

381  
29



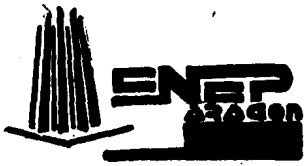
# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales  
"ARAGON"

## ANALISIS TEORICO DE LA DETENCION

T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
MIGUEL ANGEL TINOCO ESLAVA

TALLA DE ORIGEN



Aragón, Edo. de México

1990



## **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.

# TESIS CON FALLA DE ORIGEN

## CAPITULO I

### GENERALIDADES

#### 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA DETENCION.

A lo largo del tiempo, la vida del hombre ha transcurrido siempre en un solo sentido: tener u obtener todos aquellos elementos que contribuyan a su realización como ser humano, esto es el hombre siempre ha procurado allegarse los medios, por más variados que estos -- sean para, en primer lugar, vivir la vida que le fué concedida, y segundo, vivir esa vida lo mejor que le sea posible, así, se puede decir que, en la generalidad de los casos, el hombre lo que busca es - la felicidad.

"Todos los actos, las aspiraciones, las inquietudes, las tendencias y en general la vida del hombre, giran alrededor de un solo fin, de un solo propósito tan constante como insaciable: superarse a sí mismo, obtener una perenne satisfacción subjetiva que pueda brindarle la felicidad anhelada." (1)

Y en efecto, si analizáramos tan sólo algunas de las innumerables y variadas actividades del hombre a lo largo de la historia - constataríamos que el fin último de aquellas siempre fué y ha sido - la consecución de un bienestar o una satisfacción que pueda traducirse en la obtención de su felicidad. Así "los seres humanos, por más diversos que parezcan sus caracteres y sus temperamentos, por más disímiles sus fines particulares, por más contrarias sus actitudes, - coinciden en un punto fundamental: en una genérica aspiración de obtener su felicidad..." (2)

1. BURGOA, IGNACIO. Las Garantías Individuales. 16a. edición. Editorial Porrúa. México. 1982. pág. 15.

2. Ibid. pág. 16.

Entonces, podemos consignar que, el fin supremo del hombre es conseguir su felicidad, y a ese fin están subordinados todos los actos y propósitos que se forja.

Sin embargo, el alcanzar ese fin supremo no es sencillo ni el camino para conseguirlo es siempre llano y correcto, de tal manera que, en ocasiones es necesario que recurra a procedimientos que a primera vista no sean los ideales, ni parezcan los más lógicos, así tal pareciera que en lugar de buscar el propósito deseado, buscara emplear medios absurdos o innecesarios, que solo complican lograr -- sus deseos, y tal vez así suceda ciertamente, pero prevalece la idea de que el fin justifica los medios. De esta manera, el hombre busca colocarse en situaciones que le permitan satisfacer su legítimo interés, busca allegarse las condiciones que le sean propicias para tal fin, y una de estas condiciones, sin duda alguna requisito indispensable, es la libertad, considerada como una actuación externa sin limitaciones, una facultad o posibilidad de elección de fines y medios conducentes, una libertad integral y por tanto autónoma.

Pero esta idea de la libertad sería propia de una situación en donde se considerara al hombre como un ser aislado y totalmente independiente, lo que no es posible, ya que el hombre es por esencia un ser sociable, como afirma Aristóteles, un *zoon politikon*; solo es posible concebir la vida del hombre en constante relación con los demás, una vida de convivencia social, de sucesiva e inacabable interrelación, ayuda mutua y complementación.

Así pues, es imprescindible e innegable la existencia de la sociedad organizada, cualquiera que sea su tipo y denominación, en la vida del hombre.

"La libertad concebida como la potestad o facultad propia de la persona humana de elegir fines y medios, presenta dos aspectos fundamentales: en primer lugar, la escogitación de objetivos vitales y de conductos para su realización que tiene lugar en el intelecto de la persona, sin trascendencia objetiva. En este caso la potestad electiva implica una libertad subjetiva o psicológica; en segundo término, el individuo además de concebir fines y medios, procura darles objetividad, externandolos a la realidad, es entonces que surge la libertad social, o sea la potestad que tiene la persona de poner en práctica trascendentemente tanto los conductos como los fines que se ha forjado." (3)

Así, el hombre se ve inmerso irremediabilmente en un contexto social, en un ámbito determinado y de alguna manera organizado, que le es indispensable pues constituye el medio necesario para obtener un fin, conformando el instrumento ideal o idealizado para la consecución de una serie de propósitos y para, finalmente, conseguir su propósito último y definitivo.

Y en estos términos tenemos que, a la libertad humana debe adherirse el carácter social derivado de la vida en sociedad, de tal suerte que, la libertad social tendrá peculiaridades o características diferentes a las de la libertad humana original y en este sentido el hombre tendrá que adaptarse necesariamente a esas condiciones so pena, en caso de no hacerlo, de frustrar a los demás y a sí mismo, el alcanzar sus objetivos deseados, entonces, inevitablemente deberá formar parte de la sociedad, acatando lo que para ello se disponga.

