupar los derechos del hombre en un capítulo especialmente dedicado a ese objeto; quedando finalmente incluidos en varias leyes.

La Ley Primera, establecía los requisitos para la aprehensión y prisión del inculcado como textualmente se observa:⁽⁵⁷⁾

Art. 2 "Son derechos del pueblo mexicano:

I. "No poder ser preso sino por mandamiento de juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido sino por disposición de las autoridades a quienes corresponda según la ley.

"Exceptúase el caso de delito in fraganti, en el que cualquiera puede ser aprehendido, y cualquiera puede aprehenderlo, presentándole desde luego a su juez o a otra autoridad pública.

II. "No poder ser detenido más de tres días por autoridad alguna política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos para su detención, a la autoridad judicial, ni por ésta más de diez

⁵⁶⁾ Pérez Palma, R., *ob. cit.*, pág. 88.

⁵⁷⁾ *Los Derechos del Pueblo Mexicano*, pág. 10.

días sin proveer auto motivado de prisión. Ambas autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos".

Era evidente, que el requisito indispensable lo constituía un mandamiento escrito y firmado de juez competente. La excepción la encontramos en el caso de sorprender al delincuente cometiendo el delito; en tal situación, cualquiera podía aprehenderlo para -- presentarlo ante cualquier autoridad pública, no necesariamente ju dicial.

En cuanto a la duración de la detención, la ejecutada por una autoridad política (administrativa), no debía exceder de tres días sin poner al detenido a disposición de la autoridad judicial; asimismo, esta última contaba con diez días para dictar el auto mo tivado de prisión al acusado, término que nos parece excesivo por los perjuicios que podía ocasionar, si el detenido era finalmente absuelto. Posteriormente, en el Proyecto de Reformas a las Leyes - Constitucionales de 1836 se pedía reducir a ocho días el término - para que el juez emitiera dicho auto.

La Ley Cuarta, artículo 18, fracción II, igual que la Cons titución de 1824, facultaba al Presidente de la República a arres- tar al sospechoso de delito contra la seguridad y el bien público, sólo que la Constitución Centralista concedía tres días para pre- sentarlo ante el tribunal o juez competente.

Las demás disposiciones relativas estaban contenidas en la Ley Quinta, que transcribimos parcialmente: (58)

Art. 41 "El mandamiento escrito y firmado del juez, que de be preceder a la prisión, según el párrafo I, artículo 2 de la pri mera ley constitucional, se hará saber en el acto al interesado; - éste y todos deberán obedecer, cumplir y auxiliar estos mandamien- tos, y cualquiera resistencia o arbitrio, para embarazarlos o elu- dirlos, son delitos graves, que deberán castigarse según las cir- cunstancias".

Art. 42 "En caso de resistencia o de temor fundado de fuga podrá usarse de la fuerza".

Art. 43 "Para proceder a la prisión se requiere:

I. "Que proceda información sumaria, de que resulte haber

58) *Idem.*, pág. 11.

sucedido un hecho que merezca, según las leyes, ser castigado con pena corporal;

II. "Que resulte también algún motivo o indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal".

Art. 44 "Para proceder a la simple detención basta alguna presunción legal o sospecha fundada, que incline al juez contra -- persona y por delito determinado. Una ley fijará las penas necesarias para reprimir la arbitrariedad de los jueces en esta materia".

Basándose en los elementos que se requerían para proceder a la aprehensión, simple detención y prisión, se marcaban las diferencias existentes entre estas medidas.

Para terminar de estudiar este antecedente, debemos mencionar que la declaración preparatoria debía tomarse en un máximo de tres días; prohibiéndose usar el tormento en la averiguación de -- los delitos, así lo ordenaban los artículos 47 y 49 respectivamente.

e] Bases Orgánicas de 1843

En 1842 se emitieron dos Proyectos de Constitución Política de la República Mexicana, cuyas garantías se pueden resumir en los siguientes puntos: primero, para aprehender al imputado se requería orden, mandato o auto escrito de juez competente, o en su -- caso de la autoridad política respectiva; segundo, la aprehensión debía ser ejecutada únicamente por los funcionarios o agentes facultados por la ley; tercero, el detenido no debía durar más de -- veinticuatro horas en poder de la autoridad política o administrativa, existiendo la obligación de ésta de ponerlo a disposición de la autoridad judicial, ni estar detenido más de tres días a menos que subsistieran las presunciones que hubieran dado origen a la de -- tención, en este caso, el máximo término era de ocho días. Por último, tratándose de delito flagrante, cualquiera podía aprehender al delincuente presentándolo inmediatamente al juez o a otra auto -- ridad pública.

Después de una serie de hechos ilegítimos como la creación de la Honorable Junta Legislativa, decretada por el Presidente San -- ta Anna en 1842, esta representación legislativa expidió las Bases

de Organización Política de la República Mexicana el 12 de junio de 1843.

Por fin, en las Bases Orgánicas de 1843 se logra encuadrar en un mismo capítulo todas las garantías y derechos del individuo, con el título: "De los habitantes de la República", que comprendía los artículos 7, 8, 9 y 10, superando así a las Constituciones de 1824 y de 1836.

A nuestro problema se referirá fundamentalmente el artículo 9, cuyas fracciones citamos a continuación:⁽⁵⁹⁾

Art. 9 "Derechos de los habitantes de la República:

VI. "Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y sólo cuando obren contra él indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se persigue. Si los indicios se corroboraren legalmente, de modo que presten mérito para creer que el detenido cometió el hecho criminal, podrá decretarse la prisión.

VII. "Ninguno será detenido más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero, ni éste lo tendrá en su poder más de cinco sin declararlo bien preso. Si el mismo juez hubiere verificado la aprehensión, o hubiere recibido al reo antes de cumplirse tres días de su detención, dentro de aquel término se dará el auto de bien preso, de modo que no resulte detenido más de ocho.

"El simple lapso de estos términos hace arbitraria la detención, y responsable á la autoridad que la cometa, y á la superior que deje sin castigo el delito".

Merece especial mención, el término que esta Carta Fundamental designaba para que el órgano jurisdiccional decidiera poner en libertad al detenido o declararlo bien preso, mismo que no debía pasar de ocho días, contados a partir del momento inicial de la detención verificada por cualquier autoridad; ni durar más de cinco días en poder del propio juez, ni más de tres en manos de la autoridad política o administrativa.

(59) *Idem.*, pág. 13.

Posteriormente, durante el gobierno de Don José Joaquín - Herrera, por decreto de fecha 7 de octubre de 1848 el Congreso General ordenó construir establecimientos para alojar en lugares distintos a los detenidos y presos; así como la creación de una casa de corrección para jóvenes delincuentes y de asilo para liberados.

f] Estatuto Orgánico Provisional de 1856

Durante el gobierno interino del Presidente Comonfort, el Congreso Constituyente aprobó en mayo de 1856 el Estatuto Orgánico Provisional.

En la exposición de motivos enviada al propio Congreso, La fragua mencionaba que la sección quinta del Estatuto constituya la anhelada "Ley de Garantías Individuales".

Por lo que respecta a la garantía de seguridad, esta ley disponía: (60)

Art. 40 "Ninguno será aprehendido sino por los agentes que la ley establezca, o por las personas comisionadas al efecto, y en virtud de orden escrita del juez de su propio fuero o de la autoridad política respectiva, y cuando contra él obren indicios por los cuales se presume ser reo de determinado delito que se haya cometido".

Art. 41 "El delincuente infraganti, el reo que se fuga de la cárcel o del lugar en que se haya cometido el delito, y el reo ausente que sea llamado por pregones públicos, pueden ser aprehendidos por cualquier particular, quien en el acto los presentará a la autoridad política".

Art. 42 "La autoridad judicial puede librar órdenes para la aprehensión de reos de otro fuero, siempre que aparezcan como cómplices de algún delito de su conocimiento, poniendo al detenido, dentro de cuarenta y ocho horas, a disposición del juez competente".

Art. 43 "La autoridad política deberá poner los detenidos a disposición del juez de la causa dentro de sesenta horas, pasadas éstas, el juez podrá reclamar la entrega del detenido y de los datos que obren contra él; si no los recibiere dentro de veinticuatro horas después de pedidos, dará la orden de la libertad de aquél;

(60) Idem.

la cual será obedecida por el encargado de la custodia del supuesto reo, sin oponer pretexto alguno, a no ser que antes haya recibido orden de dejar al reo a disposición de algún juez".

De la letra de los artículos anteriores, podemos desprender las siguientes situaciones:

1° El mandamiento escrito para la detención del presunto responsable del delito, podía dictarlo tanto la autoridad judicial como la política, siempre que fueran competentes territorialmente.

2° Cualquiera persona podía detener al delincuente sorprendido infraganti, al reo ausente habiendo sido llamado públicamente y al que se evadiera del lugar de la comisión del delito o de la cárcel.

3° La autoridad política disponía de sesenta horas para poner al detenido a disposición del juez competente, en caso de no hacerlo, éste último podía reclamarlo y solicitar su libertad (en caso de omisión a la reclamación).

Por lo que respecta a la duración y prolongación del periodo de detención, la ley en estudio mandaba:

Art. 44 "La autoridad judicial no puede detener a ningún acusado por más de cinco días, sin dictar el auto motivado de prisión, del que se dará copia al reo y a su custodio, y para el cual se requiere: que esté averiguado el cuerpo del delito; que haya datos suficientes, según las leyes para creer que el detenido es responsable, y que se le haya tomado declaración preparatoria, impuesta de la causa de su prisión y de quien es su acusador, si lo hubiere". (61)

Si la duración de la detención excedía del término señalado, y no se había dictado el auto motivado de prisión, debía casti garse a la autoridad responsable del delito de detención arbitraria, como a aquella que teniendo conocimiento del mismo, lo permitiera. Además, el funcionario que incurriera en tres condenas por detención arbitraria, se haría acreedor independientemente de la pena que sufriera, a la inhabilitación permanente para ocupar cualquier cargo público.

(61) Herrera y Lasso, Eduardo. *Garantías Constitucionales en Materia Penal*. Cuaderno Núm. 2 del Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 1979., --- pág. 39.

Al lugar de estancia de los detenidos se refería el artículo que citamos a continuación:

Art. 49 "Se arreglarán las prisiones de manera que los detenidos estén separados de los presos, y que a ninguno se obligue a la comunicación con los demás presos o detenidos; y ni a unos ni a otros podrá sujetarse a tratamiento alguno que importe una pena". (62)

El derecho a la libertad provisional bajo fianza también estaba previsto en el Estatuto de referencia:

Art. 50 "En los delitos que las leyes no castiguen con pena corporal, se pondrá al reo en libertad bajo fianza". (63)

En nuestra opinión, este conjunto legal contenía las ideas más avanzadas en relación a las garantías del individuo, concretamente en materia de detención y prisión.

g] Constitución de 1857

La Constitución promulgada el 5 de febrero de 1857, estaba inspirada en los más innovadores principios de la época y en la experiencia de treinta y cinco años de vida independiente.

En esta Carta Magna se fortalecían las garantías de libertad, igualdad, propiedad y seguridad; como producto del panorama de agitación, convulsión e inconformidad políticas y sociales que vivía el país, desde el inicio de su independencia.

Bajo el título: "De los Derechos del Hombre", se tutelaban dichas garantías, específicamente en el Capítulo XV, cuyo artículo 16 se refería a la seguridad individual en la siguiente forma:

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de 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". (64)

(62) *Los Derechos del Pueblo Mexicano.*, pág. 188.

(63) *Idem.*, pág. 206.

(64) *Lozano, José María. Estudio del Derecho Constitucional Patrio en lo Relativo a Los Derechos del Hombre. Tercera Edición Facsimilar, Editorial Porrúa, México, 1980.*, pág. 266.

Lozano afirma, que en la redacción de este artículo se tuvo presente la cuarta adición de la Constitución de Estados Unidos; pero, para formarnos un mejor criterio acerca de su contenido citaremos el texto del proyecto que se presentó al Congreso Constituyente para su aprobación:

"Todos los habitantes de la República, así en sus personas y familias como en su domicilio, papeles y posesiones están á cubierto de todo atropellamiento, exámen ó cateo, embargo ó secuestro de cualquiera persona ó cosa, excepto en los casos prefijados por las leyes y con la indispensable condicion de que se proceda racionalmente, y que la autoridad competente exprese en su mandato escrito la causa probable del procedimiento, sostenida por la afirmacion al ménos de un testigo, y señale y describa el lugar que debe ser registrado, ó la cosa ó persona que deba ser secuestrada. En el caso de delito infraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y á sus cómplices, poniéndolos sin demora á disposicion de la autoridad inmediata". (65)

Del texto precedente se deduce que el objetivo principal que se perseguía era, otorgar mayor seguridad a los ciudadanos con respecto a su libertad personal (contra las arbitrariedades de que eran víctimas por parte de las autoridades, en virtud de la forma tan denigrante en que eran detenidos y puestos en prisión, donde persistía el maltrato); a sus domicilios, documentos y posesiones de alguna cosa; para que no fuesen despojados de ellos sin orden escrita o dictadas por autoridades incompetentes; o bien, sin causa fundada ni motivada.

En el artículo 18 de la citada Constitución, se ordenaba lo siguiente:

"Sólo habrá lugar á prision 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 prision o detencion -- por falta de pago de honorarios o de cualquier otra ministración -- en dinero". (66)

(65) *Idem.*, pág. 287.

(66) *Idem.*, pág. 305.

En la última parte de este precepto, se prohibía mantener en prisión o detención a un acusado por el hecho de adeudar honorarios o cualquier otra prestación en dinero, siempre que procediera de una responsabilidad civil.

Por último, el artículo 19 a la letra expresaba:

"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. El solo lapso de este término -- 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 molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades". (67)

Con facilidad podemos advertir, que se hacía una distinción entre la simple detención (con una existencia momentánea) y su prolongación que se convierte en prisión preventiva después de los -- tres días referidos en el artículo anterior, siempre que el auto -- de prisión se encontrara fundado y motivado. Por el contrario, si no se justificaba la prolongación de la detención del acusado, constituía una responsabilidad penal para los que la consintiesen y ejecutasen; prohibiéndose asimismo, el maltrato del imputado, tanto en el acto de aprehensión como durante su permanencia en prisión, abuso que debería castigarse con rigor.

Es conveniente agregar, que las constituciones de algunos países sudamericanos vigentes en aquella época, también contemplaban similares garantías, debido a las ideas liberales y a las luchas predominantes por su independencia definitiva. Estos países -- eran: Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, Venezuela y Uruguay.

h] Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865

Expedido por Maximiliano de Habsburgo el 10 de abril de -- 1865, entre sus disposiciones en materia de seguridad personal ---

(87) *Idem.*, pág. 312.

contenia las siguientes: (68)

Art. 60 "Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y sólo cuando obren -- contra él indicios suficientes para presumirle autor de un delito. Se exceptúa el caso de delito infraganti, en que cualquiera puede aprehender al reo para conducirlo á la presencia judicial o de la autoridad competente".

Art. 61 "Si la autoridad administrativa hiciese la aprehensión, deberá poner dentro de tercero día al presunto reo á disposición de la que deba juzgarle, acompañando los datos correspondientes; y si el juez encontrare mérito para declararlo bien preso, lo hará a más tardar dentro de cinco días; siendo caso de responsabilidad, la detención que pase de estos términos.

"Pero si la aprehensión se hiciere por delitos contra el -- Estado, ó que perturben el orden público, la autoridad administrativa podrá prolongar la detención hasta dar cuenta al Comisario Imperial ó al Ministro de Gobernación, para que determine lo que convenga".

Art. 66 "Las cárceles se organizarán de modo que sólo sirvan para asegurar á los reos, sin exacervar innecesariamente los -- padecimientos de la prisión".

Art. 67 "En las cárceles habrá siempre separación entre -- los formalmente presos y los simplemente detenidos".

De las disposiciones precedentes, podemos enunciar los siguientes puntos:

1. El artículo 60 constituía una excepción a las reglamentaciones anteriores, debido a que consideraba que la comisión de -- un delito en general, era condición suficiente para la procedencia de la detención; omitiendo diferenciar la gravedad de los delitos, dando origen a un retroceso en la evolución de las garantías individuales.

2. Por lo que se refiere al término, la duración de cinco días (art. 61), era excesiva, aun cuando la aprehensión hubiese si -- do ejecutada por una autoridad distinta a la jurisdiccional.

(68) Tena Ramirez, F., ob. cit., págs. 678 y 679

3. El poder constituyente se depositaba única y exclusivamente en el Ejecutivo, quien gozaba de facultades discrecionales - para ordenar la detención de las personas que a su juicio, pusieran en peligro la seguridad del Estado o alteraran el orden público. No obstante, este cuerpo normativo contenía ciertas instituciones liberales, como la clasificación carcelaria entre los individuos formalmente presos y los simplemente detenidos.

4. Finalmente, se hacía referencia a la cárcel como custodia en la cual se establecía la prohibición del castigo innecesario a los internos.

Por las múltiples contradicciones políticas y sociales que prevalecían en el país durante aquella etapa histórica, el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865, careció de vigencia - práctica y de validez jurídica.

1] Los Códigos Procesales de 1880, 1894 y 1908

Al caer el Imperio de Maximiliano, se instauró la República bajo el gobierno del Presidente Juárez, quien expide la primera Ley de Jurados el 15 de junio de 1869, subsanando el vacío existente por la falta de una Ley de Enjuiciamiento Criminal, estableciéndose el juicio por jurados; además, en esta ley aparece por primera vez la institución del Ministerio Público.

Sin embargo, estas normas no solucionaban las molestias -- causadas al acusado durante el proceso, así lo menciona González -- Bustamante: "La instrucción de los procesos llamada sumario era -- tardía y duraba muchos años, traduciendo en molestias incalculables para quienes quedaban sujetos a la prisión preventiva y al final del proceso con la absolución de la instancia, el inculpado -- quedaba en una situación incierta, con la amenaza de ser nuevamente detenido".

Y agrega: "Por otra parte, el empleo frecuente de la confesión con cargos y las rigurosas incomunicaciones que se imponían - al inculpado desde el momento de su detención hacían más rígido el sistema procesal imperante". (69)

(69) González Bustamante, Juan José, *Principios del Derecho Procesal Penal*. Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1959., pág. 20.

Al no ser plenamente satisfechos los objetivos planteados en su expedición, la Ley de Jurados necesitó de otro ordenamiento jurídico para complementar el procedimiento, mismo que debía adaptarse a las ideas del nuevo Código Penal que se expediría en diciembre de 1871. Las reformas al proceso penal persistente desde la Colonia se alcanzaron al promulgarse el Código de Procedimientos Penales el 15 de septiembre de 1880.

En su Capítulo XII, denominado "De los diversos grados y - casos en que puede restringirse la libertad del inculpado y de las personas que tienen facultad para hacerlo", este conjunto legal -- disponfa: (70)

Art. 245 "Nadie podrá ser aprehendido sino por la autoridad competente ó en virtud de orden escrita que ella dictare".

Art. 246 "Son competentes para aprehender y librar ordenes de aprehensión:

I. Las autoridades políticas y administrativas y sus agentes, en los casos siguientes:

1° Cuando por la ley estén facultadas para imponer la pena correccional de reclusión á que se refiere el artículo 21 de la -- Constitución;

2° Cuando se trate de un delito infraganti ó de un reo pró fugo;

3° Cuando fueren requeridas por los agentes de la policía judicial.

II. Los funcionarios y agentes de la policía judicial, en los casos que este Código determina;

III. Los jueces del ramo civil, cuando decreten la prisión como medio de apremio ó corrección y en el caso de urgencia á que se refiere el art. 247 de este Código;

IV. El tribunal superior, los jueces correccionales, los -- jueces de lo criminal, los menores y los de paz en los casos de su respectiva competencia, y el Ministerio Público en el caso del art. 30".

(70) *Legislación Mexicana sobre Presos, Cárceles y Sistemas Penitenciarios.*, -- págs. 291, 292 y 293.

Art. 247 "El delincuente infraganti y el prófugo, podrán ser aprehendidos sin necesidad de orden alguna por cualquiera persona, la que deberá presentarlos en el acto á algun agente de la policfa judicial".

Art. 248 "Los encargados de ejecutar el mandamiento de aprehension, cuidarán de asegurar á las personas evitando toda violencia y el uso innecesario de la fuerza, y los entregarán al jefe de la prision ó á la autoridad que ordenó la aprehension, dejando en todo caso el mandamiento escrito, en virtud del cual se hubiere procedido á ésta. Los alcaides de las cárceles no podrán recibir detenida á ninguna persona sin recoger previamente orden escrita, á no ser en los casos del artículo anterior".

Art. 249 "La orden de aprehension podrá sustituirse con la simple citacion, cuando el delito no merezca pena corporal, y cuando ésta siendo de menos de tres meses arresto mayor, el inculpado tenga buenos antecedentes de moralidad, y domicilio en el lugar en donde deba formarse la causa; pero si siendo citado el inculpado no compareciere ó si hubiere temor de que se fugue, se deberá mandar aprehenderlo, hasta que se otorgue caucion suficiente en los términos que este Código previene".