Tomas Hobbes enunciaba que en la anarquía y el caos no es posible vivir, "que es necesario e ineludible para el hombre, unirse, formar una comunidad para que dentro de ella, la vida social sea - factible y pueda desarrollarse sin violencias, disturbios y luchas que la destruirían."(4)

Y en efecto, la libertad social conceptuada como la potestad individual para realizar fines y utilizar mecanismos idóneos, conformando una actuación dentro de la sociedad, no será ilimitada ni absoluta, tendrá restricciones que la misma vida social le impone.

Para que sea posible que la convivencia humana exista, es necesario que haya un mínimo de orden. Si cada miembro de la sociedad no observara un mínimo de reglas establecidas, a cada instante existiría el riesgo de lesionar intereses ajenos y de hecho así ocurriría. Esto generaría una violencia que iría propagándose hasta aniquilar la vida social.

La libertad social no puede concebirse sino en una sociedad, entonces esa libertad le pertenece al núcleo humano íntegro que conforma el grupo, en estos términos, cada individuo gozará de las mismas prerrogativas que los demás, y en virtud de que las mismas están perfectamente señaladas y delimitadas, cuando un miembro pretendiera excederse o abusar, invariablemente estaría invadiendo un interés ajeno. Por lo mismo y con el fin de preservar el orden, la armonía y la convivencia social, deben existir limitaciones a la actuación objetiva del sujeto, para de esta manera evitar conflictos que atenten contra la vida social del hombre.

---

4. Citado por IGNACIO BURGOA. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1983. pág. 198.

La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo IV disponía: "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro. De aquí que el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tenga más limitaciones que las que aseguren a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos; estos límites no pueden determinarse mas que por la ley". En consecuencia el ejercicio de la libertad tenía como única barrera el interés particular ajeno.

Posteriormente, el respeto a la esfera jurídica ajena no fue ya la única limitante a la potestad libertaria, pues el abuso de esta podía causar daño también a la persona política y social llamada Estado," entonces al interés particular se agregó el interés estatal, como factores limitantes a la actividad externa del individuo dentro de la sociedad."(5)

Ahora bien, hemos dicho que el hombre tuvo la imperiosa necesidad de unirse, formando así una comunidad, de este modo tuvo que organizarse en un grupo bajo determinadas bases, esta agrupación - que se denominó sociedad cuenta con una estructura determinada donde siempre se distingue un grupo grande o pequeño que detenta el poder y al que se le llama autoridad; a esta autoridad le corresponde entre otras, la tarea de velar por la armonía y la seguridad de la comunidad.

La comunidad, expresa Tomas Hobbes, requiere de un orden para que dentro de ella impere la paz, y sólo puede ser posible si los hombres confían el poder coactivo de imponerla a otros hombres, o un grupo de individuos, con el objeto de que mediante el ejercicio

---

5. Cfr. BURGOA, IGNACIO. Las Garantías Individuales. Ob cit. pág. 302



de ese poder se logre el ambiente de convivencia armónica, proscribiendo la violencia propia de un ambiente natural donde no existe un poder superior que obligue a los hombres a observar las leyes.

John Locke, por su parte, opina que la vida, la libertad y la propiedad, son derechos humanos naturales que siempre están en riesgo de ser quebrantados en un "estado de naturaleza" pues no existe un poder que los haga respetar coactivamente, por eso los hombres decidieron formar la comunidad política mediante una especie de "pacto social" creando a la autoridad para que se encargara de imponer la observancia de tales derechos. (6)

Juan Jacobo Rousseau, a su vez, afirma que la sociedad civil nace de un pacto o contrato de los hombres. El hombre vivía en un estado de naturaleza en donde gozaba de una libertad sin límites, pero en conjunto, los hombres no pudieron mantener esa situación, pues surgieron diferencias de diversos tipos, entonces se vieron en la necesidad de concertar un pacto de convivencia o contrato social creando a la sociedad civil, dentro de la cual tuvieran garantizados sus derechos. Si bien en este nuevo estado el hombre perdía muchas de sus ventajas naturales, en cambio ganó en otras muy importantes, en ideas, sentimientos, etc. que lo elevaron muy por encima del lugar en que antes se encontraba.

El hombre pierde, con el contrato social, su libertad natural y su derecho ilimitado sobre todo cuanto está a su alcance, gana en cambio, su libertad civil y la propiedad -el derecho- de cuanto posee.

---

6. Cfr. BURGOA, IGNACIO. Derecho Constitucional Mexicano. Ob cit pág. 198.

Así pues, "se debe distinguir entre la libertad natural, limitada por las fuerzas del individuo y la libertad civil limitada por la voluntad general." (7)

Y ciertamente, a partir de la formación de la sociedad civil, la creación de la autoridad y consecuentemente la conformación del Estado en sí, la vida del hombre sufrió un cambio radical, sin embargo la diferencia que se estableció entre quienes poseían la facultad de mando o autoridad y aquellos a quienes tocaba obedecer se hizo cada vez más grande y más tajante, de tal manera que la vida del hombre en sociedad se vio invariable e ineludiblemente determinada por la influencia del Estado, y esa influencia es en ocasiones tan decisiva, que sujeta al hombre a exigencias que le significan cargas muy pesadas, le impone tareas que no desea y le impide desarrollar actividades deseadas.

"Encontramos al Estado formando parte de nuestra vida y nos encontramos nosotros formando parte del Estado. Prácticamente nos referimos a él; lo sentimos gravitar sobre nosotros imponiéndonos exigencias; nos enrolamos a veces a su servicio con entusiasmo; y otras, lo sentimos como obstáculo para nuestros deseos; sabemos que sin él la vida nos sería imposible o por lo menos muy difícil, pero también en ocasiones llega hasta exigirnos el sacrificio de la vida; en la medida en que hacemos política, nos afanamos para conseguir que sea de un determinado modo; nos hallamos como ingrediente de él; lo consideramos como una magnitud transindividual; no lo hemos percibido en su auténtico y total ser, pero lo vemos actuando -

---

7. ROUSSEAU, JUAN JACOBO. El Contrato Social o Principios de Derecho Político. 6a. edición. Editorial Porrúa. México 1979. pág.11

en manifestaciones varias, como actividad legislativa, como administración, como ejército, como policía, etc; nos parece simbolizado en un escudo, en una bandera, en un himno; nos dirigimos a él pidiéndole que haga determinadas cosas; y también nos enfrentamos a él en demanda de que no haga, de que se abstenga, de que nos deje en libertad de realizar nuestros quehaceres propios e individuales, que no quisieramos ver violados por su intervención..." (8)

En la teoría de Hans Kelsen, encontramos que éste identifica al Estado con el orden jurídico, para él, "el Estado es un objeto espiritual cuya esencia consiste en un sistema de normas, agrega además, que el Estado como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad, entendiendo por orden jurídico el positivo, pues no es posible admitir junto a éste la validez de otro orden cualquiera. El derecho no es, como se afirma, un contenido peculiar, sino la forma del orden estatal, o mejor, este mismo orden con todos sus posibles contenidos; no hay fin alguno que el Estado pueda perseguir si no es en la forma del derecho." (9)

De esta manera, observamos que el instrumento idóneo y, podría mos decir, exclusivo, que el Estado tiene para cumplir sus fines, es el Derecho; no es posible concebir una organización social, que como tal, no este sustentada en un conjunto de normas que conforman el Derecho; tratase pues, de un conglomerado humano que al formar su estructura social va formando al mismo tiempo su base legal, hasta con formar un complejo sistema de leyes que la sustentan.

---

8. REGASENS SICHES, LUIS. Tratado General de Filosofía del Derecho. 6a. edición. Editorial Porrúa. México. 1978. pág.335.

9. Citado por IGNACIO BURGOA. Derecho Constitucional. Ob cit. pág. 224

Por su parte, el maestro Carrancá y Trujillo sostiene que la humanidad ha observado un progreso constante, coincidiendo esto con el dominio que el hombre ejerce sobre la naturaleza y sobre sus propios instintos; en tanto que la animalidad se somete a sus instintos, el hombre ha superado esa etapa, desarrollando en cambio su inteligencia. Así pues, se considera al hombre como un ser con voluntad inteligente, y gracias a ello se creó la sociedad humana dentro de la cual el hombre actúa en base a sus necesidades y frente a los otros hombres solo es posible mediante constantes limitaciones. La vida social impone limitaciones solo regulables por medio de normas jurídicas, consiguientemente, todo lo que ponga en peligro la convivencia debiera ser reprimido por el Estado, persona jurídica mediante la cual actúa la sociedad. El Estado representa material y jurídicamente a la sociedad. El Estado tiene el deber y el poder de defender a la sociedad contra sus enemigos; los externos, invasores extranjeros, y los internos, delincuentes, estos hacen peligrar la convivencia social cimentada sobre el supuesto de fines de los agregados sociales.