Art. 251 "La detencion trae consigo la incomunicacion del inculpado. Para levantarla durante los tres días que aquella deba durar, así como para prolongarla por más de ese tiempo, se requiere mandamiento escrito que se comunicará por escrito al alcaide ó jefe de la prision".

Art. 252 "La detencion en ningun caso podrá exceder de tres días, y deberá verificarse precisamente en algun establecimiento destinado en cada lugar para ese objeto".

Art. 253 "La incomunicacion no impide que se faciliten al que la sufre todos los auxilios compatibles con el objeto de esta precaucion.

"El incomunicado podrá hablar con otras personas ó comunicarse con ellas por escrito, á juicio del juez, siempre que la conversacion se verifique á presencia de este funcionario o que por su conducto se remitan las cartas abiertas".

Lo anterior, puede entenderse de la siguiente forma:

Para aprehender a un imputado era necesario una orden escrita emitida por una autoridad competente; la competencia era determinada por el artículo 246, comprendiendo las autoridades políticas y administrativas, los agentes y funcionarios de la policía judicial, incluso, los jueces en materia civil en el caso de decretar como medida disciplinaria o de apremio, la detención de una persona.

Por lo que respecta a la aprehensión tratándose de delitos cometidos infraganti, cualquier persona podía llevarla a efecto -- sin necesidad de orden alguna; esta situación también operaba, para el inculpado que se encontrara prófugo.

Se prohibía la violencia en el aseguramiento de la persona y no podían los funcionarios de la prisión recibir a algún detenido sin recoger la orden correspondiente.

Existía la posibilidad de sustituir la orden de aprehensión por la citación, cuando el delito no se sancionara con pena corporal o cuando el inculpado tuviera buenos antecedentes y domicilio fijo en el lugar del proceso.

Es relevante comentar, que este Código contemplaba la comunicación como un mecanismo de coerción derivada de la detención. Pero la misma podía limitarse, según el criterio del juzgador; pudiendo el detenido comunicarse por escrito o verbalmente con otras personas.

Debemos agregar, que la duración máxima de la detención no debía exceder de tres días; asimismo, tenía que existir un lugar -- exclusivo para los detenidos.

Tomando en consideración las consecuencias adversas que podía originar su detención y las molestias que durante su reclusión sufría, los legisladores trataron de evitar que el inculpado permaneciera en la cárcel durante la instrucción del proceso; por lo -- tanto, en base a la gravedad y sanción del delito cometido, determinaron como requisito esencial para que el imputado obtuviese su libertad caucional, que la pena aplicada al delito no excediera de cinco años, con la opinión del Ministerio Público; así se ordenaba en el Capítulo XIII de esta ley adjetiva.

Expedido también por el Presidente Porfirio Díaz, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales surge a la vida jurídica el 6 de julio de 1894, mismo que en relación a nuestro tema era textualmente similar al analizado con anterioridad, habiendo sido reformado en algunos puntos como por ejemplo: primero, que para la aprehensión del inculcado no bastaba la orden escrita, sino que ésta debía estar fundada y motivada, basándose en el artículo 222; segundo, amplió hasta siete años como pena máxima, para la procedencia de la libertad provisoria tramitada en forma incidental.

Posteriormente, el Código Federal de Procedimientos Penales emitido en 1908, reducía nuevamente el término a cinco años como límite para alcanzar la libertad provisional (arts. 352-I y 355).

En cuanto a los requisitos para la detención del presunto responsable de un delito, este Código preveía en su artículo 130 lo siguiente: (71)

"Cuando se sospeche que una persona tiene responsabilidad en un delito que merezca pena corporal, se procederá a su detención".

Lo anterior implicaba que bastaba una simple sospecha de comisión de un delito de gravedad, para que una persona fuera detenida.

El que aprehendiera infraganti a una persona, tenía la obligación de presentarla a la autoridad más próxima.

Por lo que se refiere a la incomunicación, podía prohibirse expresamente en la orden de detención correspondiente, en la forma siguiente: (72)

Art. 132 "La detención trae consigo la incomunicación, si no se expresa lo contrario en la orden relativa, durante el término de tres días.

"Para prolongarla por más tiempo, se requiere mandamiento escrito y motivado que se comunicará al alcaide ó encargado de la prisión. Esta incomunicación no podrá exceder en caso alguno de veinte días".

71) *Idem.*, pág. 630.

72) *Idem.*, pág. 631.

Dentro de la instrucción podían decretarse las incomunicaciones absolutamente necesarias, mediante mandamiento escrito y - motivado, no debían exceder de diez días. Debemos admitir, que - las citadas legislaciones adolecían de vicios que paulatinamente se fueron superando, lográndose un mejor trato y concediéndose ma yores beneficios para el detenido.

Concretamente en nuestro país, aun cuando el detenido gozaba legalmente de las mínimas garantías, éstas no se respetaban plenamente, debido a que pocas veces se realizaban detenciones -- conforme a las leyes establecidas.

Desde la colonización española, pasando por los regímenes centralistas y principalmente durante la dictadura porfirista, el individuo sufrió el menoscabo de su libertad y seguridad.

Mención especial merecen las detenciones que durante el - porfirismo fueron objeto: los trabajadores que se atrevían a declarar en huelga, los periodistas que criticaban al gobierno, - los campesinos que se negaban a pagar elevados impuestos y principalmente, los opositores políticos, a quienes se les detenía por delitos ficticios. Las aprehensiones eran tan violentas que algunos llegaban a perder la vida, enviándose a los sobrevivientes a cumplir trabajos forzados a Valle Nacional, zona henequenera de - Yucatán y Quintana Roo, como lo describe John Kenneth Turner en su "México Bárbaro".

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DE LA DETENCION

1. Elementos para librar la orden de aprehensión.

Corresponde en este capítulo examinar la esencia y los caracteres normativos de la detención, tanto a nivel constitucional como en las legislaciones secundarias del país. Asimismo, analizar su práctica material.

La Constitución de 1917 ratificó algunos preceptos establecidos por las constituciones anteriores, e introdujo otros con el fin de proteger los derechos del individuo frente al abuso de los detentadores del poder público. De esta forma, el artículo 16 constitucional regulando la detención, textualmente manda:

"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 de detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castiga con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos -- que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquiera 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", etc.

De la segunda y tercera parte del artículo anterior, deducimos que la aprehensión (y por consiguiente, la detención) del inculpado debe realizarse en tres hipótesis, que son:

- 1) En cumplimiento de un mandamiento escrito de la autoridad jurisdiccional (orden de aprehensión).

2) En caso de delito flagrante (en que cualquier persona - puede aprehender al imputado, sin requerir orden alguna).

3) En casos de urgencia (en que puede ser decretada por la autoridad administrativa).

Primeramente abordaremos la detención en virtud de una orden de aprehensión.

Como lo asentamos en la parte final del Capítulo I, la orden de aprehensión es un mandamiento escrito dictado por la autoridad judicial, mediante el cual se decreta la privación de la libertad de una persona para someterlo a proceso, siempre que se trate de un delito que la ley sancione con pena corporal.

Ahora bien, si la orden de aprehensión sólo puede emanar - de la autoridad judicial. ¿Qué requisitos o elementos debe recabar el juzgador para librarla?

Conforme al citado artículo 16 constitucional, deben reunirse los siguientes elementos:

Primero.- Que exista denuncia, acusación o querrela.- Para mayor comprensión, debemos aclarar qué debe entenderse por cada -- uno de estos actos.

Denuncia: Recibe este nombre el acto de poner en conocimiento del Ministerio Público, la realización de actos que al parecer impliquen la comisión de un delito, en el que la sociedad o el interés social resulten afectados (delitos perseguibles de oficio).

Acusación: Es la imputación o cargo formulado contra una - persona, responsabilizándola de la comisión de un acto que puede - ser o no delictuoso.

Querrela: Es poner en conocimiento de la autoridad competente un hecho posiblemente delictuoso, que daña intereses privados, por esta razón, los ofendidos pueden otorgar perdón, dejándola sin efecto.

Debemos señalar que las formas más usuales son la denuncia y la querrela, mismas que pueden ser formuladas verbalmente o por escrito (art. 118 del Código Procesal Penal Federal).

Segundo.- Que la denuncia, acusación o querrela sean sobre

un delito que la ley sancione con pena corporal. Es decir, cada -- uno de estos actos debe versar sobre delitos sumamente graves, que por lo mismo no puedan contemplar pena alternativa. Esta afirmación se ha reforzado con la siguiente Jurisprudencia:

"Se requiere que el hecho que la motive constituya un delito castigado con pena corporal" (Tesis 190). "Si la pena en la especie, es alternativa, - la orden de aprehensión pugna con el artículo 16 C," (Tesis 202).

Tercero.- Que la denuncia, acusación o querrela estén apoyadas por declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado. - En otras palabras, cualquiera de estos actos debe apoyarse en la - declaración de un tercero (persona digna de fe), formulándose bajo protesta de decir verdad. A falta de esta declaración, deberá apoyarse por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado; "estos otros datos como se ve, no se precisan, pudiendo - consistir en cualquiera clase de pruebas o indicios quedando a criterio del que dicta la orden apreciar su suficiencia". (73)

Al respecto, citamos las Tesis Jurisprudenciales que siguen:

"No se requiere oír previamente al acusado ni a los testigos de descargo que éste presente" (Quinta Epoca, Tomo XVII, página 613. Vera Enrique C.) "Basta con que la denuncia esté apoyada en datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado (Quinta Epoca, Tomo XX, página 1072. Garizurieta Milcianas).

Cuarto.- Por último, la orden de aprehensión debe solicitarla el Ministerio Público.- El artículo 21 constitucional atribuye al Ministerio Público el monopolio de la persecución de los delitos, auxiliándose de la Policía Judicial que deberá estar bajo - su mando inmediato. Y el 102, párrafo segundo, de la propia Ley Suprema confiere también al Ministerio Público de la Federación la - facultad de solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados, por delitos del orden federal. Así por ejemplo, al consignar ante la autoridad judicial un caso concreto, el Ministerio Público puede pedir el libramiento de la susodicha orden de aprehensión, - siempre que se encuentren satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional; así lo dispone el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 195, agregando que, dicha resolución deberá contener una relación sucinta de los hechos que la motiven, -

(73) Acero, Julio., ob., cit., pág. 130.

sus fundamentos legales y una clasificación provisional de los hechos delictuosos.

Por su parte, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece:

Art. 132 "Para que un juez pueda librar orden de detención contra una persona se requiere:

I. "Que el Ministerio Público haya solicitado la detención,

II. "Que se reúnan los requisitos fijados por el artículo 16 de la Constitución Federal".

Fácilmente nos percatamos que tanto la Constitución como - los Códigos Procesales citados, establecen los mismos elementos para librar la orden de aprehensión.

Es pertinente hacer notar, que la Constitución (art. 16) y el Código Procesal Penal para el Distrito Federal (art. 132) utilizan como sinónimos los términos "detención" y "aprehensión", siendo realmente distintos, así lo aclaramos en el Primer Capítulo de este trabajo.

La nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (art. 7-II), confiere al Ministerio Público la facultad de intervenir como actor ante los órganos jurisdiccionales solicitando las órdenes de aprehensión, de comparecencia y de cateo, en los delitos del orden federal.

En tanto que su similar de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal determina:

Art. 3 "En la atribución persecutoria de los delitos, al Ministerio Público corresponde:

B. "En relación al ejercicio de la acción penal".

I. "Ejercitar la acción penal ante los tribunales competentes por los delitos del orden común, solicitando las órdenes de aprehensión de los presuntos responsables cuando se reúnan los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o bien de comparecencia cuando así proceda".

Además se ha establecido la siguiente Jurisprudencia:

"Para dictar orden de aprehensión no es preciso que esté comprobado el cuerpo del delito, sino sólo que se llenen los requisitos previstos por el artículo -

16 constitucional (Tesis 195). Es preciso que la solicite el M.P. (Tesis 196). No es necesaria para su expedición la precisa clasificación del delito (Tesis 197). Para fundar la orden de aprehensión no es preciso establecer el tipo delictivo en el que encuadre exactamente la conducta" (Informe 1978, Colegiado del Quinto Circuito, A.R. 818/77. Ero Arturo Matresitos Sinohui y Coag.).

En nuestra opinión, debido a la gravedad que implica para el inculpado la privación de su libertad; para pedir la orden de aprehensión al Ministerio Público además de reunir los citados elementos, debe haber demostrado con anterioridad la existencia del cuerpo del delito, contando para ello con el tiempo suficiente (el destinado para la averiguación previa), sin más límites que la prescripcíon de la acción penal (arts. 105 y 107 del Código Penal).

Por otra parte, en las recientes reformas al Código Procesal Penal Federal publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1983, se prevé la aprehensión de funcionarios del gobierno federal y local, en la forma siguiente:

Art. 204 "Para la aprehensión de funcionarios federales o locales se procederá de acuerdo con lo que dispongan la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y las leyes orgánicas y reglamentarias respectivas, sin perjuicio de adoptar las medidas conducentes para evitar que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Si aquél intenta hacerlo, lo evitará la autoridad encargada de su vigilancia y solicitará inmediatamente instrucciones a quien esté conociendo del asunto o debe expedir la autorización, ajustándose a las órdenes que de estos órganos reciba".

La Ley Federal en cuestión señala, que mediante juicio político se determinará la insubsistencia del fuero de los funcionarios públicos a que se refieren los artículos 108, 109, 110 y 111 de la Constitución, con el propósito de proceder penalmente contra ellos, por actos u omisiones en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, por violaciones graves a la Constitución General de la República, a las leyes federales que de ella emanen y por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

El Congreso de la Unión (la Cámara de Diputados como órgano acusatorio y la Cámara de Senadores como jurado de sentencia), debe declarar la procedencia del desafuero del funcionario, con lo cual el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal ante el órgano

Jurisdiccional y éste conforme a los artículos 14 y 16 de la Carta Magna, libraré la orden de aprehensión del inculpado.

En este orden de ideas, concluimos que para que proceda la orden de aprehensión contra los altos funcionarios del gobierno federal y local, es necesario el desafuero o la autorización mediante juicio político ante el Congreso respectivo. Asimismo, para aprehender a una persona que maneje fondos públicos o que esté trabajando en un servicio público, deben tomarse las medidas precautorias para que el servicio no se interrumpa. Y tratándose de un empleado o -- funcionario de menor jerarquía, debe comunicarse su detención sin demora al superior jerárquico.

2. Quiénes pueden emitirla.

Nuevamente debemos remitirnos a la interpretación del artículo 16 constitucional, señalando que la frase "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial", significa que satisfechos los requisitos exigidos por el propio artículo 16, únicamente la autoridad judicial está facultada constitucionalmente para emitirla.

Por lo anterior, la Jurisprudencia ha sostenido:

"El Ministerio Público no está facultado para dictarla" (Quinta Época, Tomo LXXIII, página 2480. Vega Jorge Francisco).

A pesar de que la ley ordena efectuar la aprehensión mediante mandamiento escrito librado por la autoridad jurisdiccional excepto en los casos de flagrante delito y de urgencia; en la práctica, constantemente se realizan detenciones por disposición del Ministerio Público o por obra directa de la Policía Judicial, so pretexto de asegurar debidamente la persecución de los delitos, contrariando las prevenciones legales.

3. Su ejecución.

En cuanto a la ejecución de la orden de aprehensión, una vez librada, el juez la turnará al Ministerio Público (art. 133 del Código Procesal Penal para el D.F.), éste a su vez la turnará a la Policía Judicial para su ejecución, así lo expresa en su última parte el artículo 22 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, cuyo texto es el siguiente:

"Conforme a las instrucciones que se le dicten, la Policía Judicial desarrollará las diligencias que deban practicarse durante la averiguación previa y exclusivamente para los fines de ésta, cumplirá las citaciones, notificaciones y presentaciones que se le ordenen, y ejecutará las órdenes de aprehensión, los cateos y mandamientos que emita la autoridad judicial".

Idéntico criterio sigue el artículo 21 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales indica:

Art. 196 "Cuando se trate de aprehensión de alguna persona cuyo paradero se ignore, el tribunal que dicte la orden la comunicará al agente del Ministerio Público adscrito, para que éste la transcriba a la Procuraduría General de la República, a fin de que la Policía Judicial Federal o los auxiliares de ésta localicen o aprehendan a dicha persona".

Por lo que se refiere al tiempo que debe estar el detenido en poder de la Policía Judicial, los artículos 197 y 134 del Código Procesal Penal Federal y del D.F. respectivamente, instituyen:

"Siempre que se lleve a cabo una aprehensión en virtud de orden judicial, quien la hubiere ejecutado deberá poner al aprehendido, sin demora alguna, a disposición del tribunal respectivo, informando a éste acerca de la fecha, hora y lugar en que se efectuó, y dando a conocer al aprehendido el derecho que tiene para designar defensor".

Al respecto, Colín Sánchez comenta:

"En la práctica esta disposición no se obedece, el agente de la Policía Judicial que la realiza (la orden) conduce primeramente, al detenido, a la Guardia de Agentes de la Policía Judicial; -

es hasta el día siguiente cuando se le envía a disposición del juez, lo cual entraña un grave perjuicio para el sujeto y grave violación de las disposiciones legales". (74)

Esta práctica viciosa debe desaparecer totalmente, considerándose como delito contra la libertad personal, y por ende, sancionarse a los agentes de policía que lo cometan.

Por otra parte, para atenuar las molestias que se pueda causar al detenido durante su estancia ante el Ministerio Público, el Código Procesal Penal para el Distrito Federal instituye:

Art. 134 bis "En los lugares de detención dependientes del Ministerio Público no existirán rejas y con las seguridades debidas funcionarán salas de espera".

"Las personas que se encuentren en estado de ebriedad, bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aquellas que su situación mental denote peligrosidad y quienes a criterio de la autoridad investigadora, pretendan evadirse, serán ubicadas en áreas de seguridad.

"El Ministerio Público evitará que el presunto responsable sea incomunicado. En los lugares de detención del Ministerio Público estará instalado un aparato telefónico para que los detenidos puedan comunicarse con quienes lo estimen conveniente".

Cabe comentar que estas disposiciones constantemente son violadas por los agentes del Ministerio Público en coordinación -- con miembros de la Policía Judicial; principalmente cuando al detenido se le imputa un delito grave. En tal caso, es incomunicado -- llegando al grado de negar su detención a los familiares que solicitan informes sobre él.

(74) Collin Sánchez, G., ob. cit., pág. 288.

4. Casos de confusión en la persona que se va a aprehender

En el contenido de la orden de aprehensión a que nos hemos referido (art. 195, párrafo segundo, del Código Procesal Penal Federal), no se encuentran los datos que identifiquen a la persona - que se va a aprehender; también la Jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido:

"No es requisito indispensable citar el nombre del individuo a quien debe aprehenderse; basta con señalarse de modo indudable su identidad" (Quinta Época, Tomo XXI, página 1191. Alanís Antonio).

A nuestra manera de entender, son imprescindibles los datos que hagan plena identificación del inculcado; o sea, además de citarse el nombre y los apellidos, deben señalarse todos los datos - posibles que puedan ayudar a establecer su identidad, tales como: - edad aproximada, estatura, color de piel, ojos y cabellos, señas - particulares (lunares, cicatrices o algún defecto físico notable), etc., de tal forma, que su identificación por la Policía Judicial sea indudable; en virtud, de que en no muy pocas ocasiones han sur- gido confusiones en la persona aprehendida, dando como resultado, fatales consecuencias.

Como ejemplo claro del problema, citaremos el caso publica- do en el Diario Excelsior del 9 de marzo del año en curso, ⁽⁷⁵⁾ en el que "Debido a una equivocación por parte de agentes de la Poli- cía Judicial de Lerma, quienes al cumplir una orden de aprehensión en contra de un presunto delincuente, dieron muerte a Sebastián Ro- sas Morales, en San Miguel Mimiapan, Municipio de Xonacatlán" (Edo. de Méx.). "Según trascendió los detectives iban en busca de Baldo- mero Díaz, vecino del mismo pueblo de San Miguel Mimiapan, pero lo confundieron con Sebastián".

Estos fatales errores no deben seguir sucediendo, y para -- ello, es necesario que se reglamente en el contenido de la mencio- nada orden de aprehensión, los datos de identificación referidos.

(75) Pérez Mendoza, Gloria. "Sólo \$400 000.00 Pagó la Judicial del E de M por - Muerte de un Hombre". Excelsior: el periódico de la vida nacional. (México, E: 9 de marzo, 1984), pág. 8 D

5. Medios de combatirla.

La frase "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento" del multicitado artículo 16 constitucional (primera parte), debe interpretarse, que todo acto de molestia en la persona, familia, etc., debe sujetarse a una orden escrita, emitida por una autoridad legalmente facultada para ello, dicho acto deberá estar fundado y motivado.

Para un mejor entendimiento, debemos señalar el significado de cada concepto:

Fundar: Es citar la ley y los preceptos de ella en que se apoyan, ya que se trata de que justifiquen legalmente sus proveed^{os}, haciendo ver que no son arbitrarios.