De esta manera, el maestro Carrancá y Trujillo explica y justifica el Derecho que tiene el Estado de juzgar a sus subditos e imponerles penas diversas. (10)

A su vez, el maestro Castellanos Tena expresa, en relación a la potestad del Estado de dirigir la conducta de los miembros de su sociedad, y del papel decisivo que desempeña el Derecho dentro de la relación, que: "El Derecho tiene como finalidad encauzar la con-

---

10. Cfr. GARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 14a. edición. Editorial Porrúa. México. 1982. pág. 153

ducta humana para hacer posible la vida gregaria; manifiestese como un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado. Se ha expresado que el Derecho no es sino la sistematización del ejercicio del poder coactivo del Estado, más indudablemente tal sistematización inspirase en ideas del más alto valor ético y cultural para realizar su fin primordial, de carácter mediato: la paz y la seguridad sociales." (11)

En consecuencia, el Estado, en ejercicio del poder de imperio de que es titular como entidad jurídica y política suprema con su propia, desempeña dicho poder sobre y frente a los gobernados por conducto de sus órganos llamados autoridades. El Estado, al ejercer su actividad de imperio, al asumir su conducta autoritaria, imperativa y coercitiva necesariamente afecta la esfera o ámbito jurídico que le corresponde a cada sujeto en su calidad de gobernado, bien sea en su aspecto de persona física o moral. Todo acto de autoridad, emanado por esencia del Estado y desempeñado por los diversos órganos autoritarios estatales creados por el orden de Derecho tiene como finalidad implícita imponerse a alguien de diversas maneras y por distintas causas. Dentro de un régimen de Derecho bien sea, bajo un carácter normativo legal o bajo un sistema consuetudinario, la referida afectación, aunque de índole diversa y de múltiples y variadas consecuencias, que incide en el status de cada gobernado, debe obedecer a determinados principios previos, esto es

---

11. CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. 15a. edición. Editorial Porrúa. México. 1981. pág. 17.

debe estar sometida a un conjunto de preceptos jurídicos, sin cuya - fundamentación y observancia no sería válida desde el punto de vista del Derecho. (12)

Empero, aunque el Derecho, como todo producto de la humanidad, evoluciona y va adquiriendo un mayor grado de sofisticación, no pier de de vista sus primordiales objetivos originales. Así, todos los in tereses que el Derecho intenta proteger son de importancia incalcula ble; sin embargo de entre todos ellos hay algunos cuya tutela debe - ser asegurada a toda costa por ser fundamentales en determinado tiem po y lugar para garantizar la supervivencia del orden social, de es ta manera el Estado está facultado y obligado a la vez a valerse de los medios adecuados, originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal que por su naturaleza esencialmente punitiva es ca pa de crear y conservar el orden social. (13)

Así bien, el Estado, en virtud de las potestades de que está - investido, basado en el conjunto de normas jurídicas preestablecidas y por medio de sus órganos especiales - autoridades -, está faculta do para intervenir e incidir en la vida de los particulares cuando estos actúan de manera tal, que vulneren los intereses generales -so ciales- de la comunidad, fundamentándose, desde luego, en el princi pio de superioridad del interés general sobre el particular.

De esta manera, se puede afectar un interés particular en fun ción de la conservación o protección del interés general, es decir, en el afán de proteger los valores o bienes jurídicos de la sociedad

---

12. Cfr. BURGOA, IGNACIO. Garantías Individuales. Ob cit pág. 495

13. Cfr. CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Ob cit. pág. 18.

es válido atacar los mismos bienes pero considerados individualmente así pues, el Estado puede privar a una persona de sus propiedades, su libertad e incluso su vida basandose en el principio mencionado.

De los valores personales mencionados nos referiremos a la libertad y específicamente a la libertad llamada personal, física o ambulatoria y diremos que contra esa libertad, el Estado cuenta con una figura especial que, cuando legalmente procede y previo cumplimiento de ciertos requisitos, como ya hemos mencionado, puede utilizar válidamente; a esa figura se le denomina detención.

Y aunque el estudio de la figura de la detención constituye el objeto de nuestro trabajo y a lo largo del mismo intentaremos definir y delimitar su esencia, podemos, a priori, dar una idea que a grosso modo la defina: la detención se puede considerar como la privación de libertad que sufre una persona en virtud de una violación a la ley - por ella cometida.

Dentro del sistema jurídico-normativo que nos rige, los ordenamientos penales han llegado a regular con precisión el procedimiento de aplicación de la detención, sin embargo, aún en la actualidad y acaso con mayor vehemencia, la referida figura es tema de controversia, es objeto de críticas y opiniones favorables, de tal manera que su vigencia plantea la necesidad de una revisión.

La privación de la libertad que implica la detención preventiva es únicamente justificable en la medida en que intereses comunitarios del más alto rango la hagan necesaria, y se debe aplicar solo en el caso de que el Estado no cuente con otras medidas igualmente efectivas pero menos drásticas para cumplir con su función de proteger a la sociedad.