Motivar: Es señalar las causas materiales que hayan dado lugar al acto reclamado, esto es, que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco correspondiente establecido por la ley.

De ahí que el Dr. Ignacio Burgoa afirme: "Se configurará la contravención al artículo 16 constitucional a través de dicha garantía, cuando el acto de molestia no se apoye en ninguna ley -- (falta de fundamentación) o en su caso de que, existiendo ésta, la situación concreta respecto a la que se realice dicho acto de autoridad no esté comprendida dentro de la disposición general invocada (falta de motivación)". (76)

En otras palabras, al no satisfacer el acto de autoridad (en este caso, la orden de aprehensión) los requisitos enunciados (art. 16 de la Constitución), el inculpa^{do} dispone del juicio de amparo para combatir la inconstitucionalidad del acto, conforme a los artículos 103-I y 107-XII de la misma Ley Fundamental.

Al efecto, se han establecido las tesis jurisprudenciales siguientes:

(76) Burgoa Orihuela, I., *ob. cit.*, pág. 597.

"No basta el dicho de un testigo de oídas para fundar la orden de ---
aprehensión" (Informe 1976, Colegiado del Décimo Circuito, A.R. 253/76. Jorge -
Angel Cruz).

"La orden debe expresar los motivos en que se funda". (Quinta Época,
Tomo IX, página 562. Garrido Castillo Manuel).

"La falta de motivo y fundamento de la orden de aprehensión obliga a
conceder el amparo en forma total y no para que se subsanen deficiencias" (In--
forme 1975, Colegiado del Décimo Circuito, R. 243/975. Javier y Dolores Pérez -
Ramírez).

"Para combatir la orden de aprehensión, el quejoso puede presentar an--
te el juez de amparo pruebas que no hubiese tenido a la vista del juez de la --
causa" (Informe 1975, Colegiado del Décimo Circuito, R. 84/975. Carmen Quen ---
Gil).

"Para resolver sobre la inconstitucionalidad de una orden de aprehen--
sión, el juez federal debe tener a la vista todas las constancias que sirvieron
de motivación y fundamentación a este acto" (Informe 1977, Colegiado del Décimo
Circuito, A.R. 609/76. Fidelio Peralta May).

"Es manifiestamente inconstitucional la orden de aprehensión por deli--
tos sancionados con pena alternativa, por lo que el juez del amparo debe apre--
ciarla en este sentido y conceder la protección de la justicia federal, y no ne--
garla con base en la afirmación de que la prueba sobre la constitucionalidad de
la referida orden corre a cargo del quejoso" (Informe 1972, Colegiado del Sépti--
mo Circuito, R. 820/72. Felipe Cedillo M.).

En cuanto a la competencia para conocer del juicio de ampa--
ro contra actos que violen las garantías consagradas en los artícu--
los 16, 19 y 20 fracción I, VIII y X de la Constitución, la Ley de
Amparo en su numeral 37 faculta al Juez de Distrito que correspon--
da o al superior del tribunal que haya cometido la violación.

Sin embargo, el siguiente artículo dice:

Art. 38 "En los lugares en que no resida juez de Distrito,
los jueces de primera instancia dentro de cuya jurisdicción radi--
que la autoridad que ejecuta o trata de ejecutar el acto reclamado,
tendrán facultad para recibir la demanda de amparo, pudiendo orde--
nar que se mantengan las cosas en el estado en que se encuentren,
por el término de setenta y dos horas, que deberá ampliarse en lo
que sea necesario, atenta la distancia que haya a la residencia --
del juez de Distrito", etc.

En otras palabras, se faculta a los jueces de primera ins--
tancia únicamente para recibir la demanda de amparo y ordenar la -
suspensión provisional del acto reclamado, hasta el momento en que

el juez de Distrito tenga conocimiento del asunto.

Por lo que hace a la suspensión del acto que se reclama, - el artículo 136 de la misma ley (párrafos primero y segundo) expresa:

"Si el acto reclamado afecta la libertad personal, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito, únicamente en lo que se refiere a su libertad personal, quedando a disposición de la autoridad que deba juzgarlo, cuando el auto emane de un procedimiento del orden penal por lo que hace a la continuación de éste."

"Cuando el acto reclamado consiste en la detención del quejoso efectuada por autoridades administrativas, o por la policía judicial, como responsable de algún delito, la suspensión se concederá, si procediere, sin perjuicio de que se haga la consignación que corresponda".

Dicha suspensión puede efectuarse en dos circunstancias diferentes:

1.º. Si el quejoso aún no ha sido detenido.- Tomando en cuenta que la suspensión provisional tiene por efecto: mantener el estado que guardan las cosas; la suspensión decretada contra una orden de aprehensión, impide la detención o aprehensión del quejoso, ya que en este momento todavía no se ha perturbado materialmente su libertad.

Al conceder dicha suspensión, el juez de Distrito debe tomar las medidas pertinentes, a fin de evitar que el quejoso se sustraiga a la acción de las autoridades responsables y que pueda ponerse a la disposición de éstas, si el amparo no se concediere (- art. 136, párrafo segundo).

Dichas medidas pueden consistir en: garantía pecuniaria -- (depósito en efectivo o fianza), la obligación de comparecer periódicamente ante el juzgador federal o ante la autoridad jurisdiccional que conozca del juicio, etc.

Si el quejoso no acata dichas medidas, el Juez de Distrito puede dejar sin efecto la suspensión provisional, pudiendo ejecutar se en este caso la orden de aprehensión.

2°. En caso de que ya se haya efectuado la detención.- La suspensión provisional puede producir dos efectos: primero, si la detención fue ordenada por las autoridades administrativas, podrá ser puesto en libertad provisional mediante las medidas de aseguramiento referidas; segundo, si se realizó por mandamiento de autoridades judiciales penales, el quejoso podrá ser puesto en libertad bajo caución conforme a las leyes federales o locales aplicables al caso (párrafo IV).

Esta libertad puede ser revocada, cuando aparezcan datos bastantes que hagan presumir, fundadamente, que el quejoso trata de burlar la acción de la justicia (párrafo V).

A pesar de que el juicio de amparo es un medio de evitar que se violen las garantías del individuo, en este caso, con la detención del mismo; constantemente se hacen comentarios de que es una forma de permitir la impunidad de los delitos que el Ministerio Público atribuye a los presuntos responsables. Sin embargo, nuestro modo de pensar es en el sentido de que con el juicio de amparo, lo único que se pretende es que no se causen perjuicios innecesarios al imputado, como ocurre en la mayoría de las detenciones, es decir, se busca justicia.

Así podemos afirmar, que la orden de aprehensión y detención inconstitucionales, sólo pueden combatirse y dejarse sin efecto mediante el juicio de amparo.

6. Otros preceptos constitucionales que regulan la detención.

Con anterioridad hemos afirmado que dentro del marco constitucional, generalmente, se deben realizar detenciones mediante una orden de aprehensión. Sin embargo, la Carta Magna prevé dos situaciones excepcionales en que también puede verificarse la detención del inculcado.

6.1. Casos excepcionales.

Hay ocasiones en que es materialmente imposible obtener la orden judicial para detener a una persona, que después de cometer el delito trataría de ocultarse. Ante esta situación, procede la detención por delito flagrante o por casos de urgencia.

a] Delito flagrante.

En estricto sentido, un delincuente es cogido en flagrante delito cuando se le sorprende en el momento de cometerlo.

A estos casos se refiere el mencionado artículo 16 constitucional, al expresar: "hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora, a disposición de la autoridad inmediata".

Debemos recordar que la detención en virtud de una orden de aprehensión, sólo puede ser ejecutada por los agentes de la Policía Judicial; en cambio, tratándose de delito flagrante, cualquier persona, sea o no autoridad, puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, teniendo la obligación de ponerlos sin demora a disposición de la autoridad inmediata, misma que por sus funciones -- (como órgano persecutor de los delitos y ejercitador de la acción penal), debe ser el Ministerio Público.

Por su parte, la legislación secundaria (así como la mayoría de los tratadistas), además de contemplar la flagrancia en estricto sentido, otorga validez a la cuasiflagrancia, como ocurre en el artículo 267 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, que textualmente expone:

"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 delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido".

Asimismo, el Código Procesal Federal además de señalar la flagrancia y cuasiflagrancia, considera suficiente para la aprehensión del delincuente in fraganti, la sola presunción, ordenando lo siguiente:

Art. 193 "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 el caso de flagrante delito;

Art. 194 "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 inculpado 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 fundadamente su culpabilidad".

Nuestra opinión difiere de este criterio, en razón de que en la presunción se disvirtúa la figura de la flagrancia, ya que todos los delitos son fragrantes en el momento que se cometen y dejan de serlo transcurrida su ejecución. Ahora bien, si se acaba de cometer el delito y existe una continuidad en la persecución de su autor, en cuya captura se le encuentren señales, vestigios u objetos del hecho, podemos considerarlo flagrante para efecto de la aprehensión.

b] Casos urgentes.

Finalmente, analizaremos la segunda hipótesis en que sin orden judicial escrita puede verificarse la detención del inculpado: los casos de urgencia. Para ello, es imprescindible citar por enésima ocasión al artículo 16 constitucional, cuya tercera parte

transcribimos a continuación:

"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".

En el texto precedente, se faculta a la autoridad administrativa para decretar la detención de una persona, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1.- Que se trate de casos urgentes.- En los cuales no sea posible realizar los trámites normales para que se dicte la orden por una autoridad judicial.

Al respecto, el Código de Procedimientos Penales para el - Distrito Federal pretende aclarar expresando:

Art. 268 "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 existan serios temores de que el responsable se substraiga a la acción de la justicia".

Desglosando este precepto, advertimos que para determinar cuando puede tratarse de un caso urgente, la autoridad facultada - debe tomar en cuenta: primero, si por la hora en que se pretende - realizar la detención, se haga prácticamente imposible conseguir - el mandamiento escrito (en este caso, operan los artículos 193-II y 266-II del Código Procesal Federal y para el Distrito Federal -- respectivamente, que autorizan al Ministerio Público y consecuente - mente a la Policía Judicial a detener en esas circunstancias); y - segundo, si por la distancia entre el lugar de la detención y el - de residencia de la autoridad judicial, no puede expedirse la orden de aprehensión.

A pesar de lo anterior, consideramos que el citado artículo 268 no esclarece totalmente los casos urgentes al agregar: "y - existan serios temores de que el responsable se substraiga a la acción de la justicia", por lo contrario, deja al arbitrio de cualquiera autoridad administrativa que pretende detener sin una orden

judicial, la estimación de cuándo existen esos "temores" para considerarlo un caso urgente, y proceder a la detención.

2.- Que no haya en el lugar ninguna autoridad judicial. En relación a este requisito, debemos considerar que el Congreso Constituyente de 1916 quiso referirse a las detenciones llevadas a cabo en lugares de menor categoría política, es decir, en pequeñas poblaciones en donde la función persecutoria de los delitos recae en autoridades administrativas municipales, tales como: Presidentes Municipales, Síndicos, Regidores, etc., por carecer de autoridad judicial y del Ministerio Público.

3.- Que sean delitos que se persiguen de oficio.- Pensamos que para que procedan las detenciones de esta clase, deberán tratarse de delitos sumamente graves, como pueden ser: delitos contra la seguridad exterior e interior de la Nación, contra la salud y la seguridad pública y contra la vida de las personas.

4.- Que se ponga al detenido inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.- Para evitar en lo posible las molestias que puedan ocasionarse al detenido, la autoridad administrativa está obligada a ponerlo a disposición de la autoridad judicial a la mayor brevedad posible.

En los casos de detenciones por el Ministerio Público, el Código Procesal Penal para el D.F., señala:

Art. 272 "Cuando el acusado sea aprehendido el Ministerio Público estará obligado bajo su más estricta responsabilidad, a poner inmediatamente al detenido a disposición de la autoridad judicial, remitiéndole, al efecto, el acta correspondiente".

De todo lo anterior concluimos, que incurrirán en el delito de abuso de autoridad y deberán sancionarse penalmente:

Primero.- Las autoridades administrativas que retengan en su poder al detenido, más del tiempo estrictamente necesario para ponerlo a disposición del Ministerio Público, en razón de que aquéllas no deberán realizar ningún trámite con el inculpado.

Segundo.- El agente del Ministerio Público que no pusiere al detenido a disposición de la autoridad judicial inmediatamente después de realizar los trámites indispensables para su consignación.

Porque suponiendo como debe ser, que el Ministerio Público haya - realizado con anterioridad la averiguación del delito para proceder a la aprehensión del inculcado; no debe desarrollar ninguna otra - diligencia que tomarle los datos de identidad, asentar la hora de su aprehensión y recibirle su declaración, para lo cual a nuestro juicio no debe requerirse ni veinticuatro horas.

6.2. Las garantías que se protegen.

Dentro de las normas constitucionales que regulan la detención, se consagran las garantías fundamentales del individuo, entre las que podemos citar: de libertad, de audiencia, de legalidad y - de seguridad jurídica.

a] De libertad.

Cada individuo miembro de la sociedad tiene una potestad - inherente a su naturaleza de elegir los fines supremos y escoger - los medios para su realización. Pero puede suceder que el individuo tenga la capacidad de realizar materialmente esos fines, y para -- ello es necesario que disponga de su libertad, entendida ésta, como el derecho a ejercer su propia actividad, respetando los derechos ajenos.

Por otra parte, debido a que la Constitución no consagra - una garantía genérica de libertad, ésta presenta múltiples aspectos de aplicación y su reconocimiento en la Carta Magna se lleva a cabo en relación a cada garantía libertaria específica.

En este orden de ideas, tenemos que el artículo 16 constitucional consagra entre otras garantías, la libertad física del -- hombre, conocida comúnmente como libertad personal, que se traduce en la situación de no estar impedido para movilizarse o desplazarse según sus deseos, o sea, no estar privado de su libertad ambulatoria. Por lo tanto, debemos considerar que la Constitución consagra la garantía de libertad contra detenciones arbitrarias que pueden realizar las autoridades o representantes del Estado.

b] De audiencia.

Tratándose de detención en virtud de orden judicial de aprehensión, no opera la garantía de audiencia por las siguientes razones:

1.º. Porque el artículo 16 constitucional al establecer los requisitos para el libramiento de las órdenes de aprehensión, no exige que previamente se oiga al presunto indiciado en defensa y sólo requiere que estén precedidas por alguna denuncia, acusación o querrela, respecto de un hecho que la ley castigue con pena corporal y apoyada por declaración bajo protesta de persona "digna de fe" o en otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

2.º. Porque las libertades públicas individuales (como derechos subjetivos), están consagrados en nuestra Constitución y protegidos a través de la garantía de audiencia, contra cualquier acto de autoridad que importe su privación, desde el punto de vista de los fines que persigue, como sería el caso de la prisión como pena. Por el contrario, si el acto de autoridad por propia índole no tiene a dicho objetivo (como es el caso de la detención), sino que la privación de la libertad personal sea sólo un medio para conseguir otros propósitos (en este caso, asegurar la comparecencia del acusado ante el órgano jurisdiccional), el acto de autoridad no será privativo sino de molestia.

Por lo anterior, es lógico afirmar que tampoco puede operar la garantía de audiencia en las otras formas de detención (por delito flagrante y casos de urgencia).

c) De legalidad.

Al condicionar todo acto de molestia que pueda ocasionarse al gobernado, con la fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento, el artículo 16 constitucional no sólo pide que emane de una causa o elemento, sino que ésta esté legalmente establecida; o sea, debe estar fundado y motivado en una ley o disposición normativa.

Ahora bien, si el principio de legalidad consiste en que las autoridades sólo puedan hacer lo que la ley les permite; fue -

necesario establecerlo en un precepto constitucional para su aplicación efectiva. De esta forma, es recogido por el artículo 16 de la Constitución al exigir la fundamentación legal del acto de autoridad que cause molestia al gobernado.

En este sentido se ha pronunciado la Suprema Corte al sostener:

"Cuando el artículo 16 de nuestra Ley Suprema previene que nadie puede ser molestado en su persona, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, está exigiendo a las autoridades no simplemente que se apeguen, según criterio escondido en la conciencia de ellas, a una ley, sin que se conozca de qué ley se trata y los preceptos de ella, que sirvan de apoyo al mandamiento relativo de las propias autoridades, pues esto ni remotamente constituiría garantía para el particular. Por lo contrario, lo que dicho artículo les está exigiendo es que citen la ley y los preceptos de ella en que se apoyen, ya que se trata de que justifiquen legalmente sus providos haciendo ver que no son arbitrarios. Forma de justificación tanto más necesaria, cuanto que dentro de nuestro régimen constitucional las autoridades no tienen más facultades que las que expresamente les atribuye la ley". A.R. 1, 259/59, Octavio Ramos E. y Coags. 10 de agosto de 1959. Sexta Epoca, Tomo XXVI, Segunda Sala, págs. 13 y 14.

"El requisito constitucional de legal fundamentación estriba, no en la invocación global de un código o de un cuerpo de disposiciones legales, pues de ser esto así, bastaría que los mandamientos civiles se fundamentaran diciendo 'con apoyo en las disposiciones del Código Civil', las procesales penales -- 'con apoyo en las disposiciones del Código de Procedimientos Penales', etc.; lo cual evidentemente dejaría al particular en igual desamparo que si la garantía de fundamentación no existiera, así como expuesto a los desmanes de la potestad pública, al no sujetarse ésta al cause institucional de dicha garantía". A.R. - 5,079/58, Eduardo Solís Guillén. 30 de enero de 1961. Sexta Epoca, Tomo XLIII, Segunda Sala, pág. 14.

"Es un contrasentido considerar que no es necesario que las resoluciones de las autoridades estén expresamente fundadas y motivadas, sino que es suficiente con que realicen sus actos de gobierno dentro del marco de la legalidad que tienen señalada, ya que si la autoridad no indica cuáles son los dispositivos legales que a su juicio le conceden la facultad para obrar en la forma que lo hace, se coloca a los particulares en la situación de adivinar en qué preceptos legales pretendió fundarse, lo que de ninguna manera es el espíritu -- que informa el artículo 16 constitucional, el cual exige expresamente que las autoridades responsables funden y motiven sus resoluciones". A.R. 3, 929/58, -- Gustavo Lasseur L. y Coags. 27 de octubre de 1958. Sexta Epoca, Tomo XVI, Segunda Sala, pág. 30.

Por otra parte, si las leyes otorgan a las autoridades administrativas y judiciales la facultad discrecional para determinar si el caso concreto que vayan a decidir encuadra dentro del abstracto previsto normativamente; así también, el ejercicio de esa facultad en principio no es susceptible de someterse a la revisión o examen del poder jurisdiccional, siempre que la autoridad -

respectiva la haya realizado lógicamente y racionalmente. Por el contrario, la indicada facultad deja de ser discrecional para convertirse en arbitraria, si se desempeña en los supuestos contrarios, hipótesis en la cual los actos que bajo tales condiciones se hubiesen -- ejecutado, pueden controlarse judicialmente a través del juicio de amparo, en función de la garantía de motivación legal consagrada - en el artículo 16 constitucional.

d] De seguridad jurídica.

Si el acto de molestia debe derivarse siempre de un mandamiento escrito, entonces, cualquier mandamiento u orden verbales - que originen el acto perturbador o que en sí mismo contengan la molestia en los bienes jurídicos a que se refiere dicho precepto de la Constitución, son violatorios del mismo.

La segunda parte del mismo artículo 16 consagra otra garantía de seguridad jurídica, consistente en que la orden de aprehensión librada contra una persona, siempre debe emanar de una autoridad judicial. A esta garantía pueden oponerse dos excepciones, como son: los casos de flagrante delito y de urgencia, como ya lo señalamos.

La tercera garantía de seguridad jurídica se refiere a que la autoridad nunca debe proceder de oficio al dictar la orden de - aprehensión, sino a petición del Ministerio Público y llenados los demás requisitos que exige la propia norma.

Otra garantía de seguridad jurídica es la que condiciona a las anteriores, y que concierne a que el acto de aprehensión o detención contra una persona consiste en que la denuncia, acusación o querrela debe estar apoyada en una declaración rendida por una - persona digna de fe y bajo protesta de decir verdad, o por otros - datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

No queremos finalizar este punto sin añadir, que además de las ya mencionadas, el inculpado debe gozar de otras garantías como son:

1o.- Debe evitársele: maltratos, imponerle tributos o contribuciones, o cualquier otra molestia ilegal (art. 19, tercer párrafo).

20.- Tan pronto como lo solicite, deberá ser puesto en libertad bajo fianza (o caución), que fijará el juez tomando en consideración sus circunstancias personales y la gravedad del delito, siempre que la sanción aplicable al mismo no exceda del término - medio aritmético de cinco años (art. 20, fracción I).

30.- Queda prohibida la incomunicación como medio coercitivo para arrancarle su declaración (art. 20, fracción II).

40.- Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación, se le tomará su declaración preparatoria, en la que se le hará saber el nombre de su acusador, la naturaleza y causa de su acusación (art. 20, fracción III).

50.- Tiene derecho a ser careado con los testigos que hayan declarado en su contra; a que se le reciban las declaraciones de testigos que proponga; a conocer todos los datos del proceso - que solicite para su defensa; a ser asistido por su defensor o -- por uno de oficio que le nombre el juez, etc.

6.3, Duración de la detención.

Al abordar el problema del tiempo de duración de la detención, debemos también abarcar el de cuántos periodos comprende.

Sobre el primer punto, el artículo 19 constitucional dispone: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, etc."

Entendido a contrario sensu significa que puede detenerse a una persona por más de tres días, cuando se hayan reunido los elementos del auto de formal prisión; por lo que el juez sólo podrá decretar la prisión preventiva en algunos casos.

Ahora bien, conforme al artículo 18 de la misma Ley Suprema, sólo habrá lugar a prisión preventiva (prolongar la detención) por delito que merezca pena corporal.

Lo anterior significa que si el delito que se le imputa - puede sancionarse con pena alternativa o no corporal, está prohibido decretar la prisión preventiva del detenido.

Y el numeral 19 agrega: "La infracción de esta disposición

hace responsable a la autoridad que ordene la detención, o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaides, o carceleros que la ejecuten".

Juzgamos que este artículo es incompleto al no expresar a partir de qué momento debe correr el término de las setenta y dos horas de referencia. Sin embargo, esto se prevé en el artículo 107 fracción XVIII, al expresar:

"Los alcaides y carceleros que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión de un detenido, dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19, contadas desde que aquél esté a disposición de su juez, deberán llamar la atención de éste sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada, dentro de las tres horas siguientes lo pondrán en libertad".

De lo anterior deducimos:

Primero.- Que el término de referencia empieza a partir -- del momento en que el detenido es puesto a disposición del juez.

Segundo.- Que este precepto concede tres horas más para -- que los alcaides y carceleros puedan recibir la copia autorizada -- del mencionado auto, de lo contrario, procederán a decretar la libertad del inculcado.

Tercero.- Que dentro del término de las setenta y dos horas, no se incluye el tiempo que transcurre entre el acto de aprehensión del inculcado y su puesta a disposición de la autoridad judicial competente. Al respecto, el párrafo tercero de la citada -- fracción XVIII indica que será consignado a la autoridad, aquél -- que realizada una aprehensión, no pusiere al detenido a disposición de su juez, dentro de veinticuatro horas siguientes, y añade:

"Si la detención se verificare fuera de lugar en que reside el juez, al término mencionado se agregará el suficiente para recorrer la distancia que hubiere entre dicho lugar y en el que se efectuó la detención".

Pensamos que tratándose de una detención en virtud de orden judicial no debe operar este término, ya que el Ministerio Público debe poner de inmediato al detenido a disposición del órgano jurisdiccional, toda vez que aquél no debe realizar ninguna diligencia

posterior con el detenido, esto se refuerza con el Código de Procedimientos para el D.F., que indica:

Art. 134 "Siempre que se lleve a cabo una aprehensión en virtud de orden judicial, quien la hubiere ejecutado deberá poner al aprehendido, sin demora alguna, a disposición del tribunal respectivo, informando a éste acerca de la fecha, hora y lugar en que se efectuó, y dando a conocer al aprehendido el derecho que tiene para designar defensor".

Tampoco tiene validez este término en los casos urgentes, debido a que el propio artículo 16 constitucional se encarga de regularlo al establecer que el acusado debe ser puesto inmediatamente a disposición de la autoridad administrativa, el detenido deberá ser puesto a disposición del juez que deba conocer de la causa.

Ahora bien, pensamos que este término puede aplicarse tratándose de detención por flagrante delito, en que según el artículo 16 deberá ponerse al detenido sin demora a disposición de la autoridad inmediata (por sus funciones debe ser el Ministerio Público). De esta forma, el término puede encuadrar en las veinticuatro horas con que cuenta el órgano representativo de la sociedad, para consignar al detenido ante la autoridad judicial.

En síntesis, podemos concluir que en estricto sentido la detención debe durar setenta y dos horas (excepto en los casos de flagrancia en que deberá contarse también las veinticuatro horas que alude el artículo 107 constitucional), dando como máxima duración 96 horas, al transcurrir las cuales necesariamente el juez debe dictar el auto de formal prisión; del detenido o su libertad -- por falta de elementos para procesar (sin perjuicio de que por datos posteriores se confirme que debe procederse contra el inculpa- do); o sea, no se puede detener a nadie por más de cuatro días, a menos que se justifique con un auto de forma prisión, siempre y -- cuando se trate de un delito grave. En este caso, podrá mantenerse la detención hasta que se dicte sentencia condenatoria o absoluta- ta.

De ahí que debamos admitir que la detención puede constar e tres periodos: el primero, que comienza con la aprehensión del inculpa- do y termina con la presentación del detenido ante la - - -

autoridad judicial; el segundo, que empieza con la consignación o puesta del detenido a disposición del juez y termina al cumplirse las setenta y dos horas; y el tercero (lo constituye la prolongación de la detención, mientras dure el proceso), que puede o no surtir efecto, ya que el juzgador puede dictar el auto de formal prisión del detenido o decretarle la libertad por falta de elementos para procesar.

Cabe destacar que no podrá prolongarse la detención por ninguna otra causa, conforme al artículo 20 fracción X de la Carta Magna, cuya transcripción es la siguiente: "En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pagos de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación en dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo".

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

Por último, pensamos que la citada fracción XVIII del artículo 107 se encuentra desubicada, en virtud de la falta de relación que su contenido guarda con el Juicio de Amparo a que se refiere este precepto. Más bien esta disposición puede encuadrar dentro del artículo 19, que primordialmente regula la duración de la detención.

a) Excepciones en el artículo 119.

Por extradición debe entenderse, el acto por el cual un Estado hace entrega de una persona domiciliada o de tránsito en su territorio, a otro que, teniendo jurisdicción para juzgarla, la reclama para someterla a proceso o ejecutar en ella una pena.

Su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 119, cuyo párrafo segundo dice: "el auto del juez que manda cumplir la requisitoria de extradición será bastante para motivar la detención por un mes, si se tratare de extradición entre Estados, y por dos meses cuando fuere internacional".

Lo anterior significa que la extradición puede ser:

1o. Interestatal.- (Entre Entidades Federativas) En este

caso, conforme a la Ley Reglamentaria del Artículo 119 de la Constitución, los agentes de policía que realicen la aprehensión del inculcado, deben ponerlo inmediatamente en prisión a disposición de la autoridad requerida. Esta deberá de inmediato dar aviso a la requiriente de su aprehensión, fijando 30 días como plazo máximo para la entrega del detenido.

Además de abarcar la extradición de reos condenados por sentencia ejecutoria y la de procesados que traten de evadir la acción de la justicia, esta ley contempla la extradición de presuntos responsables contra quienes se haya dictado orden de aprehensión. A este respecto, la extradición debe solicitarla el juez competente para conocer del delito, mediante exhorto que debe contener: todos los datos y señas particulares que identifiquen sin lugar a dudas al reo o inculcado, copia de la orden de aprehensión dictada contra el mismo, el acompañamiento de constancias que comprueben plenamente los elementos materiales del delito que se le impute y de otras que hagan probable su responsabilidad en el mismo, y por último, la mención de los preceptos que sancionen el hecho y señalen la pena.

2o. Internacional.- La detención por extradición a este nivel debe durar dos meses, en virtud de los trámites que ante diversas dependencias del gobierno mexicano deben realizar los Estados extranjeros. Esto sólo opera por delitos intencionales, quedando excluidos los delitos políticos y los de fuero militar.

Además de basarse en la Constitución, esta extradición se rige por los tratados internacionales que México ha celebrado con Bélgica, España, Gran Bretaña, Guatemala, Estados Unidos, Italia, El Salvador, etc.; por la Convención sobre Extradición firmada en Montevideo en 1933, por todos los países del Continente Americano; por el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil hecho en Montreal en 1971; y por la Ley de Extradición Internacional de 1975.

Para concluir, diremos que si al transcurrir los términos de referencia, las autoridades requirientes no han reclamado a los detenidos, estos deberán obtener su libertad, no pudiendo ser solicitados nuevamente por el mismo delito.

7. En los Códigos Procesales de la República.

Analizada la detención conforme a los Códigos Federal de Procedimientos Penales y para el Distrito Federal, proseguimos a examinarla desde el punto de vista de las legislaciones estatales.

7.1. Uniformidad y diversidad de criterios.

En la mayoría de Códigos Procesales de la República se advierten los mismos criterios vertidos por los Códigos Federal y para el D.F., excepto algunos que además presentan otras innovaciones normativas, como son las siguientes:

10. Por lo que respecta al lugar en que debe permanecer el detenido, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (art. 163) enuncia: "La detención y prisión preventiva se cumplirán en las cárceles preventivas o, en su defecto, en las municipales". Además prohíbe obligar a los detenidos a usar uniformes de ninguna especie y a prestar servicios dentro y fuera de la cárcel.

Por su parte, el Código relativo de Zacatecas (art. 191), prohíbe reunir con los demás detenidos a los miembros de la Policía Judicial, del ejército y los funcionarios y empleados de la administración de justicia que estuvieren detenidos o sujetos a prisión preventiva.

20. Tratándose de detención en virtud de orden judicial, tenemos que mientras los Códigos Procesales Federal y para el D.F. mencionan que deberá ponerse al aprehendido, "sin demora alguna" a disposición del tribunal respectivo; los Códigos de Procedimientos Penales de Michoacán (art. 217) y de Oaxaca (art. 233) ordenan que deberá hacerse en el término de veinticuatro horas.

En lo personal, consideramos que es demasiado tiempo para realizar la entrega del detenido, ya que como lo hemos sostenido, realizada la aprehensión, el Ministerio Público no debe efectuar ninguna otra diligencia con el detenido que ponerlo a disposición del juez.

Este término también lo contemplan los Códigos de Procedimientos Penales de Jalisco (art. 53), en Materia de Defensa Social

de Puebla (art. 79-I, IV y V) y de Yucatán (art. 179-I y V), pero refiriéndose a la detención por delito flagrante y por casos de urgencia, señalando que durante este término el Ministerio Público o sus auxiliares esclarecerán la identidad del inculcado, asentarán la hora, día y lugar de su aprehensión y le recibirán su declaración. Además de los trámites mencionados, los dos últimos Códigos exigen un examen psico-fisiológico tanto del acusado como del ofendido.

3o. Contra el abuso en que pueden incurrir las autoridades que ejecuten la detención, en Campeche se ordena:

Art. 153 "La detención se verificará guardándose al detenido todas las consideraciones compatibles con la seguridad de su persona".

Redactada en forma distinta, también en los Códigos Procesales de Nayarit y Zacatecas se concibe esta garantía, cuando instituyen: "Los encargados de ejecutar los mandamientos de aprehensión, cuidarán de asegurar a las personas evitando toda violencia y el uso innecesario de la fuerza". (2o. párrafo, arts. 160 y 190 respectivamente).

En forma más concreta, se ordena en los artículos 237 de los Códigos de Procedimientos Penales de Oaxaca y de Procedimientos en Materia de Defensa Social de Chihuahua: "Ni al aprehender ni al conducir al establecimiento de detención a los presuntos responsables, se les maltratará de obra ni de palabra por persona alguna. La autoridad que realice la aprehensión, se limitará de asegurarlas convenientemente. Sólo en casos de resistencia o evasión podrá usarse la fuerza; pero se evitará golpear al resistente y --causarle algún mal sin necesidad inevitable". Sin embargo, sabemos que en la práctica los agentes de la Policía Judicial realizan las aprehensiones con violencia, muchas veces sin necesidad.

4o. Cuando se trate de la aprehensión de un funcionario federal, se prevé algo fuera de lo común, al conferir: "Para la aprehensión de un funcionario federal, la autoridad judicial que la decreta ocurrirá al superior jerárquico de aquél para que lo ponga a su disposición, previos los requisitos legales que precedan". (art. 103 C.P.P. de Tlaxcala y 115 de Quintana Roo).

Nos parece aberrante que se conceda facultad al superior - jerárquico del funcionario que se pretenda aprehender para que aquél lo ponga a disposición del juez; toda vez que no está dentro de sus atribuciones la custodia de sus subordinados. Es más adecuado que el Ministerio Público ejecute la orden y presente al detenido ante el juez respectivo. Además, no debemos olvidar que para la aprehensión de funcionarios federales y locales el Código Procesal Penal Federal nos remite a la aplicación de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y a las leyes orgánicas y reglamentarias respectivas.

También debemos mencionar que sólo cuando se trate de detención de Jueces de Primera Instancia y agentes del Ministerio Público deberá solicitarse la autorización del Pleno del Tribunal Superior y del Procurador General de Justicia respectivamente. Sin embargo, mientras se obtiene dicha autorización puede sujetársele a la vigilancia policiaca. (arts. 116 y 117 de C.P.P. de Quintana Roo, 197 tercer párrafo de Zacatecas y 104 de Tlaxcala).

50. La detención de una mujer encinta debe sustituirse por su arresto domiciliario, con la finalidad de proteger eficazmente al infante hasta su viabilidad (art. 107 y 108 C.P.P. de Quintana Roo).

60. Tomando en consideración su función como ejecutora de las órdenes de aprehensión, conviene señalar que en la legislación de Jalisco, además del Ministerio Público la Policía Judicial será ejercida por: los Presidentes Municipales; por los jefes y oficiales de gendarmería y de policía local; por los comisarios e inspectores de policía y por los jefes de acordadas (art. 39). De ahí -- que en lugares en que no hay autoridad judicial, éstas puedan decretar la detención por casos urgentes.

70. Por lo que toca a la duración de la detención, los Códigos Procesales Penales de Oaxaca (art. 260) y de Hidalgo (art. - 89 primer párrafo), y de Procedimientos en Materia de Defensa Social de Chihuahua (art. 264), señalan que no deberá exceder de las setenta y dos horas, contadas desde que el detenido ha quedado a disposición del juez de la causa, a menos que se le haya dictado el auto de formal prisión. En otras palabras, estos preceptos son

fiel reflejo del artículo 19 de la Ley Fundamental.

El auto de formal prisión o de sujeción a proceso (dice el artículo 96 del C.P.P. de Hidalgo), se notificará inmediatamente - al inculpado, si estuviere detenido y se comunicará al establecimiento penal respectivo, a quien se remitirá copia autorizada de la resolución, con la cual podrá prolongarse la detención legítimamente.

80. En su artículo 77 el Código Procesal de Oaxaca, reza: "Los alcaides, practicarán en la averiguación de los delitos, a prevención con los Jueces Penales de Primera Instancia, todas las diligencias que en este Código se encomienda a los segundos hasta -- comprobar el delito y aprehender a los inculpados si ello se pudiere, dentro de seis días contados desde que tomaren conocimiento del hecho, pudiendo decretar, si hubiere mérito, el auto de formal prisión dentro del término constitucional. Los mismos Alcaldes dentro de aquél término y un día más por cada veinte kilómetros harán llegar a poder del juez respectivo las diligencias que hubieren practicado, con los individuos aprehendidos y demás objetos que se relacionen con el delito".

En lo personal, creemos que este precepto viola nuestra -- Ley Suprema al autorizar a los alcaides para realizar la averiguación y comprobación de los delitos, la aprehensión del acusado, e inclusive a dictarle el auto de formal prisión; en virtud, de que esta última función le corresponde al juez y las restantes al Ministerio Público (arts. 19, 21 y 102 constitucionales). Asimismo, cabe hacer mención que el artículo 5 del Proyecto de Reglamento Interior del Ayuntamiento, publicado en el Manual de Organización Municipal, se atribuye al Síndico la facultad "de hacer las veces de Ministerio Público en los municipios en que no exista esta institución". (77).

También debemos hacer hincapié, en que el legislador confundió el significado de las palabras "Alcaides" y "Alcaldes" al utilizarlas indistintamente; ya que el Alcaide es un funcionario administrativo de las cárceles, que puede ejercer el grado de jefe o -

(77) Manual de Organización Municipal. Presidencia de la República. Coordinación General de Estudios Administrativos, Talleres Gráficos de la Nación, México 1981, pág. 34.

ser simplemente guardián de las personas sujetas a privación de libertad; en cambio se le llama Alcalde a la primera autoridad de un municipio, es decir, al Presidente Municipal.

Por otra parte, según datos del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, casi el 75% de la población total de presos - que en 1980 permanecían en cárceles mexicanas, se encontraban en calidad de procesados, o sea, detenidos preventivamente, mientras que únicamente el 25% de los mismos habían sido sentenciados; lo cual pone de manifiesto que la detención preventiva es aplicada - indiscriminadamente, y además no se respeta al acusado el derecho de ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Todo lo expuesto con antelación, acredita que en nuestro país la práctica material de la detención es arbitraria y por ende, violatoria de los derechos humanos; a ello han contribuido -- los siguientes aspectos:

Legal.- Aun cuando nuestra Carta Magna establece las máximas garantías a la libertad personal, la legislación secundaria - las omite o presenta ciertas lagunas al respecto.

Humano.- El aspecto más substancial del problema lo constituye la falta de personal capacitado para impartir justicia de manera honesta y eficiente; esto, porque aquí como en todas partes del mundo, la justicia está al servicio de los detentadores - del poder político, económico y social, desobedeciendo las disposiciones legales; así por ejemplo, las personas de menores recursos son detenidas, procesadas e incluso condenadas en cantidades muy superiores que las de alto estrato social.

CAPITULO IV

LA PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD

1. Sujeto Activo

Frente a las detenciones legalmente establecidas a que -- nos referimos en el capítulo anterior, podemos encontrar otras si tuaciones en que la realización de las mismas, pueden constituir un delito y sancionarse penalmente. El ejemplo típico de este ti po de actos, lo es el delito de privación ilegal de la libertad.

Asentado lo anterior, entramos al estudio del sujeto acti vo de este delito.

El Código Penal regula la privación simple de la libertad ambulatoria, de la manera siguiente:

Art. 364 "Se aplicará la pena de un mes a tres años de -- prisión y multa hasta de mil pesos:

I. "Al particular que, fuera de los casos previstos por -- la ley, detenga a otro en una cárcel privada o en otro lugar por menos de ocho días. Si la privación ilegal de la libertad excede de ocho días, la pena será de un mes más por cada día".

Del texto citado, se desprenden los siguientes supuestos:

a) Para hacer la calificación del sujeto activo debemos -- señalar su condición de particular o que su forma de actuar sea -- como tal, bien porque carezca del carácter de autoridad, o que po seyéndolo no esté ejerciendo sus funciones en el momento de reali zar la conducta tipificada como delito.

b) La detención que realice dicha persona, debe ser resul tado de su propia y libre decisión; en otras palabras, no debe es tar prevista por la ley, ya que de ser así, dicha detención sería legítima aún cuando el ejecutor fuere un particular (detención -- por delito flagrante).

2. Sujeto pasivo.

Al expresar la ley "detenga a otro" previene que cualquier persona sin distinción de edad, sexo, condición social, etc., es susceptible de ser privada de su libertad corporal o ambulatoria; misma que se traduce en la independencia de todo poder extraño o ilegítimo sobre nuestra persona, para realizar cualquier actividad sin agraviar los derechos ajenos.

En otros términos, el sujeto pasivo de este delito puede serlo toda persona sin distinción de ninguna especie, incluso las personas con incapacidad física para desplazarse o incapacidad mental en cualquier grado; en virtud de que la ley ampara la libertad corporal de todos de manera incondicional y objetiva. Sin embargo, debemos mencionar que si el delito se comete contra un funcionario público en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, se concursará con la figura del artículo 189 del propio Código Penal (delitos cometidos contra funcionarios públicos).

Ahora bien, debemos señalar que la detención de la víctima se hará consistir en su encierro o sujeción privatoria de libertad en cualquier lugar. Así por ejemplo, Briseño Sierra nos menciona el caso de impedir a una paciente que salga del sanatorio en que fue operada, a pesar de haber sido dado de alta, con el pretexto de no haber cubierto los honorarios del médico que la operó, constituye el delito de privación ilegal de la libertad.⁽⁷⁸⁾ Conviene agregar que con las reformas al Código Penal publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de enero de 1984, esta situación queda comprendida dentro de la responsabilidad profesional (art. 230-I).

(78) Briseño Sierra, Humberto. *El Enjuiciamiento Penal Mexicano*. Editorial Trillas, México, 1978. pág. 74.

3. Bien jurídicamente protegido

Si privar de la libertad corporal o ambulatoria a una persona es impedirle de cualquier forma y por cualquier tiempo, el --ejercicio del derecho de realizar cualquier actividad respetando los derechos ajenos; entonces, en esencia este delito consistirá en poner físicamente al sujeto pasivo en tales condiciones que no pueda hacer uso de su libertad de locomoción, conforme a los límites marcados por el sujeto activo, quien necesariamente debe ser un particular.

En este orden de ideas, se puede afirmar que el bien jurídico tutelado es la libertad física en su manifestación ambulatoria.