La detención preventiva ha sido y sigue siendo una ocasión de confrontación, donde entrechocan dos intereses igualmente legítimos. Por un lado el interés del ser humano al respeto de su libertad individual y de su seguridad personal, y por el otro, el interés del Estado en su función punitiva de prevención del crimen y persecución de la delincuencia. Una cuestión problemática entraña el hecho de poder establecer un equilibrio entre el derecho de la sociedad afectada y que reclama la necesidad de la represión, y el derecho del inculpaado a contar con las garantías para su defensa.

La aplicación de la detención ha dado motivo a actitudes diversas desde el punto de vista doctrinario, legislativo y jurisdiccional, las cuales van desde su rechazo absoluto, como fué en Grecia, pasando por su aplicación automática e indiscriminada como sucedió durante la Edad Media, hasta su admisión condicionada y minuciosamente reglamentada hoy en día, en el marco de la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano. (14)

Las sociedades modernas han aceptado su funcionamiento entre otras razones, por no existir en el panorama actual figura de similares resultados.

La detención preventiva ha sido impugnada teóricamente en cuanto a su justificación, cuestionada respecto a su regulación legislativa y criticada en su aplicación práctica. La detención ha constituido un gran problema dentro del procedimiento penal, tanto por su falta de justificación, como por el conflicto que plantea --

---

14. Cfr. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JESUS. "La Detención Preventiva y Derechos Humanos en Derecho Comparado. UNAM. México . 1981 . pág. 8.



originado por dos factores que, basicamente, son: la necesidad de una respuesta inmediata contra el delito, que constituya al mismo tiempo un medio para preservar el desarrollo del proceso penal, y de esta manera impedir al delincuente continuar su actividad delictiva, fugarse, o falsear las pruebas de su culpabilidad, y, por otra parte, la contradicción en la que se encuentra la anterior situación con el principio fundamental de la presunción de inocencia puesto que la detención se aplica a una persona cuya responsabilidad en la comisión de un acto delictuoso aún no ha sido plenamente establecida.

La detención preventiva origina una permanente confrontación entre el interés individual y el colectivo. La conciliación de estos intereses es uno de los problemas legislativos y de política criminal de más difícil solución.

La polémica doctrinaria en relación a la detención es muy antigua, pero, no obstante, ha sido tan persistente, intensa y generalizada, que no puede considerarse superada, ni en el orden teórico, ni mucho menos, en el orden legislativo o en el campo de la aplicación práctica.

La aplicación práctica del régimen legal de la detención ha motivado las más graves censuras, de modo que se ha pensado que la discordancia entre la ley y su aplicación es, casi siempre, el origen de las críticas contra esa medida.

Sin embargo, en la actualidad el problema de la detención preventiva no se limita a los abusos y deformaciones que de ella se han hecho en la práctica, si no que, a estos se suma el estado obsoleto, deficiente, incoherente y anárquico de la legislación de

numerosos países sobre esta materia, lo cual viene a evidenciar el porqué dicha institución ha sido tan mal comprendida, cuanto peor aplicada. (15)

De entre las diferentes medidas privativas de la libertad, - la detención preventiva es la que menos se justifica, en virtud de dos razones fundamentales; primero, porque se impone a un individuo contra el cual sólo existen fundadas sospechas que hacen suponer que ha participado en la comisión de un delito que merece pena corporal, y segundo, por que si a todo hombre se le debe presumir inocente hasta en tanto no se compruebe fehacientemente su culpabilidad, no se puede privar de su libertad a aquel contra quien sólo existen simples presunciones.

Puesto que la detención preventiva es una medida dictada con forme a derecho, es decir, está prescrita por la ley, la cual la - instituye y fija sus condiciones y modalidades, su aplicación se - explica en función del derecho a la protección y seguridad que tiene la sociedad.

A través del tiempo, se ha buscado una solución al conflicto planteado, y si bien no ha podido encontrarse, al menos se ha pretendido establecer un más justo equilibrio entre dos intereses que, aparentemente, son opuestos.

Se ha cuestionado el determinar si la detención preventiva - es realmente necesaria para el cumplimiento de la justicia en su - función protectora de la sociedad.

Existe una opinión generalizada en el sentido de que la de--

tención es una injusticia necesaria e ineludible, y por tanto tolerada, pero se destaca la gravedad de la misma, estableciendo que "se trata de un mal a evitar, que solo debe aplicarse y mantenerse a título de extrema y rigurosa necesidad y debe quedar estrechamente limitada en función a dicha necesidad."(16)

Y en efecto, como ya hemos mencionado, las sociedades actuales admiten la figura de la detención pues no obstante los inconvenientes que presenta, no se vislumbra otra medida de alcances similares.