Asimismo, consideramos que para lograr la perfección jurídica del tipo, la libertad ambulatoria debe deteriorarse mediante una lesión efectiva, con arreglo al mismo tipo, donde halla su --fundamento la sanción. Por ser la libertad física un bien prácticamente indestructible, dicha lesión sólo podrá manifestarse en forma de obstrucción a su ejercicio. (79)

(79) Millán Martínez, Rafael. Delito de la Privación Ilegal de la libertad. *Revista Mexicana de Derecho Penal* No. 26, Marzo-Abril, Tercera Época, México, 1969, pág. 43.

4. Punibilidad.

El legislador protege el derecho a la libertad ambulatoria del individuo, a través de la punibilidad.

En los delitos que el Código Penal regula en su Título Vigésimo primero denominado: "Privación ilegal de la libertad y otras garantías", las sanciones varían según las circunstancias en que se cometen, por la manera de lesionar el bien jurídico, libertad física y por las especiales condiciones del autor y de la víctima.

Así tenemos que el delito simple de privación ilegal de la libertad, se sanciona con prisión de un mes a tres años y pena económica hasta de mil pesos, cuando la detención dure menos de ocho días; pero si excede de este término, por cada día se aumentará un mes de prisión.

Pensamos que el mencionado término debe contarse a partir del momento de la injusta privación de libertad hasta la completa soltura. De esta forma, el delito se consuma con el inicio de la detención ilegal, y por ende, se configura aún cuando el quebranto a la libertad ambulatoria sea por tiempo breve. Así, la pena debe aplicarse sin ninguna otra condición que la consumación de la hipótesis.

Ahora bien, nuestro modo de pensar difiere del criterio -- del legislador en cuanto a la punibilidad, ya que consideramos al bien jurídicamente protegido (libertad física o corporal) como uno de los más preciados derechos inherentes al hombre, por lo cual su privación ilegal implicaría un delito grave; por esta razón, juzgamos más adecuado fijar los extremos de la prisión entre dos y ocho años y la sanción pecuniaria entre cincuenta y cien días de multa, tomando como base la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, incluyendo todos sus ingresos y marcándose el límite inferior, en el importe de salario mínimo.

5. Su conversión al carácter de plagio o secuestro.

Antes de entrar al análisis de este punto, es conveniente establecer lo que en términos jurídicos puede entenderse por secuestro.

De Pina lo concibe como: "la figura delictiva consistente en la privación arbitraria de la libertad personal de un sujeto, o de varios, llevada a cabo por un particular, o por varios, con el objeto de obtener un rescate o de causar daños o perjuicios al secuestrado o secuestrados, o a otra persona con ellos". (80)

Asentado lo anterior, entramos a su estudio normativo.

El Código Penal reformado, reglamenta este delito en la forma siguiente:

Art. 366 "Se impondrán pena de seis a cuarenta años de -- prisión y de doscientos a quinientos días de multa, cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

I. "Para obtener rescate o causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a otra persona relacionada con aquélla;

II. "Si se hace uso de amenazas graves, de maltrato o de tormento;

III. "Si se detiene en calidad de rehén a una persona y se amenaza con privarla de la vida o con causarle daño, sea a aquélla o a terceros, si la autoridad no realiza o deja realizar un acto de cualquier naturaleza;

IV. "Si la detención se hace en camino público o en paraje solitario;

V. "Si quienes cometen el delito obran en grupo, y

VI. "Si el robo de infante se comete en menor de doce años, por quien sea extraño a su familia, y no ejerza la tutela sobre el menor"

(80) De Pina, R., *ob. cit.* pág. 431.

"Cuando el delito lo comete un familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, la pena será de seis meses a cinco años de prisión".

Si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio, sólo se aplicará la sanción correspondiente a la privación ilegal de la libertad de acuerdo con el artículo 364".

De la transcripción anterior, deducimos que el delito simple de privación ilegal de la libertad que regula el artículo 364, tendrá el carácter de plagio o secuestro en función a la finalidad que se persigue al cometerlo y de sus formas de comisión.

De los fines que se persiguen al cometerlo se ocupan las fracciones I y III, entre los que destacan: para obtener rescate o causar daño o perjuicio al plagiado o a otra persona relacionada con ésta y para obtener de la autoridad la omisión o suspensión de realizar determinados actos.

Entre las características agravantes de su comisión tenemos: el uso de amenazas graves, de maltrato o de tormento (violencia física o moral); la detención en camino público o en paraje solitario; y la comisión del delito por un grupo de personas, ante el cual el sujeto pasivo se vería indefenso físicamente para repeler el ataque.

Respecto de la fracción VI que regula el robo de infante, compartimos la opinión de González de la Vega que expresa: "es incluido en este capítulo por estimarse que el menor tiene el goce de su libertad y hasta cierto límite su ejercicio". (81)

Por otra parte, pensamos que la rigurosa pena de prisión (de seis a cuarenta años) que corresponde a este delito, se debe a lo siguiente:

Primero.- Porque además del ataque directo a la libertad, es susceptible de ocasionar mayores daños a las personas (privar de la vida) o a sus patrimonios (conceder rescate u otro perjuicio económico).

(81) González de la Vega, Francisco. *El Código Penal Comentado. Cuarta Edición*, Editorial Porrúa, México, 1978., pág. 397.

Segundo.- Porque el alto grado de peligrosidad y riesgo - que corre el secuestrado, repercute en la tranquilidad pública, - ya que toda persona está expuesta a estos actos.

Tercero.- Porque menoscaba la autoridad del Estado al obligarlo a realizar determinados actos fuera de la ley, para evitar perjuicios o privación de la vida al plagiado, máxime cuando se trata de funcionarios públicos o de representantes de otros Estados con los cuales el gobierno presionado mantiene relaciones.

En virtud de lo anterior, estamos de acuerdo con la pena corporal que a este delito impone el Código Sustantivo; además, - no olvidemos que nuestra Carta Magna en su artículo 22, párrafo - tercero, llega incluso a prever la posibilidad de sancionar con - la muerte al plagiario.

6. Su relación con el abuso de autoridad.

Hemos afirmado que en el delito de privación ilegal de la libertad, el sujeto pasivo siempre lo será un particular que de-- tenga ilegítimamente a cualquier otra persona. Sin embargo, si la persona que priva ilegalmente de la libertad a un sujeto tiene el carácter de autoridad, estaremos frente a una de las formas del - delito de abuso de autoridad.

Carrara, ilustre jurista italiano expreso: "no es posible fijarle a este delito límites mejor determinados, desde el punto de vista de sus elementos materiales y de sus efectos, pues por - estos dos aspectos es indefinido e indefinible. Podemos ver algu- nos ejemplos:

a) en el arresto arbitrario de un ciudadano, ordenado por el juez.

b) en la detención con maltratos, ejecutada por un carce- lero.

c) en las servicias empleadas contra el arrestado por los agentes de la fuerza pública", etc. (82)

En nuestra forma de pensar, el delito de abuso de autori- dad lo comete cualquier funcionario o representante del gobierno, que al ejercer sus funciones se exceda en sus atribuciones que la ley le confiere, en perjuicio de persona o personas determinadas.

Este delito se encuentra ubicado en el Código Penal en su Capítulo III, del Título Décimo denominado: "Delitos cometidos -- por servidores públicos", cuyos apartados más afines con la priva- ción ilegal de la libertad citamos a continuación:

Art. 215 "Cometen el delito de abuso de autoridad los ser- vidores públicos que incurran en algunas de las infracciones si- guientes:

VI. "Cuando estando encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de libertad, de instituciones de readaptación social o de custodia y rehabili- tación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos,

(82) Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Volumen V. Editorial - Temis, Bogotá, 1961, pág. 54.

sin los requisitos legales, reciba como presa, detenida, arrestada o interna a una persona o la mantenga privada de su libertad, sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente, niegue -- que está detenida, si lo estuviere, o no cumpla la orden de libertad girada por la autoridad competente."

VII. "Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones;"

XII. Párrafo segundo.- "Al que comete el delito de abuso de autoridad se le impondrán de uno a ocho años de prisión, multa desde treinta hasta trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la comisión del delito y destitución e inhabilitación de uno a ocho años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos".

En los supuestos anteriores, el abuso de autoridad se deriva del delito de privación ilegal de la libertad; distinguiéndose al sujeto activo porque actúa como cómplice del realizador material de dicha privación de libertad, en virtud, de que teniendo el carácter de funcionario público (incluso en algunos casos, estando dentro de sus atribuciones hacerlas cesar), permite la prolongación de la detención ilegal.

Por su parte, el nuevo Reglamento de la Policía Preventiva del Distrito Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 6 de julio de 1984, prohíbe estrictamente a sus miembros a detener a cualquier persona sin causa legal que lo justifique (art. 25-I); lo cual, pensamos que además constituiría el delito de abuso de autoridad.

Cabe agregar, que a nuestro juicio también se comete abuso de autoridad en "la frecuente práctica de las múltiples policías existentes en el país de realizar detenciones motu proprio, sin cumplir con los requisitos constitucionales (orden escrita de juez, delito flagrante o caso de urgencia en los lugares en los que no hay autoridad judicial). Estas detenciones, en muchos casos, preceden a los maltratos, las vejaciones y aún los tormentos en -

contra del detenido, sin que estas arbitrariedades sean perseguidas penalmente por el Ministerio Público, que con ello cumpliría con el papel que le asigna la Constitución". (83)

(83) Barreda Solórzano, Luis de la. "Detenciones y Desapariciones". *Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*. Volumen III, núm. 5, Enero-Abril, 1982., pág. 118.

7. La práctica de detenciones masivas

Otra de las formas más comunes de afectar la libertad personal se lleva a cabo mediante las detenciones masivas, mejor conocida como "redadas".

Estos actos empiezan con el conocimiento de los delitos, sobre los cuales diversas corporaciones policiacas se avocan a investigar realizando capturas o aprehensiones conjuntas de personas (sin mediar mandamiento escrito) que pueden o no estar implicadas en la comisión de dichos delitos. Es decir, con las "redadas" se pueden conocer los autores del delito, pero también otras personas pueden sufrir el menoscabo de las garantías que les consagra la Constitución; en virtud, de que es usual en los agentes imputarle actos delictuosos al sujeto que desea aprehender, mismo que durante su detención con medios violentos le arrancan la confesión y se declara culpable, aunque realmente sea inocente.

Anteriormente, esta acción inconstitucional la realizaban miembros del cuerpo de agentes de la División de Investigaciones para la Prevención de la Delincuencia (DIPD), que dependía de la Policía Preventiva. Desde su creación a mediados del siglo XIX -- hasta su desaparición en 1983, en muchas ocasiones se le objetó la inconstitucionalidad de su existencia y por ende, de sus actos; trayendo sólo como consecuencia su cambio de nombre; sin embargo, sus prácticas de detenciones masivas persistieron.

En la actualidad, las "redadas" son frecuentemente ejecutadas tanto por la Policía Preventiva de la recientemente creada Secretaría de Protección y Vialidad, como por integrantes de la Dirección Federal de Seguridad perteneciente a la Secretaría de Gobernación.

Tomando en consideración el bien jurídico que se lesiona y los perjuicios que puede ocasionarse al detenido injustamente -- mediante las "redadas", creemos que este delito debe sancionarse con la destitución de su empleo, pena de prisión de tres a nueve años y multa hasta de doscientos días, al que ordene o ejecute -- las detenciones masivas sin cumplir con los requisitos legales, -- violando flagrantemente la Constitución.

CAPITULO. V

LA DETENCION EN EL DERECHO COMPARADO

1. Derecho Comparado.

Habiendo examinado los delitos en que pueden incurrir las personas que privan ilegalmente de la libertad a otro sujeto, sea en su carácter de autoridad, o bien como particular; debemos examinar la detención en las legislaciones de otros países, así como a nivel regional e internacional.

1.1. En Italia.

La Constitución de la República italiana firmada en Roma el 27 de diciembre de 1974, en su artículo 13 instituye:

"La libertad personal es inviolable.

"No se admite forma alguna de detención, de inspección o de registro personal, ni cualquiera otra restricción de la libertad personal, a no ser por mandato dictado por la autoridad judicial y únicamente en los casos y en las formas previstos por la ley.

"En casos excepcionales de necesidad y urgencia, indicados taxativamente por la ley, las autoridades de seguridad pública pueden adoptar medidas provisionales que deberán poner en conocimiento de la autoridad judicial en el plazo de cuarenta y ocho horas y que, si esta autoridad no las convalida en el plazo de las sucesivas cuarenta y ocho horas, se considerarán revocadas y no surtirán efecto alguno.

"Está castigado todo acto de violencia física o moral sobre las personas sometidas a restricciones de libertad.

"Las leyes establecen los límites máximos de encarcelamiento preventivo".

Del texto constitucional enunciado se desprende la tutela del principio de la inviolabilidad personal y de las garantías de legalidad, seguridad jurídica e integridad corporal.

Por su parte, el Código de Procedimientos Penales contempla la detención preventiva en tres supuestos jurídicos:

1. Arresto en Flagrancia.- Conforme al artículo 237, es flagrante el delito que se comete actualmente, el delito permanente hasta que haya cesado su permanencia; y se considera en estado de flagrancia, quien es sorprendido en el acto de cometer el delito, quien inmediatamente después del delito es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o por otras personas, o el que es sorprendido con cosas o huellas por las cuales aparezca que ha cometido poco antes el delito.

Los oficiales y agentes de policía judicial y de la fuerza pública deben detener a cualquier persona que ha sido sorprendida en flagrancia. Además, tienen facultad para detener a quien ha sido declarado delincuente habitual, profesional o por tendencia o si está bajo medida de seguridad personal (arts. 235 y 236).

Según el artículo 242, los particulares están facultados para detener en las siguientes condiciones:

- a) Que el arresto se haga en flagrancia o cuasiflagrancia de delito.
- b) Que se trate de un delito respecto del cual la ley obliga a los oficiales y agentes de la policía judicial a detener.
- c) Que el delito sea perseguible de oficio.

Quien ejecute el arresto, puede tomar en custodia las cosas que constituyan el cuerpo del delito.

De estos casos, Leone comenta: "Es evidente que, en orden al ejercicio de la facultad, el particular está autorizado a hacer uso de la fuerza y a retener al arrestado hasta el momento de la entrega a la autoridad". (84)

Asimismo, anexa a esta facultad el particular tiene la obligación de entregar sin retardo, salvo casos de fuerza mayor, al arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo del delito a un oficial o agente de policía judicial o de la fuerza pública.

(84) Leone, G., *ób. cit.*, pág. 273.

Dice Manzini: "Si el particular no entrega al arrestado - en el plazo indicado ni justifica haber estado impedido para hacerlo por fuerza mayor, es punible si obró con dolo, al tenor del art. 605 del Cod. Pen. (secuestro de Persona)". (85)

2. Detención de indiciados de delitos.- La detención por indagaciones es permitida en los siguientes casos: cuando hay sospecha de fuga; cuando en la persona que se pretende detener existen graves indicios de delito; y cuando se trate de delito en que es obligatorio el mandato de captura, en este caso, los oficiales pueden arrestar por el tiempo estrictamente necesario para el interrogatorio, debiendo notificar la detención al Procurador de la República o al pretor del lugar, asentando el día y la hora de su realización; asimismo, en las primeras cuarenta y ocho horas de la detención, el propio oficial deberá comunicar a la autoridad judicial los motivos y resultados de las investigaciones sumarias realizadas (art. 238 del Código de Procedimientos Penales).

Si el oficial advierte la arbitrariedad de la detención, debe revocarla, instituyendo la libertad del detenido (art. 239).

3. Arresto por mandato de captura.- Con fundamento en el artículo 253 del mismo Código Procesal, la detención preventiva será obligatoria (con mandato de captura) en los siguientes delitos:

a) Aquellos cometidos contra la seguridad del Estado, que tengan señaladas penas de reclusión mínima de cinco años y máximo de diez o de por vida.

b) Los que tengan señaladas penas cuya gravedad varíe entre cinco años de prisión como mínimo y quince o cadena perpetua como máximo.

c) Compra venta de esclavos.

d) Tráfico clandestino o fraudulento de estupefacientes.

e) Falsificación de moneda, introducción o utilización de moneda falsa dentro del país, a sabiendas de su carácter.

En este orden de ideas, "la detención preventiva puede --

(85) Manzini, V., *ob. cit.*, pág. 615.

ser aplicada ya sea en virtud de un mandato de detención expedido por el juez de instrucción, o bien por medio de una orden de aprehensión expedida por el Ministerio Público". (86)

Por otra parte, es de particular importancia comentar que en casos de arresto o detención de una mujer encinta o que se encuentre en periodo de lactancia, o de una persona enferma de gravedad, o que exceda de sesenta y cinco años (a menos que se trate de los casos previstos en el artículo 253 o del 254.2) cuando las circunstancias del hecho y las calidades morales del arrestado lo consientan, el Procurador de la República podrá disponer por decreto motivado que la persona arrestada permanezca provisionalmente en estado de arresto en su casa.

Las leyes secundarias italianas también exigen la separación entre detenidos y condenados, entre hombres y mujeres, entre mayores de edad y menores de 18 años, entre detenidos comunes y eclesiásticos seculares, etc. (87)

Así también, la Constitución italiana (art. 13) remite a las leyes ordinarias el establecimiento de tiempo máximo de duración de la detención, y el Código de Procedimientos Penales para ello toma como base el tiempo de duración de la instrucción (art. 271). Además, este Código prevé la excarcelación del imputado con los siguientes requisitos: si han transcurrido seis meses para el delito con pena de reclusión superior a cuatro años, o hayan pasado tres meses si la ley prevé pena menor; en casos con mandato de captura obligatorio, hayan pasado dos años, si la ley prevé pena de ergástulo o reclusión no inferior a veinte años, y haya pasado un año si la ley prevé pena menor.

Por último, prevé la libertad provisional bajo caución o fianza, o bien con la condición de que el imputado tenga que permanecer en un determinado Municipio alejado de los lugares en que se cometió el delito o vive el denunciante, querellante o la persona ofendida, o sus próximos parientes, o el mismo imputado tiene su residencia (art. 282 del Código Procesal Penal).

(86) Rodríguez y Rodríguez, J., *ob. cit.*, págs. 82 y 83.

(87) Manzini, V., *ob. cit.*, págs. 633 y 634.

1.2. En España.

La Constitución aprobada por las Cortes Españolas el 31 de octubre de 1978 y sancionada por el Rey el 27 de diciembre del mismo año, refiriéndose a la detención preventiva manda:

Art. 17.1. "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos por la ley.

2. "La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial".

3. "Toda persona detenida debe ser informada en forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. "La ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente".

Siguiendo el orden del precepto constitucional, encontramos regulando la detención los siguientes elementos:

a) Duración de la detención.- Sobre este punto existe con tradición entre la norma constitucional citada, que prevé como máximo setenta y dos horas para poner al detenido en libertad o a disposición de la autoridad judicial, y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 496) que prescribe que el particular, autoridad o agente de policía judicial que detuviere a una persona, deberá ponerla en libertad o entregarla al juez más próximo del lugar de la detención, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma; incurriendo en la responsabilidad que establece el Código Penal si se excedieren del plazo.

Al respecto, pensamos que en la Constitución vigente existe un retroceso en cuanto a esta garantía, ya que en las Constituciones de la Monarquía Española de 1869 (art. 3) y de 1876 (art. 4), y de la República Española de 1931 (art. 29) contemplaban la entrega del detenido dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención.

"Los partidarios de las setenta y dos horas argumentan su postura en base a que ante la moderna delincuencia, veinticuatro horas son insuficientes para la investigación criminal". (88)

Al parecer la legislación ordinaria beneficia al detenido, pero perjudica la investigación sobre los hechos, lo cual va en detrimento de los intereses de la sociedad.

Así las cosas, debemos considerar que el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe derogarse, debiendo entenderse que en lugar de veinticuatro son setenta y dos horas para la entrega del detenido a la autoridad judicial o ponerlo en libertad, pues no debe estar en pugna con la Constitución que jerárquicamente es norma superior. A esto debe agregarse, que la misma Ley de Enjuiciamiento indica que el juez o tribunal a quien se hiciera la entrega cuenta con setenta y dos horas para elevar la detención a prisión, o bien dejarla sin efecto, contadas desde la entrega del detenido; lo propio y en idéntico plazo hará el juez o tribunal respecto de la persona cuya detención hubiere el mismo acordado (art. 497).

b) Ser informado de sus derechos y de las razones de su detención.- Mientras el precepto constitucional indica que el detenido debe ser informado de forma inmediata y de modo comprensible, de sus derechos y razones de su detención; con las reformas de 1978, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 520, párrafo primero) dispone: "Todo detenido o preso debe ser informado, desde luego y en términos claros y precisos, de modo que le sean comprensibles, de las causas que han determinado su detención y de los derechos que le asisten".

(88) Serrano Gómez, Alfonso. *Garantías del Detenido en la Constitución Española de 1978. Anuario de Derecho Procesal Penal y Ciencias Penales*, Tomo -- XXXI, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1978, Madrid, pág. 547.

Pensamos que el inculpado debe ser informado de las razones de su detención en el momento de ser aprehendido, y de sus derechos que le asisten teniendo ya la calidad de detenido, entre estos están: comunicar su detención a un familiar o conocido, en forma oral o escrita; no ser obligado a declarar; ser tratado por igual, sin distinción de sexo, religión, raza, ideas políticas, o situación económica o social, etc.