---

16. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JESUS. Ob. cit. pág. 35

## 2. LA DETENCION Y SU FUNDAMENTACION EN EL DERECHO MEXICANO.

En nuestro país, Estado de derecho, no puede existir una institución tan importante como es la detención, si no está debidamente regulada en los ordenamientos jurídicos, y en efecto, ésta importante figura está establecida no solo en los ordenamientos procedimentales relativos, sino también en la propia Constitución Política de nuestro país, máximo ordenamiento legal que nos rige, de donde se destaca la enorme importancia que reviste la referida figura, toda vez que la misma afecta un valor tan apreciado para el hombre como es su libertad, como ya hemos visto en líneas anteriores.

Nuestra Carta Magna consagra en su título primero, un capítulo dedicado a las garantías individuales del cual destacaremos los preceptos relativos a la institución que nos ocupa.

Creemos conveniente comentar que siendo la detención una medida que ataca la libertad corporal del individuo, y siendo el Estado, el ente facultado para ejecutar aquella, la regulación jurídica que analizaremos esta conformada de tal manera, que en ella se señalan los derechos que el individuo tiene frente al Estado, y el procedimiento que éste debe seguir a fin de poder aplicar la mencionada figura.

En virtud de lo anterior aludiremos al artículo 10. de nuestro máximo ordenamiento donde se señala que en todo el territorio nacional, cualquier individuo gozará de las garantías que la misma establece, esto es, las prerrogativas concedidas constitucionalmente están dirigidas a toda persona sin exclusión, por el solo hecho de encontrarse dentro del territorio de nuestro país.

El artículo 14 de nuestra Constitución, es un precepto que consagra una garantía de seguridad jurídica, aunque en realidad implica cuatro garantías individuales fundamentales. Así en su párrafo segundo encontramos la llamada Garantía de Audiencia, en la que se alude a la privación de libertad la cual podría identificarse con la figura de la detención si se considera a ésta como una medida que afecta o coarta la libertad física o personal del individuo.

Al respecto el maestro Ignacio Burgoa opina que "si la privación de un bien material o inmaterial no es la finalidad buscada, es decir el objetivo último y definitivo, no puede considerarse como acto de molestia contemplado por el artículo 16 constitucional." (17)

De ahí que podamos afirmar que la referida privación de la libertad debe entenderse como una pena impuesta previo todo un procedimiento, que es la prisión por ejecución de sentencia, o para extinguir la referida pena, a diferencia de la privación de libertad con carácter preventivo como sería el caso de la detención.

"La Garantía de Audiencia del artículo 14 constitucional sólo es operante frente a actos de privación pero resulta ineficaz para condicionar la actividad de las autoridades que no produzcan las aludidas consecuencias.

"Cuando no se trate de actos de privación, sino de actos de mera afectación de indole materialmente administrativa las garantías condicionantes son las consagradas en la primera parte del artículo 16 Constitucional." (18) Y en este artículo no puede hablarse de pri

17. BURGOA, IGNACIO. Las Garantías Individuales. Ob cit. pág. 529

18. Ibid. pág. 581

vacación pues no es el término adecuado, podría llamarsele privación provisional pero lo correcto es hablar de interrupción.

Al respecto, el tratadista Pérez Palma opina que "el participio "privado" empleado en el precepto (artículo 14 Constitucional)- está usado en sus acepciones de usurpar, de quitar, de despojar o - desposeer a alguien de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos de manera definitiva. Las interrupciones provisionales, las suspensiones en esos derechos por un tiempo más- o menos largo, no están previstas ni en el artículo 14, ni en nin- gún otro." (19)

De lo que podemos concluir que la figura que nos interesa, la detención, tal como la entendemos, y que trataremos de expresar a - lo largo de este trabajo, no está contenida en el artículo 14 Con- stitucional, pues la detención no es de manera alguna una pena que - pueda imponerse en razón de un delito cometido, además la detención cualquiera que sea la denominación que se le de, siempre tendrá ca- rácter preventivo o como menciona Pérez Palma "son (las detenciones o aprehensiones) providencias precautorias para asegurar la persona del que será acusado." (20)

Consecuentemente, nos es posible afirmar que la figura objeto de nuestro estudio se encuentra regulada, sin lugar a dudas, en el artículo 16 de nuestra Constitución, del que nos ocuparemos a conti- nuación.

---

19. PEREZ PALMA, RAFAEL. Fundamentos Constitucionales del Procedi- miento Penal. Editorial Cardenas Editor y Distribuidor. México 1974. pág. 150.

20. Ibid. pág. 151.

Precepto de gran importancia es el artículo 16 Constitucional que protege al individuo a través de la Garantía de Legalidad que inicialmente establece la prohibición de inferir molestias a la persona, a su familia, en el domicilio, papeles o posesiones, a menos que medie mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento,

En las garantías establecidas en el artículo 16 el titular de las mismas es todo sujeto cuya esfera jurídica sea susceptible de ser objeto de algún acto proveniente de la autoridad.