El mismo artículo 520 establece que la detención se hará evitando perjudicar en lo posible a la persona y reputación del inculpado; esto, porque generalmente se realizan detenciones ejerciendo violencia contra el detenido. Este precepto también otorga el derecho de asistencia de abogado.

Para la separación entre los detenidos, se toma en consideración la educación, edad y naturaleza del delito (art. 521).

Cabe destacar que en España se permite la incomunicación hasta por cinco días (art. 506, 1er. párrafo).

c) Habeas corpus.- De esta figura nos ocuparemos en el Capítulo VI (apartado 2.5).

Por lo que se refiere a la ejecución de la detención, el artículo 490 faculta a cualquier persona para llevarla a cabo en los siguientes casos: Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo; el delincuente infraganti; al condenado que se fugare del establecimiento penal; al que se fugare de la cárcel durante la espera de su traslado al establecimiento penal; al que se fugare al ser conducido al penal; al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente; y al procesado o condenado que estuviere en rebeldía. Por su parte, el numeral 492 ordena a los miembros de la policía judicial a ejecutar detenciones en los siguientes supuestos: A las personas comprendidas en los supuestos anteriores; al procesado por delito con pena mayor a la de prisión correccional; a los procesados por delito con pena inferior si sus antecedentes o las circunstancias del hecho, presuman su incomparecencia ante el órgano jurisdiccional; y al que sin hallarse procesado, la autoridad tenga motivos racionalmente bastantes para creer que participó en el hecho delictuoso.

A este respecto, Vives Anton comenta: "al emplear la ley la expresión 'motivos racionales bastantes', añade una nota de objetividad, exige la LECrim. que la sospecha de la comisión del delito y la participación en él del detenido sea racional; esto es, que exista un nexo causal o lógico entre los vestigios, la calificación penal de los mismos y la autoría de la persona a quien se va a detener. Por ello, y a instancias del detenido, requiere la LECrim. (art. 491) que el particular justifique ante la autoridad judicial haber obrado en la detención 'en virtud de motivos racionalmente suficientes'. La estimación de la suficiencia o racionalidad de los motivos depende, pues, absolutamente de la autoridad judicial". (89)

Ahora bien, esta ley prevé la posibilidad de evitar la detención otorgando una fianza en los casos siguientes:

- a) Al procesado por delito con pena inferior a la prisión correccional (art. 492-3o.).
- b) Al detenido por una falta sin ser procesado (art. 495).
- c) Al que no esté comprendido en el inciso 3o. del artículo 492 ni en el párrafo primero del 504 (art. 529-1er. párrafo).

La fianza se destinará a responder de la comparecencia -- del procesado cuando fuere llamado por el juez o tribunal que conozca de la causa. Su importe servirá para satisfacer las costas causadas en el ramo separado formado para su constitución y el -- resto se adjudicará al Estado (art. 532).

En caso de no proporcionar la fianza fijada, se realizará la detención, aun cuando el delito imputado tenga señalada pena inferior o se trate de simples faltas administrativas, lo cual es un verdadero atentado contra la vigencia de los derechos humanos y específicamente contra la libertad personal.

1.3. La Legislación Francesa.

La Carta Magna francesa, en vigor a partir de su promulgación el 4 de octubre de 1958, en su artículo 66 dispone:

(89) Vives Anton, Tomás S. *La Detención Gubernativa y Detención Judicial*. --- Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1977, pág. 93.

"Nadie podrá ser preso arbitrariamente".

"La autoridad judicial, guardiana de la libertad individual, asegurará el respeto de este principio en las condiciones establecidas por la ley".

De la transcripción anterior deducimos que en Francia, la Constitución reconoce el principio de la inviolabilidad de la libertad personal, y tutela dos de las más preciadas garantías individuales: de legalidad y contra detenciones arbitrarias, encomendando a la autoridad judicial la previsión de los casos y formas en que una persona puede ser detenida.

Paralelamente, el Preámbulo de la misma Constitución, puso nuevamente en vigor la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual en su artículo 7 también prevé la garantía contra detenciones arbitrarias, condicionando la detención preventiva, salvo en casos de flagrante delito, al mandamiento escrito de la autoridad competente (generalmente es la judicial), y el fincamiento de responsabilidad civil o penal, según sea el caso, a toda autoridad que hubiere solicitado, ordenado, ejecutado, hecho ejecutar o consentido una detención injustificada o abusiva, o violado las garantías otorgadas a la libertad y seguridad personales; asimismo, en su artículo 9 esta Declaración prohíbe ejercer violencia física o moral en la aprehensión o bien durante la detención.

Por otra parte, el abuso de la práctica de la detención preventiva en este país, dió como resultado la expedición de la Ley No. 70-643 del 17 de julio de 1970, que reformó su régimen jurídico mediante la adopción de los siguientes elementos:

1. Control judicial: Mediante el cual puede reemplazarse la detención preventiva por un control que el juez puede ejercer sobre los procesados.

2. Derecho a la reparación: Consiste en el reconocimiento al derecho a indemnización de las personas detenidas indebidamente, o contra quien los cargos hubiesen sido retirados.

Otra innovación de esta ley es la sustitución del término "detención preventiva" por el de "detención provisional", con el

fin de enfatizar que en todo caso la detención deberá ser breve.

Conforme a la Ley del 17 de julio, la detención provisional sólo puede fundarse en la correlación entre los hechos constatados por el juez y sus determinaciones que para justificar la medida habrá de tomar, acorde a lo dispuesto en los artículos 144 y 145 del Código de Procedimientos Penales, que expresan los supuestos en que la detención provisional puede satisfacer los objetivos que se precisan en el artículo 137; en otras palabras, para satisfacer las necesidades de la instrucción o, como medida de aseguramiento.

En cuanto a la existencia de indicios graves como requisito indispensable para decretar la detención provisional, el artículo 144, inciso 1 del Código Procesal citado dispone que sólo podrá ordenarse o mantenerse cuando ésta sea la única forma de conservar los indicios materiales.

Antes de la reforma, el artículo 63 inciso 2, mencionaba los indicios graves en relación a las facultades de los funcionarios de la Policía Judicial.

Debemos considerar un avance importante en la protección de los derechos del detenido, el hecho de que el artículo 144 del mencionado Código limite los motivos de la detención provisional; sin embargo, esta limitación sólo opera tratándose de delitos mas no de crímenes, según la distinción existente en este país, procede cuando la pena prevista es igual o superior a dos años de prisión, es decir, queda excluida por delitos menores.

En otro orden de ideas, según el artículo 53 del mismo ordenamiento legal está permitida la detención de aquél que, acabado de cometer un delito, es perseguido por el clamor público, está en posición de objetos o presente rastros o indicios que hagan presumir su participación en la comisión del delito, supuestos -- que constituyen el delito flagrante. Al respecto, cabe mencionar que en este país se equipara al flagrante delito, toda infracción penal perpetrada en una casa cuyo dueño la denuncia o se querella ante el Ministerio Público o la Policía Judicial.

Asimismo, conforme a los artículos 61, 62 y 63 del Código Procesal en estudio, la Policía Judicial puede detener a cualquier

persona que se encuentre en el lugar de la comisión del delito, - sea con el objeto de establecer su identidad, porque pueda proporcionar información respecto de los hechos, o porque considere que contra ella existen indicios graves que puedan motivar su responsabilidad en el delito; en otros términos, la detención podrá realizarse siempre y cuando la justifiquen las necesidades de la indagación. (90)

Ahora bien, en estos casos la policía puede adoptar una - de las dos medidas siguientes:

a) garde á vue (aprehensión), debe realizarse cuando sólo supone que se trata del culpable, pudiendo mantenerlo a su disposición durante veinticuatro horas (art. 63), prorrogables por un periodo igual cuando persistan los indicios graves mediante la autorización del Procurador de la República (art. 77 incisos 1 y 2), debiendo consignar al detenido en ese término (art. 394) ante el tribunal correccional, al que compete decidir sobre la prolongación de la detención (art. 397).

b) arrestation (detención), cuando se está en presencia - del culpable.

Por su parte, el juez de instrucción puede sustituir la - detención provisional por algunas medidas como son:

1. No salir de los límites territoriales señalados por el juez de instrucción.
2. No ausentarse de su domicilio o lugar de residencia si no bajo ciertas condiciones o por determinado motivo.
3. No frecuentar ciertos lugares.
4. Informar al juez de todo desplazamiento más allá de los límites señalados.
5. Asistir cuando las autoridades lo requieran.
6. Depositar sus documentos de identidad ante autoridades
7. Abstenerse de frecuentar personas que prohíba el juez.
8. Someterse a exámenes, tratamientos o cuidados que amerite el caso.
9. Prestar caución que el juez fije.
10. No realizar ciertas actividades que hayan originado - el delito cometido, por temor a que reincida en el mismo.

(90) Rodríguez y Rodríguez, J., ob. cit., pág. 86

Por lo que se refiere al derecho de ser juzgado en un plazo razonable, antes de la Ley del 6 de Agosto de 1975 la detención preventiva estaba limitada a un máximo de cuatro meses, pudiendo prolongarse por el juez de instrucción con mandato motivado; con la adición al artículo 154 se introdujo una limitación absoluta - de seis meses en materia de delitos y para ciertos casos (art.145 inciso 3 del Código Procesal francés).

Comparativamente cabe recordar que en México (art.20-VIII de la Constitución) el acusado debe ser juzgado: antes de cuatro meses si el delito es sancionado con pena máxima de dos años de prisión; y antes de un año si la pena excediere de este tiempo.

1.4 La Constitución de la URSS

Aprobada por el Soviet Supremo el 7 de octubre de 1977, - la Constitución de la URSS contiene en su Capítulo 7 disposiciones relativas a la detención, mismas que citamos textualmente:

Art. 54 "A los ciudadanos de la URSS se les garantiza la inviolabilidad personal. Nadie podrá ser detenido sino por mandato judicial o con autorización del fiscal".

Art. 57 "El respeto del individuo y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos es obligación de todos -- los órganos estatales, organizaciones sociales y funcionarios.

"Los ciudadanos de la URSS tienen derecho a defensa judicial contra los atentados a su honor y dignidad, a su vida y salud, a su libertad personal y sus bienes".

Así pues, debemos entender que para detener a una persona se requiere mandamiento del juez, aunque constitucionalmente no se aclara si debe ser verbal o escrita; o en su defecto, la autorización del fiscal, a quien según el artículo 164 de la misma -- Constitución compete el control del cumplimiento exacto y uniforme de las leyes.

Por otra parte, la Corte, el Procurador, el Investigador y la persona que dirige la investigación, no tendrán derecho a atribuir al detenido el deber de probar su inocencia sino por el contrario, tal obligación la tienen las agencias de investigación

y el fiscal.

Asimismo, en la URSS está prohibido obtener la confesión del detenido mediante el uso de la fuerza, amenazas o cualquier otro medio ilegal.

El procedimiento penal soviético se adhiere al principio universal de que todo acusado debe ser presumido inocente hasta que se pruebe su culpabilidad, y por ende, cualquier duda existente sobre la misma deberá interpretarse a favor del acusado.

En este orden de ideas, si la responsabilidad del inculpa-do en el delito no es probada, deberá ser absuelto.

La legislación procesal criminal de la URSS (art. 43) dispone que la Corte sólo puede culpar al acusado con fundamento en hechos verídicos y plenamente probados.

Normalmente, cada caso dura desde su inicio hasta el examen de la sentencia por casación un promedio de cuatro a cinco meses, en tanto que el límite temporal de la detención provisional es de dos meses.

Ahora bien, hasta antes de promulgarse la Ley del 8 de Febrero de 1977, cualquier persona podía ser arrestada bajo cargos de violación a la ley y era castigada con pena privativa de libertad; hoy en día, el arresto sólo se permite cuando el acusado se le atribuye la comisión de un delito castigado con pena corporal que exceda de un año.

También en la URSS la detención tiene por objeto; "evitar que el acusado se oculte de la investigación y de la Corte, la eliminación de pistas del acto delictivo o la comisión de un nuevo delito". (91)

No podemos terminar este punto sin mencionar que contra lo que disponen los ordenamientos jurídicos, las autoridades soviéticas realizan detenciones de disidentes políticos para recluirllos en hospitales o institutos psiquiátricos, donde, aunque perfectamente sanos son tratados con drogas que les causarán daños a la salud.

(91) "Protection of Human Rights in Criminal Procedure in USSR". *Revue Internationale de Droit Penal*. Año 49, Núm 3, Tercer Trimestre de 1978, Pau, -- Francia., pág. 396.

Al respecto, un reporte de Amnistía Internacional concluye: "Estas drogas son administradas indiscriminadamente a pacientes sin tomar en cuenta la dosis, las características físicas o condiciones psiquiátricas del sujeto, o el daño causado". (92)

Entre los disidentes políticos que han sufrido esta clase de detenciones encontramos a Victor Fainberg, Vladimir Bukovsky, Leonid Pluch, Yuri Orlov, Andrei Sakharov, Natalya Gorbanevskaya, Anatoli Sharansky, etc.

1.5. La Legislación Argentina.

En el artículo 18 de la vigente Constitución de la Nación Argentina se establece:

"Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos".

De esta forma, se reconoce el principio de inviolabilidad personal; el derecho del detenido de defenderse en el juicio; el de no ser obligado a declararse culpable; y se consagra la garantía de legalidad o contra detenciones arbitrarias, al condicionar toda detención a la expedición de un mandamiento escrito de la autoridad judicial (excepto en caso de flagrante delito).

Por su parte, el Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal y los Tribunales de la Capital y Territorios Nacionales (art. 363) dispone que salvo los casos de pena impuesta por sentencia, la libertad de las personas sólo puede restringirse con el carácter de detención o con el de prisión preventiva.

En cuanto a la causa probable de culpabilidad, el ordenamiento legal invocado (art. 2) dispone que ninguna persona podrá ser detenida, sino en caso de que en su contra exista semiplena prueba de delito o indicios vehementes de culpabilidad.

En tanto que la Constitución Provincial de Buenos Aires -

(92) *Human Rights Law Journal*, Volumen 4, Núm. 1, Julio 1983, Arlington, Va., -
US., pág. 121.

(art. 13) dice: "Nadie podrá ser detenido sin que preceda indagación sumaria que produzca semiplena prueba o indicio vehemente de un hecho que merezca pena corporal".

La detención procederá cuando existan elementos de juicio suficientes para sospechar que una persona es autora o participe de un delito cuya pena máxima supere los dos años de reclusión o prisión, o de un concurso de delitos donde uno de ellos, por lo menos, supere dicho tope (Texto según Ley 8839, del 26/7/77, Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires).

Por lo anterior, se puede afirmar que los requisitos para detener a una persona, excepto en flagrante delito, son:

1. Indagación sumaria que produzca semiplena prueba o indicio vehemente de un hecho delictuoso.
2. Elementos de juicio suficientes para sospechar que una persona es autora o participe de ese delito.
3. Que dicho delito esté sancionado con pena de reclusión o prisión superior a dos años, y en caso de concurso de delitos, que uno de ellos por lo menos supere dicho tope.

Es pertinente aclarar que si únicamente se reunieran los dos primeros requisitos, sólo se hará comparecer al acusado.

Por otro lado, el propio Código Procesal Criminal en su artículo 368 prevé que cualquier persona puede aprehender:

- 1o. Al que intentare cometer un delito, en el momento de empezar a cometerlo,
- 2o. Al delincuente infraganti.
- 3o. Al sentenciado que se fugare del establecimiento penal.
- 4o. Al que se fugare del lugar en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que debiere cumplir la condena impuesta por sentencia irrevocable.
- 5o. Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.
- 6o. Al que se fugare estando preso por causa pendiente.
- 7o. Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.

En este sentido, cuando un particular detiene a otro, esta obligado a conducirlo inmediatamente al juez o agente más próximo -

de la autoridad (art. 370).

Además, "La legislación prevé que en los mismos casos en que cualquiera persona está facultada para detener sin orden, es decir, en caso de flagrante delito, para la policía más que un derecho es una obligación, debiendo proceder a la detención del sospechoso, aun sin mandato judicial, no solamente en el caso anterior, sino también cuando existan sospechas vehementes de comisión de un delito contra una persona determinada".⁽⁹³⁾

La autoridad o agente de policía que detuviere a una persona, deberá entregarla bajo su responsabilidad, al juez más próximo del lugar, en las primeras horas hábiles de su despacho (art. 370 del Código de procedimientos penales).

En su numeral 364, el mismo Código Procesal establece la detención de personas, sin tener el estricto carácter de detención preventiva, salvo que se diera el caso de que esta persona, considerada inicialmente como testigo, resultare responsable en el hecho delictuoso, bajo las circunstancias siguientes:

1. Si en el lugar del delito se encontraren varias personas, y la autoridad juzgue necesario que declaren como testigos, durante las diligencias indagatorias.

2. Si la averiguación del delito exige la información o declaración de alguna persona y se negare a hacerlo.

3. Si hubiere temor fundado de que el testigo se oculte, fugue o ausente, y su deposición se considere necesaria para el esclarecimiento del delito y averiguación de los culpables.

Dichas restricciones a la libertad de las personas sólo podrán durar mientras se practiquen las investigaciones del sumario o las diligencias de prevención, salvo que la persona resulte responsable en el hecho delictuoso.

Ahora bien, conforme al artículo 366 para dictarse la prisión preventiva es necesario:

a) Que esté justificada la existencia del delito.

b) Que se haya tomado declaración indagatoria al detenido

(93) Rodríguez y Rodríguez, J., ob. cit., págs., 88 y 89.

o se haya negado a prestarla.

c) Que haya semiplena prueba o indicios vehementes para creerlo responsable del hecho.

Por lo que se refiere a los motivos de la detención, la legislación ordinaria argentina prevé los riesgos de fuga y de colusión. Sin embargo, toda persona que teme ser detenida, puede por sí misma o mediante otra persona, solicitar al juez su eximición de prisión (art. 376 del Código Procesal Criminal); y el juez, examinando el delito imputado y las condiciones que autorizan la excarcelación y el aseguramiento del éxito de las investigaciones, otorgará la eximición de prisión bajo caución (art. 377).

En síntesis, "la eximición de prisión tiende principalmente a evitar la detención. Para su procedencia se exige: a) Que la calificación legal de los hechos imputados los encuadre en los que autorizan la excarcelación; b) Que no existan motivos para creer que el beneficiado tratará de eludir la acción de la justicia o en torpecer sus investigaciones; y c) Que aquél rinda la caución que corresponda". (94)

Bajo la influencia del principio de presunción de inocencia, el artículo 379 admite la excarcelación bajo caución durante la etapa preparatoria o sumario, entre otros casos, cuando la detención preventiva sea decretada por un delito cuya pena privativa de libertad no exceda de ocho años como máximo ni de dos como mínimo y si, por las características y condiciones personales del inculpado la pena puede ser de ejecución condicional. En tanto que el artículo 380 no permite la excarcelación cuando por el carácter del delito y las circunstancias de su comisión, o por la personalidad del inculpado, este beneficio resulta inconveniente, en virtud de la peligrosidad de aquél o de la gravedad y repercusión social -- del hecho.

No podemos dejar de mencionar, que durante el régimen militar en Argentina se realizaron un sinnúmero de detenciones de personas sin existir motivos suficientes, después de que los jueces no había encontrado razones para ordenarlas.

(94) *Cafferata Nores, J., ob. cit., pág. 49.*

Asimismo, el habeas corpus fue restringido mediante el Decreto-Ley 18.799, al disponer que cuando la persona a cuyo favor se interponga esté a disposición del Ejecutivo, la apelación se concederá con efecto suspensivo, es decir, que la libertad no se hará efectiva hasta que la sentencia se encuentre firme, asignando de este modo más valor a la voluntad del Poder Ejecutivo que a la ordenanza judicial.

1.6. En Estados Unidos de América.

En este país se ha seguido el sistema legal anglosajón de nominado Common Law, pero debido al federalismo imperante y el -- respeto a la soberanía de los Estados, en cada uno de estos rigen disposiciones distintas.

Desde su fase originaria hasta su desenvolvimiento, este sistema legal ha girado en torno a la protección de dos derechos fundamentales: la libertad personal y la propiedad.

En cuanto a la libertad personal, que es común a nuestro tema, las Enmiendas incorporadas a la Constitución de los Estados Unidos trajeron consigo las siguientes garantías para el detenido.

Quinta Enmienda.- Ordena que nadie podrá ser constreñido a declarar en su contra, ni privado de su libertad sino mediante procedimiento legal.

Sexta Enmienda.- Infiere que en toda causa penal el acusado tendrá derecho a ser juzgado pronta y públicamente por un jurado imparcial, a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación, a ser confrontado con los testigos de cargo, a que se convoque a los testigos de descargo y a contar con la asistencia de un abogado para su defensa.

Octava Enmienda.- Prohíbe las cauciones y multas excesivas, así como las penas crueles e inusitadas.

Por otra parte, el periodo durante el cual una persona acusada puede ser mantenida en prisión después de su arresto, es -- relativamente corto, que varía sin embargo, de una jurisdicción a otra. Ahora bien, si el arresto se realiza durante el tiempo en -- que el magistrado se encuentra actuando, se le debe presentar al

detenido inmediatamente o en todo caso, sin demora injustificada.

Para el debido cumplimiento de lo anterior, la Ley Penal prevé severas sanciones.

En los Estados Unidos el tradicional habeas corpus concebido como un instrumento para la tutela de la libertad personal - contra detenciones indebidas practicadas por autoridades administrativas, ha sufrido una transformación, convirtiéndose especialmente en el ámbito federal, es un verdadero medio de impugnación de las resoluciones definitivas de los tribunales penales.⁽⁹⁵⁾

Al respecto, la Constitución Federal indica que el privilegio del mandato de habeas corpus no será suspendido, a no ser - cuando en caso de rebelión o invasión, la seguridad pública pueda requerirlo. De manera similar se pronuncia la Constitución del - Estado de Washington.

En ejercicio de este derecho, el arrestado puede personalmente o por medio de su abogado presentar el escrito de habeas -- corpus para asegurar la inmediata revisión por un tribunal de carácter federal, la validez o legalidad de su detención. Asimismo es rectificable por este tribunal, la incomunicación del detenido, la falta de auto de procesamiento y la prolongación injustificada de su detención.

Otro de los derechos que en favor del arrestado contemplan las leyes norteamericanas, consiste en promover una acción civil por daños contra el policía que lo arrestó por "arresto ilegal", o contra su acusador, por "acusación falsa", siempre y cuando dicho acusado haya sido absuelto por falta de indicios de culpabilidad.

Durante el proceso, el Fiscal debe probar de manera indudable la culpabilidad del acusado, por lo que éste siempre disfruta de la presunción de inocencia hasta que es declarado culpable o en su caso, absuelto.

Por lo que toca a la competencia para arrestar, las órde-

(95) *Fix Zamudio, Hector. La Protección Procesal de los Derechos Humanos ante Las Jurisdicciones Nacionales. Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM. Primera Edición, Serie B, Estudios Comparativos y Especiales Núm. - 21, México, 1982, pág. 158.*

nes de arresto (warrants) emitidas por una Corte, para el arresto de un sospechoso de la comisión de un delito, son otorgadas únicamente a miembros de la policía, y por ende, no pueden ser ejecutadas por particulares. En este sentido, hay diferencias entre las facultades que tiene un miembro de la policía y una persona privada, para arrestar sin la orden correspondiente; a este respecto, cualquier persona puede efectuar un arresto: cuando el inculpado ha cometido un delito grave (felony) en su presencia, o tenga motivos razonables para creer que dicha persona lo cometió, o ha cometido una falta o contravención (misdemeanor) que implique una alteración de la paz pública; en tanto que la policía puede arrestar sin orden oficial en todos los casos en que un particular pueda hacerlo.

Las órdenes de arresto pueden ser emitidas por los jueces de las Cortes Federales de Distrito y en su caso, por un "comisionado federal", oficial subalterno nombrado por las Cortes Federales Distritales Locales, para ejercer funciones cuasijudiciales - limitadas; la ejecución de dichos mandamientos compete a la policía federal.

La judicatura ejerce una influencia indirecta en la conducta de la policía, a través del poder de revisión de la acción policial, cuando se afectan los derechos de los arrestados. Así por ejemplo, un detenido puede ser liberado por orden de la Corte al desecharse su confesión, si después del arresto no fue puesto inmediatamente a disposición de la autoridad judicial para su interrogatorio; si hay prueba sustancial de que le ha sido arrancada la confesión; o si ha sufrido malos tratos de parte de la policía.

Además de la exclusión de las pruebas y confesiones obtenidas con violación a la Constitución o la ley, la policía puede ser declarada responsable por daños ocasionados al acusado, tales como: amenazas, violencia física, detenciones o encarcelamientos ilegales, etc.

Finalmente, conforme a la Sección 3141, Título 18, de la Ley sobre Crímenes y Procedimiento Criminal (Poder de las Cortes y Magistrados) la caución o fianza puede ser tomada por cualquier

Corte, Juez o Magistrado autorizado para arrestar y encarcelar de lincuentes, pero en casos capitales la fianza puede aceptarla una Corte de los Estados Unidos que tenga jurisdicción original o de apelación en casos criminales o bien, por un Magistrado o Juez de la materia.

1.7. Las Leyes Japonesas.

En la Constitución japonesa promulgada en 1946 y vigente desde 1947, se consagran las más elementales garantías para el detenido, mismas que reproducimos textualmente:

Art. 31 "Ninguna persona podrá ser privada de su vida o libertad, ni se impondrá ninguna otra condena criminal, excepto con los procedimientos establecidos por la ley".

Art. 33 "Ninguna persona será detenida sin orden emanada de autoridad judicial competente en la que se especifique el cargo que se le imputa, excepto en el caso de ser sorprendida en el momento de cometer el delito".

Art. 34 "Ninguna persona será detenida o arrestada sin -- ser informada simultáneamente de los cargos de que se le acusan o sin que pueda disponer de inmediato de asesoramiento legal; tampoco podrá ser detenida sin causa suficiente y, a requerimiento de cualquier persona, dicha causa deberá ser examinada de inmediato en audiencia pública, en su presencia y en la de su asesor legal".

Art. 36 "Se prohíbe en forma absoluta la aplicación de -- torturas o castigos por parte de cualquier autoridad pública".

Art. 37 "En todas las causas criminales, el acusado gozará de los derechos de un juicio rápido y público ante un tribunal imparcial. Se le brindará amplia oportunidad para examinar a todos los testigos y tendrá el derecho de hacer comparecer compulsivamente a los testigos de su interés en expensas del erario público. En todos los casos el acusado contará con asistencia jurídica competente, la que estará a cargo del Estado si el acusado no puede procurársela por sus propios medios".

Art. 38 "Ninguna persona estará obligada a declarar contra sí misma,

para creer que el sospechoso ha cometido un delito (art. 199-1).

En delitos menores, el arresto se limita a los sospechosos que no han permanecido en lugar fijo o no han comparecido ante la Corte en respuesta a la citación, sin causa justificable, - en estos casos, el arrestado será puesto en libertad antes de que transcurran veinticuatro horas de haber sido presentado ante la Corte, siempre y cuando ésta no tenga razones para creer que aquél ha cometido un delito y cae dentro de los siguientes supuestos: - no tenga domicilio fijo, pueda destruir o esconder las pruebas o que se presuma su huida u ocultamiento (arts. 58, 59 y 60).

La Corte está facultada para encarcelar al acusado en libertad bajo fianza, si éste destruyó una prueba relevante, así lo ordena el artículo 89 fracción IV del mismo Código Procesal. Esto en virtud de que la destrucción de pruebas dificulta el proceso.

Cabe mencionar que la libertad bajo fianza o caución no se permite para el encarcelado antes del proceso (art. 89).

En cuanto a la duración de la detención, el acusado no puede ser encarcelado más de diez días. Cuando el Fiscal Público lo solicite, la Corte podrá prolongarla por diez días adicionales, si el asunto no está preparado para el proceso.

Cuando el procesado está bajo custodia, generalmente es enviado a centros de encarcelamiento o prisiones locales, sin que pueda estar bajo custodia más de dos meses. Cuando el Fiscal lo solicite, la Corte puede encarcelar al acusado por un mes más. No hay límites en cuanto a las veces que esto pueda ser hecho, en los siguientes casos:

a) Cuando el delito sea punible con más que el máximo de un año de prisión.

b) Cuando el procesado sea un criminal profesional que ha cometido un delito punible con más de tres años de prisión.

c) Cuando haya una causa probable de que el acusado posiblemente destruya la evidencia del hecho delictuoso.

d) Cuando el nombre y domicilio del acusado no estén identificados.

"La confesión obtenida mediante coacción, tortura o amenazas, o luego de la detención o arresto prolongado, no será considerada como evidencia".

"Ninguna persona será condenada o castigada en los casos en que la única prueba en su contra sea su propia confesión".

Art. 39 "Ninguna persona será considerada criminalmente culpable por un acto que era legal en el momento en que se cometió, o del que hubiera sido absuelta, ni tampoco será juzgada dos veces por un mismo hecho".

Art. 40 "Cualquier persona, en caso de ser absuelta, luego de haber sido arrestada o detenida, puede demandar al Estado - por daños y perjuicios de acuerdo con las estipulaciones de la ley".

De lo anterior, podemos deducir los siguientes puntos:

Primero: Cualquier privación de la vida o de la libertad está sujeta al debido procedimiento legal.

Segundo: La regla general para realizar una detención es la emisión de un mandamiento escrito de la autoridad judicial competente, excepto en caso de delito infraganti, en que no será necesario; al realizarse la detención se le hará saber al detenido el motivo de la misma y el derecho de asesoramiento legal, que podrá disponer de inmediato.

Tercero: Está prohibida la tortura o cualquier otro castigo.

Cuarto: El acusado tendrá derecho a un juicio rápido, público, ante un tribunal imparcial; y en caso de ser declarado inocente, tendrá derecho a pedir la reparación del daño ante el Estado; asimismo, se consagra el principio de presunción de inocencia.

Por último, el detenido no podrá ser compelido a confesar su culpabilidad, y en todo caso, esta confesión no tendrá validez ni la obtenida mediante coacción, tortura o amenazas. Ahora bien, nadie será condenado cuando la única prueba sea la confesión.

Por lo que toca a los requisitos para efectuar un arresto, el Código de Procedimiento Criminal exige que haya causa razonable

Por último, debemos destacar que "a menudo el acusado es llevado en custodia a estaciones de policía, para su interrogatorio por oficiales de policía. El acusado también es interrogado sobre otros delitos distintos al que se le atribuye. En cualquier tiempo, los oficiales de policía interrogan al acusado, esto es, en la mañana o a media noche, cuando lo desean y sin la presencia de ninguna persona. Por eso se realizan muchas confesiones en celdas de estaciones de policía, algunas veces bajo coacción, torturas, amenazas y engaños. Además, los jueces atribuyen mucha importancia evidencial a las confesiones, que casi todos los acusados que han confesado son juzgados para ser culpables". (96)

Lo anteriormente expuesto acredita que no obstante lo ordenado por la Ley Fundamental, en Japón frecuentemente se violan los derechos del acusado, especialmente por lo que se refiere a no ser obligado a declarar contra sí mismo y a ser juzgado rápida públicamente. De esto último, según datos estadísticos existen -- cerca de 1500 estaciones de policía y más de la mitad de los prisioneros retenidos ahí, no han sido juzgados; por lo que podemos afirmar que como en todas partes del mundo, en este país existe -- discrepancia entre las disposiciones legales y su aplicación material.

En el ámbito internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada en París el 10 de diciembre de 1948, en relación a la integridad física y libertad personal establece:

Art. 3 "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

Art. 5 "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".

Art. 8 "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la -- constitución o por la ley".

Art. 9 "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso --

(96) "Special Police Custody System of Japan". *Revue Internationale de Droit Penal.*, ób. cit., pág. 227.

ni desterrado".

Comparativamente el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en vigor el 3 de marzo de 1976), la Convención Europea para la - Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (vigente desde el 3 de septiembre de 1953) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en vigor el 18 de julio de 1978), regulan la detención de la forma que sigue:

Con respecto a las detenciones legalmente establecidas, - además de declarar que todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales, el Pacto ordena que nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias, ni privado de su libertad, excepto por causas fijadas por la ley y conforme al procedimiento establecido por la misma (art. 9, inciso 1). Al respecto, la Convención americana nos remite a las Leyes Fundamentales de los Estados partes o a sus Leyes Ordinarias, para la determinación de - las causas y condiciones en que una persona pueda ser privada de su libertad física (art. 7, inciso 1). La Convención europea por su parte, (art. 5, inciso 1), detalla los casos en que legalmente procede la privación de libertad, tales son:

a) La detención legal de una persona después de ser condenada por un tribunal competente;

b) "El arresto o la detención legal de una persona por no cumplir una orden dictada, conforme a la ley, por un tribunal o - para garantizar la ejecución de una obligación establecida por la ley;

c) "El arresto o detención legal de una persona efectuado con el objeto de conducirla ante la autoridad legal competente -- cuando haya sospecha razonable de que haya cometido un delito o - cometa un delito o que huya después de haberlo cometido;

d) "La detención de un menor por orden legal para fines - de supervisión educacional o de su detención legal para fines de conducirlo ante la autoridad competente;

e) "La detención legal de personas para impedir la propagación de enfermedades contagiosas, o de personas dementes, alcohólicas, toxicómanos o vagabundos;

f) "El arresto o detención legal de una persona para impedir su ingreso ilegal en el territorio o de una persona contra la cual se está siguiendo un procedimiento de deportación o extradición".

Por otro lado, toda persona detenida tendrá derecho a ser informada en el momento de las razones de su detención, y ser notificada sin demora de la acusación que se le hace (arts. 9, inciso 2 del Pacto, 5 inciso 2 de la Convención europea y 7 inciso 4 de la Convención americana).

En cuanto a la entrega del detenido, los tres documentos indican que deberá ser llevado sin demora ante un juez u otro funcionario legalmente autorizado para ejercer funciones judiciales; tendrá el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y a ser puesto en libertad mediante garantías que aseguren su comparecencia ante el tribunal (arts. 9 inciso 3 del Pacto, 5 inciso 3 de la Convención europea y 7 inciso 5 de la americana). Al respecto, pensamos que tales disposiciones no precisan qué tiempo podrá considerarse "plazo razonable" para llevar a cabo el procedimiento.

También otorgan al detenido el recurso de acudir ante un juez para que decida sobre la legalidad de su detención, y si fuera ilegal, declarar su libertad (arts. 9 inciso 4 del Pacto, 5 inciso 4 de la Convención europea y 7 inciso 6 de la americana); esta última, además de prevenir que dicho recurso podrá interponerlo el inculpado u otra persona en su representación, concede este derecho inclusive por la simple amenaza de privación de su libertad.

En caso de arresto o detención ilegal, el Pacto (art. 9 inciso 5) y la Convención europea (art. 5 inciso 5), reconocen el derecho a reparación por los perjuicios causados al imputado.

La Convención americana (art. 7 inciso 7), prohíbe la detención por deudas, excepto si se trata de deudor alimentario; este principio también lo contiene el Pacto, pero sin excepciones - (art. 11).

Por lo que se refiere al tratamiento del detenido, el Pacto (art. 10) y la Convención americana (art. 5, incisos 2, 4 y 5)

disponen que toda persona privada de su libertad deberá ser tratada humanamente, respetando su dignidad; además deberán estar separados los detenidos de los sentenciados y los menores de edad de los adultos. Asimismo, la Convención europea (art. 3) prohíbe someterlos a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Así también, El Pacto (art. 14) y las Convenciones (europea art. 6 y americana art. 8) otorgan garantías al procesado con la finalidad de lograr una buena administración de justicia, entre las que podemos citar:

1. La presunción de inocencia del acusado, si no está legalmente probada su culpabilidad (inciso 2 de cada ordenamiento).

2. Ser juzgado sin retrasos indebidos (inciso 3 letra c - del Pacto), las Convenciones no tienen disposiciones similares.

3. Ser asistido gratuitamente por un traductor, si no comprende el idioma del tribunal (incisos 3 letra f del Pacto, 3 letra e de la Convención europea y 2 letra a de la americana).

4. Estar presente en el proceso, defenderse personalmente o por medio de un defensor a su elección o bien de uno de oficio (incisos 3 letra d del Pacto, 3 letra c de la Convención europea y 2 letra d de la americana).

5. Disponer del tiempo y de los medios adecuados para preparar su defensa (incisos 3 letra b del Pacto y de la Convención europea y 2 letra c de la Convención americana).

6. No ser obligado a declarar en su contra ni a confesarse culpable (incisos 3 letra g del Pacto y 2 letra g de la Convención americana). Además, este último instrumento sólo otorga validez la confesión sin coacción de ninguna especie (inciso 3).

7. A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de testigos de descargo (incisos 3 letra e del Pacto, 3 letra d de la Convención europea y 2 letra f de la Convención americana); y otras más.

Por último, citaremos dos documentos que sirven como normas de orientación para todos los Estados y establecen los principios y reglas para el buen tratamiento del ser humano:

1. Las Reglas Mínicas para el Tratamiento de los Reclusos emitidas en Ginebra en 1955 (en su Segunda Parte, Sección c), con tienen los más elementales derechos para el detenido, como pueden ser: la presunción de inocencia, informar a su familia de su detención, que se le asigne defensor, ser visitado por su médico, - etc.

2. La Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la O.N.U. (conforme a los del Pacto), define y prohíbe la tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y sienta las reglas para su sanción y reparación.

CAPITULO VI

LOS DERECHOS HUMANOS

1. Su violación.

Recibe el nombre de derechos humanos, la extensa gama de derechos que por naturaleza propia corresponden al hombre, como - fundamentales e innatos, todos relacionados con la libertad, seguridad, resistencia a la opresión y propiedad; mismos que son considerados superiores al Estado, por lo tanto, los gobernantes están obligados a reconocerlos, respetarlos y mantenerlos.

Sin embargo, en la mayoría de los países se vive en un estado de permanente violación a las garantías que como derechos humanos las propias constituciones consagran a sus gobernados. Como ejemplo podemos citar las detenciones practicadas por disposición del Ejecutivo, sin forma de juicio ni expresión de causa, que por su duración o las condiciones infrahumanas en que se cumplen, se convierten en verdaderas penas, sin que tenga ninguna ingerencia el órgano judicial; de esta forma, se detiene y somete a privación de su libertad a las personas, sin brindarles la oportunidad de - defenderse ante los cargos que se le hacen.

Constantemente por todos los medios informativos advertimos denuncias más graves aún que las mencionadas; en efecto, se - difunden casos de torturas, mutilaciones, desapariciones y asesinatos de detenidos, quebrantándose la vigencia de los derechos humanos.

Ante tal situación, esta parte de nuestro trabajo tiene - por objeto conocer qué recursos se pueden hacer valer y ante que órganos deberán acudir los afectados por violaciones de tales derechos, tanto en el ámbito internacional y regional como en el orden jurídico interno de algunos países.

2. Su protección por los tribunales constitucionales.

Por mucho tiempo la protección de los derechos humanos sólo se llevó a cabo en el orden jurídico interno, función que recayó exclusivamente en el Estado.

Posteriormente, debido a los abusos de los regímenes totalitarios y a los horribles acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial, surgió la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyas normas adolecían de obligatoriedad jurídica y por ende, se buscó un mecanismo para concretar su aplicación, lo cual hasta cierto punto se logra mediante el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en vigor el 3 de enero de 1976) y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos (vigente desde el 3 de marzo del mismo año). Este último, estima como obligación de los Estados miembros adoptar medidas de carácter legislativo y otras que consideren necesarias para asegurar el resguardo de tales derechos.

Así, las Naciones Unidas sólo ejerce un control indirecto encomendado al Comité de Derechos Humanos (electo por los Estados partes), que puede recibir y examinar las quejas presentadas por los Estados y particulares por violación a los derechos humanos; dependiendo de la disponibilidad de cada Estado parte, el acatamiento de las medidas correctivas que el Comité convenga.

A nivel regional, se crearon: la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que encomienda garantizar la defensa de los derechos en cuestión a la Comisión Europea de Derechos Humanos (arts. 24 y 25), -- la Corte Europea de los Derechos Humanos y al Comité de Ministros; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que faculta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos del Hombre para tal efecto.

Pero sólo podrá acudir a la vía internacional, cuando se hayan agotado los recursos de jurisdicción interna (arts. 2 -- del Protocolo Facultativo del Pacto; 26 de la Convención Europea; y 46 inciso 1, párrafo a), de la Convención Americana), y para -- tal efecto existen tribunales específicos, entre los que citamos:

2.1. La Corte Constitucional en Austria.

Instaurada por Hans Kelsen el 1º de octubre de 1920, la Corte Constitucional austriaca conoce del recurso de queja por -- afectación a los derechos del gobernado (Beschwerde), que puede -- interponerlo cualquier individuo incluso extranjero, que sea afectado en sus derechos por actos y resoluciones de autoridades administrativas federales o locales, previo agotamiento de los recursos ordinarios.

En razón de los posibles daños que se puedan ocasionar al gobernado y al interés público, la Corte Constitucional posee facultades para decretar medidas precautorias al recibir la queja; así como para declarar la nulidad con efectos generales del acto o resolución administrativa, sentenciando a dichas autoridades a restituir al interesado el goce de sus derechos dañados, de cuyo cumplimiento coactivo se encarga el Presidente de la República.

Este recurso se rige por los artículos 82 a 88 de la Ley sobre la Corte Constitucional de 1953.

2.2 El Tribunal Constitucional Federal Alemán.

La Constitución de la República Federal Alemana del 23 de mayo de 1949 (arts. 93 y 94), estableció el Tribunal Constitucional Federal que funciona paralelamente con los tribunales constitucionales provinciales y se regula por su Ley Orgánica del 2 de mayo de 1951. Este tribunal realiza la tutela de los derechos humanos mediante el "recurso constitucional" (Verfassungsbeschwerde), que todo agraviado puede interponer personal o colectivamente contra actos de cualquier autoridad (administrativa, legislativa o judicial). Entre los derechos tutelados por este recurso encontramos: el derecho a la vida y a la integridad corporal.