El acto de autoridad a que nos referimos consiste en una molestia, es decir, una perturbación o afectación a cualquiera de los bienes jurídicos mencionados.

El acto de molestia, coinciden en señalar algunos autores, -- consiste en una incomodidad, un fastidio, una interrupción a la -- tranquilidad o bienestar físico o moral, un impedimento para actuar libremente, y por lo tanto, esta incomodidad es diferente a la privación que menciona el artículo 14 constitucional, ya que en este -- se pierden la vida, la libertad, las propiedades, las posesiones o derechos y en la hipótesis del 16 constitucional, se produce una -- falta de comodidad en la persona, en la familia, en el domicilio, -- en los papeles o posesiones. Sin embargo es conveniente aclarar que si bien los actos de molestia contemplados por el artículo 16 no -- pueden estar contenidos en el artículo 14, los actos de privación -- establecidos en este constituyen o entrañan un acto de molestia, y -- por tanto también están condicionados por la primera parte del 16 -- constitucional toda vez que el término acto de molestia es más am-- plio y abarca un número mayor de casos incluidos los actos de priva

ción del artículo 14 constitucional. (21)

El acto de molestia puede afectar dentro de la esfera subjetiva del sujeto, a su misma persona, cuando se le restringe o perturba su actividad o individualidad psico-física propiamente dichas e inclusive su libertad personal,

Las molestias que puedan ocasionarse sólo serán justificables a través de un mandato de autoridad competente escrito en el que se funde y motive la causa legal del procedimiento,

La autoridad competente será aquella que esté legalmente facultada para emitir una orden o mandamiento, es decir aquel órgano del Estado al que la ley enviste de un conjunto de facultades propias o necesarias para tal efecto.

Fundar una orden o determinación significa invocar o señalar los preceptos de derecho que sirvan de apoyo a la propia orden o de terminación.

La motivación consiste en la referencia que se haga en la orden escrita, de los hechos, circunstancias o modalidades del caso concreto que se adecúan o encuadran en la norma fundatoria correspondiente.

Continúa el precepto, ya en el campo penal propiamente dicho, prohibiendo se dicten ordenes de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial sin que preceda, denuncia acusación o que rella de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y sin que esten apoyadas aquellas por declaración bajo protesta de



persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, excepción hecha 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.

Al respecto Pérez Palma expresa que "se destacan dos finalidades que el Derecho Procesal Penal estudia y que han merecido la atención de quienes se dedican a la investigación de esta disciplina, y que son, por una parte, evitar que el delincuente ponga obstáculos a la averiguación, ya sea desvirtuando los hechos y dificultando la investigación, ocultando los objetos del delito, poniéndose de acuerdo con sus cómplices, amenazando a los testigos, u ocultándose o huyendo, para eludir la acción de la justicia, en una palabra, para evitar que las leyes penales puedan tener plena aplicación, es decir para que la justicia sea hecha. Sobre estas dos finalidades, descubrimiento de la verdad y aplicación del derecho, descansa toda la teoría de la coerción personal". (22)

El contexto legal es una prohibición dirigida a la privación de la libertad y aunadas a esta regla, coloca otras dos, que son la facultad de ordenar aprehensiones y detenciones y la facultad para aprehender al delincuente en flagrancia.

Las autoridades competentes serán los jueces que dicten órdenes de aprehensión o detención cuando estén llenados los requisitos de procedibilidad y esté ejercitada la acción penal y el Ministerio Público, por sí, o por conducto de la Policía Judicial cuando, aún sin orden de autoridad judicial, procedan a la detención de los reg

ponsables en delitos flagrantes.

En la redacción de este precepto, el constituyente empleó los términos detención y aprehensión como sinónimos, ya que, de la lectura del artículo citado se desprende que, al hablar de orden de -- aprehensión o detención no alude a dos situaciones distintas sino a una misma situación a la cual puede denominarse de dos maneras -- diversas. Algunos autores consideran que el constituyente incurrió en un error que deriva en confusión al no haber diferenciado dos si tuaciones diferentes, una originada por la actividad jurisdiccional y otra por la actividad persecutoria.

Se dice que la aprehensión, es la privación de libertad prove niente de autoridad judicial en tanto que detención es la privación efectuada por los agentes ejecutivos o por los particulares en el - caso de flagrancia (23)

Por nuestra parte estimamos, que, el término "orden" es el -- que lleva implícita la actividad jurisdiccional, pues es la autori dad judicial y sólo ella la que puede emitir una orden ya se llame de aprehensión o detención, así mismo evidenciamos que el constitu yente no pretendió hacer teoría procesal, a la cual correspondería delimitar y precisar el significado de ambos términos. En capítulo aparte estudiaremos los términos referidos intentando conocer su -- significado.