Antes de acudir a esta vía deben agotarse los recursos ordinarios, salvo que el propio Tribunal Constitucional estime conveniente la impugnación de los actos y resoluciones de manera inmediata y directa, por existir un interés general o se presuma un perjuicio grave o irremediable para el recurrente (arts. 94 de la Constitución y 90 de la Ley Orgánica del Tribunal); en este caso,

se ha realizado principalmente en el campo de la libertad personal y de los derechos del acusado en materia penal.

A pesar de lo anterior, debemos destacar la falta de un recurso que los particulares lesionados en sus derechos fundamentales pudieran interponer directamente ante la Corte, como sucede en Austria y Alemania Federal.

Además de la Corte Constitucional, los derechos humanos en Italia también son protegidos por la Corte de Casación y el Consejo de Estado, correspondiendo a la primera la defensa de los derechos subjetivos que con antelación hubieren conocido las autoridades judiciales; y al segundo, conocer en última instancia los asuntos sobre intereses legítimos, después de haber resuelto el tribunal administrativo, así lo ordena el artículo 103 de la Ley Fundamental italiana.

2.5. Tribunales y Recursos en España.

La vigente Constitución española regula en sus artículos 159 a 165 la organización, competencia y funcionamiento del Tribunal Constitucional, órgano facultado para conocer del recurso de amparo por violación a los derechos fundamentales del individuo.

El recurso de amparo se regula constitucionalmente así:

El artículo 53, 2. indica que la tutela de los derechos y libertades reconocidos por el artículo 14 la puede ejercer cualquier ciudadano, mediante un procedimiento sumario ante los tribunales ordinarios, o en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, competencia que le confiere además el artículo 161, inciso 1.

En cuanto a la facultad para interponer este recurso, el artículo 162 la confiere a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal.

Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 dispone que además de conceder el amparo la sentencia puede declarar la nulidad de la decisión, acto o resolución impugnados;

puede dictar medidas precautorias a fin de evitar tales perjuicios al promovente o al interés público.

2.3 La Protección de los Derechos Fundamentales en Francia.

Entre las atribuciones del Consejo de Estado francés está la protección de los derechos humanos contenidos en el Preámbulo de la Constitución.

Por su parte, la Corte de Casación ejerce indirectamente el control de la constitucionalidad de los derechos humanos, especialmente por lo que se refiere a la libertad personal. "En efecto, en virtud del artículo 66 de la Constitución vigente de 4 de octubre de 1958, 'nadie podrá ser preso arbitrariamente'. La autoridad judicial asegurará el respeto a este principio en las condiciones establecidas por la ley"⁽⁹⁷⁾. Con este fin, la Corte debe determinar los casos de detención arbitraria, pudiendo el afectado reclamar judicialmente la responsabilidad civil y penal de los autores de la detención.

En caso de conflicto entre el Consejo de Estado y la Corte de Casación sobre la competencia para conocer de la responsabilidad oficial por detenciones arbitrarias y violaciones del domicilio, el Tribunal de Conflictos (encargado de resolver este tipo de controversia) ha conferido al Consejo de Estado las reclamaciones de indemnización dirigidas en contra del gobierno, y a la Corte de Casación las dirigidas en contra de funcionarios en particular.

2.4 La Corte Constitucional de Italia.

Igual que el sistema jurídico alemán, el italiano también se inspiró en el modelo austriaco al establecer la Corte Constitucional, que tutela los derechos humanos consagrados constitucionalmente, al declarar la inconstitucionalidad con efectos generales de aquellos ordenamientos nacionales o regionales que contradigan los citados derechos fundamentales, lo cual en la práctica

(97) *Fix Zamudio, H., ob. pág. 158.*

reconocer el derecho o libertad pública conforme a su contenido - constitucional; o bien, restablecer la integridad de su derecho o libertad, dictando las medidas necesarias para conservarlos.

Conforme a la Carta Magna en vigor, la libertad personal es separada de los demás derechos individuales, siendo protegida exclusivamente por el habeas corpus (art. 17 inciso 4); respecto de esta última figura, la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece una serie de procedimientos que permiten poner inmediatamente cualquier detención ilegal en conocimiento de la autoridad correspondiente, para que decida sobre su legalidad y en su caso, contine o sea revocada.

2.6. La Justicia Constitucional en los Países Socialistas

Como modelo del sistema constitucional socialista debe estudiarse primeramente el ordenamiento jurídico de la URSS.

La Constitución en vigor (art. 58) consagra el derecho de todo ciudadano soviético a presentar reclamaciones ante los tribunales, contra actos de los funcionarios, órganos estatales y sociales, que impliquen violación a la ley o abuso de autoridad que menoscaben sus derechos, con derecho a indemnización por el daño causado.

El principal órgano protector de los derechos humanos en la URSS es la Procuratura, entre cuyas funciones encontramos en su Ley Orgánica:

Vigilar los lugares de reclusión, pudiendo decretar la libertad inmediata de toda persona detenida indebidamente, o retenida sin fundamento. Asimismo, "los procuradores pueden controlar - en sus respectivos niveles, la investigación previa y la instrucción de los procesos penales, pudiendo incluso conducir personalmente la investigación, trasladar el expediente de un órgano a otros, y ordenar la libertad de las personas detenidas ilegalmente; en este sentido se ha comparado la actuación de los citados - funcionarios con la de los organismos judiciales que conocen de las impugnaciones de habeas corpus en los países occidentales".⁽⁹⁸⁾

(98) *Idem.*, pág. 249.

La Procuratura soviética ha inspirado la creación de órganos con funciones similares en casi todos los ordenamientos constitucionales socialistas, entre ellos: Albania (1976), República Democrática Alemana (1968), Bulgaria (1971), Cuba (1976), Checoslovaquia (1960), República Popular China (1978), Hungría (1949), Polonia (1952), Rumania (1965) y Yugoslavia en su Constitución de 1974.

Para la protección de los derechos humanos en la URSS también existen: los Tribunales Populares, las Cortes Supremas de las Repúblicas Federadas y el Tribunal de mayor jerarquía, la Corte Suprema de la Unión, ante los cuales pueden reclamarse las decisiones negativas de la Procuratura, respecto de las detenciones indebidas.

En Yugoslavia, la Constitución de 1974 (arts. 375 a 396) estableció la Corte Constitucional Federal, que tiene la facultad de resguardar los derechos fundamentales y las libertades individuales y sociales, infringidas por un acto de cualquier autoridad; aun cuando no exista un recurso constitucional específico que pueda interponerse ante la propia Corte, para la tutela judicial de los derechos humanos.

Según la Carta Magna de Checoslovaquia (art. 87) la Corte Constitucional Federal es competente para decidir sobre la protección de los derechos y libertades consagrados constitucionalmente, que son violados por decisiones o actos de autoridades federales, siempre que no exista recurso ordinario (art. 92 constitucional).

El ordenamiento jurídico rumano otorga a los particulares el derecho a impugnar actos y resoluciones administrativas mediante recursos internos ante las mismas autoridades, y si es necesario ante los tribunales ordinarios treinta días después del pronunciamiento.

Por último, debemos agregar que la Constitución cubana de 1976 (art. 123 inciso d) establece que uno de los principales objetivos de la actividad de los tribunales populares consiste en amparar la vida, la libertad, la dignidad, el honor, el patrimonio, -- las relaciones familiares, etc., mismos que de manera universal -- son considerados como los derechos humanos de mayor importancia.

2.7. Cortes y Tribunales Constitucionales en Latinoamérica

En Guatemala la tutela de los derechos constitucionales de la persona humana es ejercida por el juicio de amparo, excepto la libertad personal que es protegida por el habeas corpus. Estos recursos se rigen por los artículos 84 de la Constitución de 1965 y 1º a 74 de la Ley de Amparo, Habeas Corpus y de Constitucionalidad de 1966. (99)

Además, la propia Constitución introdujo un tribunal especializado para conocer de cuestiones constitucionales, calificado como "Corte de Constitucionalidad (arts. 262 a 265).

Otra institución de origen mexicana vigente en el sistema jurídico guatemalteco es la "suspensión del acto reclamado", que debe concederse cuando se estime que de consumarse el acto, perjudicaría de manera irreparable al recurrente.

A pesar de lo anterior, en Guatemala casi no tienen vigencia los derechos humanos, como resultado de la indisposición de -- las autoridades gubernamentales para aplicar y por ende, tutelar -- tales derechos. Para corroborar esto, basta recordar que entre 1983 y 1984 miles de guatemaltecos traspasaron la frontera mexicana para refugiarse, protegerse o sobrevivir a los ataques no sólo contra la libertad personal sino contra la vida, que sufren ante los órganos represivos del Estado.

En Chile con las reformas constitucionales de 1970 se estableció el Tribunal Constitucional, cuya vigencia abarcó de septiembre de 1971 a noviembre de 1973 en que fue disuelto por decreto -- del gobierno militar; a este tribunal correspondía el control preventivo de los proyectos de ley y el control reparador de la constitucionalidad de los decretos-ley. De esta forma, indirectamente se tutelaban los derechos fundamentales del gobernado.

Durante esta etapa constitucional, la libertad personal se protegía mediante el juicio de amparo, que presentaba características similares al habeas corpus en razón de que únicamente podía interponerse contra detenciones indebidas o irregularidades en el -- procedimiento penal.

99) *Idem.*, pág. 115.

especificas al juicio de amparo y al habeas corpus, dichos países son: Argentina, Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Panamá y Paraguay. En cambio en Honduras y Nicaragua, el habeas corpus forma parte -- del juicio de amparo, que además de proteger los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, abarca la libertad personal y la impugnación de disposiciones legales violatorias de la Constitución, cuya sentencia se traduce en la desaplicación de la disposición combatida en beneficio del recurrente.

En nuestro país, algunas de las funciones que realiza el juicio de amparo son: la tutela de la vida y de la libertad personal de una manera similar al habeas corpus; se pueden impugnar las leyes inconstitucionales a través de lo que se ha calificado como 'amparo contra leyes'; también se utiliza esta institución para -- combatir las resoluciones judiciales de todos los tribunales del país, etc."(101)

Finalmente, podemos afirmar que a pesar de la protección jurídica que en cada nación se brinda a los derechos humanos con recursos y tribunales creados expresamente para ello, por todo el orbe se quebrantan en mayor o menor escala tales derechos.

(101) *Fix Zamudio, H., ob., cit., pág. 104.*

En la actualidad es bien sabido que Chile vive bajo una -- flagrante violación a los derechos humanos. En efecto, diariamente son arrestados, torturados, desterrados, desaparecidos y asesina-- dos ciudadanos cuyos delitos se hacen consistir en realizar mani-- festaciones o protestas en contra del gobierno, formar asociacio-- nes de trabajadores para defender sus derechos y difundir noticias sobre actos arbitrarios del gobierno, dichos acusados son califica-- dos como "activistas políticos".

Asimismo, "al igual que en el pasado, el gobierno envía a chilenos a Pisagua. El 30 de octubre, el pueblo recibió a 138 hombres de 18 a 44 años, los cuales fueron recogidos unas horas antes de efectuarse manifestaciones antigubernamentales en Santiago y se espera por lo menos cien más."

"Pisagua se ganó la misma fama que Siberia después de que el gobierno lo usó como campo de concentración para comunistas en 1948. Desde entonces se le ha usado ocasionalmente para reducir a los activistas políticos desterrados por el Presidente Augusto Pinochet". (100)

Por su parte, la Constitución ecuatoriana del 15 de enero de 1978 restableció el Tribunal de Garantías Constitucionales que entre sus atribuciones está la resolución sobre las quejas presentadas por cualquier persona física o jurídica vulnerada en sus derechos constitucionales, formulando acusación en contra de los res-- ponsables.

Por lo que se refiere al juicio de amparo, en Ecuador también resguarda los derechos fundamentales de la persona humana a -- excepción de la libertad personal tutelada por el habeas corpus.

Por otro lado, la Constitución peruana de 1979 dictamina -- que corresponde al Tribunal de Garantías Constitucionales, en últi-- ma instancia decidir sobre las acciones de habeas corpus y de ampa-- ro.

Cabe destacar que además de Guatemala, Ecuador y Perú, otros países latinoamericanos consagran en sus constituciones funciones

(100) "Pisagua Convertido en Campo de Concentración". *Excelsior*, Núm. 2464. (Jue-- ves 8 de Noviembre de 1984), pág. 2-A.

C O N C L U S I O N E S

I. La detención es una medida cautelar, de carácter procesal penal, mediante la cual se priva de su libertad física o ambulatoria al presunto responsable de un delito sancionado con pena corporal, hasta que se dicte sentencia definitiva.

II. Conforme al artículo 16 de la Constitución, la detención puede realizarse en tres supuestos: en cumplimiento de una orden de aprehensión por la policía judicial; en casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices; y en casos urgentes, en que puede ser decretada por la autoridad administrativa a falta de la judicial.

III. Para librarse la orden de aprehensión se requiere: que exista denuncia, acusación o querrela; que el hecho que la motive esté sancionado con pena corporal; que aquéllas estén apoyadas por declaración bajo protesta de persona "digna de fe" o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado; y que la solicite el Ministerio Público.

IV. Para un mayor control de las órdenes de aprehensión y evitar detenciones dudosas e innecesarias, además de los anteriores requisitos debe adicionarse a los Códigos Procesales de la República, la comprobación del cuerpo del delito.

V. Debido a que su contenido no guarda relación jurídica con los principios del Juicio de Amparo, es necesario suprimir la fracción XVIII del artículo 107 constitucional, y encuadrar sus disposiciones en el artículo 19 de la propia Constitución.

VI. Los artículos 107 y 108 del Código de Procedimientos Penales de Quintana Roo contemplan la única variante a la regla general, sustituyendo la detención por el arresto domiciliario, tratándose de una mujer encinta.

VII. Toda detención realizada fuera de los casos previstos por la ley, constituirá un delito, como: privación ilegal de la libertad, plagio o secuestro, abuso de autoridad, según las circunstancias en que se cometen, la calidad de sujeto activo o pasivo.

VIII. La práctica de detenciones masivas debe contemplarse como de los delitos cometidos por los servidores públicos, proponiéndose una pena de prisión de tres a siete años, multa hasta de doscientos días y destitución e inhabilitación de cinco a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

IX. Por las graves consecuencias que puede traer tanto para el detenido como para el Estado; la detención debe ser sustituida por medidas menos rigurosas pero igualmente efectivas, como las citadas en el apartado 1.3 del Capítulo V de este estudio; su aplicación debe restringirse a delitos de alta gravedad y que suponen un daño o peligro social; y que toda detención que concluya con un sobreseimiento o sentencia absolutoria, debe surgir para el Estado la obligación de indemnizar al detenido.

X. En la mayoría de los países del mundo, la detención preventiva se aplica en forma discriminada, ya que permite a las clases económicamente solventes evitarla mediante el otorgamiento de una fianza; mientras que las personas insolventes deben sufrirla, implicando una pena previa aun cuando el proceso pueda culminar con sobreseimiento o sentencia absolutoria.

XI. La detención preventiva invierte el principio "nulla poena nullum crimen sine culpa" al privar a una persona de libertad primero y con posterioridad establecer su culpabilidad.

XII. Es urgente la capacitación del personal que integra el Organismo Judicial y el Ministerio Público sobre el sentido y alcance de los derechos humanos, el respeto a las garantías constitucionales, penales y procesales, para la correcta aplicación de la detención preventiva.

B I B L I O G R A F I A

1. ACERO, Julio. Procedimiento Penal. Sexta Edición, Editorial - Cajica, Puebla, 1968.
2. BRISEÑO SIERRA, Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano. - Editorial Trillas, México, 1976.
3. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las garantías Individuales. Decimo-séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1983.
4. CAFFERATA NORES, José I. La Excarcelación. Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1976.
5. CARRARA, Francesco. Programa de Derecho criminal. Volumen V, Editorial Temis, Bogotá, 1961.
6. COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1980.
7. FIX ZAMUDIO, Héctor. La Protección Procesal de los Derechos - Humanos ante las Jurisdicciones Nacionales. Instituto de In-vestigaciones Jurídicas-UNAM. Serie B, Estudios Comparativos y Especiales Núm. 21, México, 1982.
8. GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. Tercera Edi-ción, Editorial Porrúa, México, 1980.
9. GASPAR, Gaspar. La Confesión, Detención, Prisión Preventiva y Condena. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1977.
10. GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios del Derecho Proce-sal Penal. Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1959.
11. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Comentado. -- Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1978.
12. HERRERA Y LASSO, Eduardo. Garantías Constitucionales en Mate-ria Penal. Cuaderno Núm. 2 del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979.
13. LEGISLACION MEXICANA SOBRE PRESOS CARCELES Y SISTEMAS PENITEN- CIARIOS (1790-1930). Introducción y Recopilación del Dr. José Barragán Barragán, Secretaría de Gobernación, México, 1976.
14. LEONE, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1963.
15. LOS DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO. (México a través de sus Cons- tituciones) Tomo IV, Editorial Manuel Porrúa, México, 1978.
16. LOZANO, José María. Estudio del Derecho Constitucional Patrio en lo Relativo a los Derechos del Hombre. Tercera Edición Fac- similar, Editorial Porrúa, México, 1980.
17. MALO CAMACHO, Gustavo. Historia de las Cárceles en México. -- Cuaderno Núm. 5 del Instituto Nacional de Ciencias Penales, - México, 1979.
18. MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II, Traducción de Sentis Melendo y Marino Ayerra, Editorial Ejea, - Buenos Aires, 1952.

19. MARIEL DE IBANEZ, Yolanda. El Tribunal de la Inquisición en - México. Segunda Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Serie Estudios Históricos, Núm. 6, México, 1979.
20. PEREZ PALMA, Rafael. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1980.
21. RECOPIACION DE LEYES DE LOS REYNOS DE LAS INDIAS. Prólogo de Ramón Menéndez Pidal. Tomo I y II, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1973.
22. RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. Novena Edición Editorial Porrúa, México, 1978.
23. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús. La Detención Preventiva y los - Derechos Humanos en Derecho Comparado. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México, 1981.
24. SOBERANES FERNANDEZ, José Luis. Los Tribunales de la Nueva España. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Serie J, - Enseñanza del Derecho y Material Didáctico Núm. 4, México, -- 1980.
25. TENA RAMIREZ, Felipe. Leyes Fundamentales de México. Novena - Edición; Editorial Porrúa, México, 1980.
26. VIVES ANTON, Tomás S. La Detención Gubernativa y Detención Ju dicial. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1977.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

1. DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 1981.
2. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomos I y II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1968.
3. ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Librería de la Vda. de Ch. Bouret, París-México, 1925.
4. NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA. Tomo VII, Francisco Seix-Editor, Barcelona. 1955.

DIARIOS Y REVISTAS.

1. BARREDA SOLORZANO, Luis de la. Detenciones y Desapariciones. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, Volumen III, Núm. 5, Enero-Abril, México, 1982.
2. EXCELSIOR. El Periódico de la Vida Nacional. Diario. México, (9 de Marzo y 8 de Noviembre de 1984).
3. HUMAN RIGHTS LAW JOURNAL. Volumen 4, Núm. 1, Julio, Arlington, Va., U.S. 1983.
4. MANUAL DE ORGANIZACION MUNICIPAL. Coordinación de Estudios Administrativos de la Presidencia de la República, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1981.

5. MILLAN MARTÍNEZ, Rafael. Delito de Privación Ilegal de la libertad. Revista Mexicana de Derecho Penal, Tercera Época, Núm. 26, Marzo-Abril, México, 1969.
6. PANTOJA MORAN, David. Derechos del Hombre en el Decreto Constitucional de Apatzingán. Comunicaciones Mexicanas al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado (Teherán, 1974), Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México, 1977.
7. REVUE INTERNATIONALE DE DROIT PENAL. Año 49, Núm. 3, Tercer Trimestre, Pau, Francia, 1978.
8. SERRANO GOMEZ, Alfonso. Garantías del Detenido en la Constitución Española de 1978. Anuario de Derecho Procesal Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXI, Septiembre-Diciembre, 1978.

LEGISLACION

Mexicana:

Código Penal.

Códigos de Procedimientos en Materia de Defensa Social de Chihuahua, Puebla y Yucatán.

Códigos de Procedimientos Penales (Federal y para el Distrito Federal).

Códigos de Procedimientos Penales de Campeche, Estado de México, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Oaxaca, Quintana Roo, Tlaxcala y Zacatecas.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Nuevo Reglamento de la Policía Preventiva del Distrito Federal - (D.O.F. 4-VII-84).

Extranjera:

Argentina: Constitución y Código de Procedimientos en lo Criminal.

España: Constitución y Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Estados Unidos: Constitución Federal y Ley sobre Crímenes y Procedimiento Criminal.

Francia: Constitución y Código de Procedimientos Penales.

Italia: Constitución y Código de Procedimientos Penales.

Japón: Constitución y Código de Procedimiento Criminal.

URSS: Constitución.