Para confirmar que en el artículo 16 se usaron como equivalen tes los términos aprehensión y detención bastaría remitirnos al ar-

---

23. Cfr. BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO. El Enjuiciamiento Penal Mexicano 2a. edición, Ed. Trillas. México. 1982. pág. 73.

título 107 fracción XVIII de la propia Constitución donde se observa que al sujeto privado de su libertad se le llama detenido, y posteriormente se establece que se consignara a la autoridad o agente que no pusiere al detenido a disposición de su juez una vez realiza da la aprehensión.

Es evidente la equiparación de términos y aunque podría decirse que la detención es el estado de privación de libertad y aprehensión el acto coactivo, según podría deducirse de la lectura del párrafo anterior, en realidad no hay tal, pues el último párrafo del artículo aludido al referir que al término fijado se agregará el suficiente para recorrer la distancia entre el lugar en que reside el juez y el lugar en donde se efectuó la detención, se manifiesta la equiparación lo cual confirma nuestra aseveración inicial.

Solo podrá librarse orden de aprehensión o detención si previamente se ha formulado denuncia, acusación o querella.

Estos son los requisitos para que pueda librarse una orden de aprehensión o detención, al respecto se ha discutido si son o no requisitos de procedibilidad ya que su objeto, se dice, es el de evitar la incoación de oficio, sin embargo en la práctica, el órgano - investigador está obligado a proceder a la averiguación y en su caso a ejercitar la acción penal, de oficio, en aquellos casos en que el se hace de su conocimiento por medio distinto a los mencionados- (denuncia, acusación o querella) la existencia de un delito. En todo caso y atendiendo al estudio que nos ocupa, diremos que aquellos son los requisitos para el despacho de ordenes de aprehensión o detención por parte de la autoridad judicial segun el mandato constitucional.

Para una mejor comprensión diremos lo siguiente: El órgano investigador iniciará el procedimiento penal cuando en un delito perseguible a petición de parte, reciba la querrela necesaria, cuando, en delitos perseguibles de oficio, obtenga denuncia o acusación formal, y cuando, también en delitos perseguibles de oficio no reciba denuncia alguna, pero que por ser manifiestos no pueda dejar de investigar; en este último caso si considera pertinente ejercitar la acción penal y así lo hace, al solicitar al juez orden de aprehensión, este deberá considerar si procede dictarla o no atendiendo a que debe existir una querrela, denuncia o acusación, y si, a su parecer no está satisfecha esta exigencia pueda validamente negarse,

El juez dictará orden de aprehensión cuando exista una denuncia, acusación o querrela, pero además, ordena el texto constitucional, debe señalarse en las mismas la comisión de un hecho determinado que la ley contemple como delito y al cual le atribuya una pena privativa de libertad, aquellas deberán estar apoyadas por declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por otros datos suficientes para hacer probable la responsabilidad del inculpado.

Frente al principio apuntado anteriormente, el texto constitucional establece dos importantes excepciones. Nuestra Carta Magna prevé una serie de garantías para el individuo a fin de proteger su libertad física, sin embargo frente a esta, la conveniencia de velar por el orden y la convivencia social, y la necesidad de reprimir al delito, hacen indispensable una acción rápida y directa, de ahí que nuestra Ley Fundamental contemple la posibilidad de detener al responsable o responsables del delito sin necesidad de orden alguna de autoridad judicial, y facultando para tal efecto a cualquiera

ra persona (particular o autoridad) en los casos de delitos flagrantes, con la única condición de poner al delincuente y a sus cómplices a disposición de la autoridad inmediata. La segunda excepción--consiste en que, en los llamados casos urgentes, cuando en el lugar no haya ninguna autoridad judicial que pueda librar la orden de aprehensión, y siempre que se trate de delitos perseguibles de oficio, la autoridad administrativa pueda ordenar y ejecutar la detención de un acusado, debiendo ponerlo a disposición de la autoridad judicial, todo esto bajo su más estrecha responsabilidad.

El análisis a los conceptos anteriormente citados, flagrancia y casos urgentes, así como su regulación jurídica contenida en los Códigos procedimentales, federal y para el Distrito Federal, serán objeto de estudio en capítulo posterior por lo que, nos limitaremos a la breve referencia consignada en las líneas anteriores.

El artículo 18 Constitucional dispone que sólo por delito que merezca pena corporal, es decir, pena privativa de libertad, podrá ordenarse la prisión preventiva, y esta se cumplirá en sitio distinto al que se fije para la extinción de las penas; que el artículo 19 se establece que toda detención que se prolongue más allá del término de tres días, deberá estar justificada con un auto de formal prisión; y en el artículo 20 en las fracciones I y X regulan los requisitos de la libertad caucional, la que sólo procede cuando el delito que se impute al acusado tenga señalada pena privativa de libertad cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años; y se prohíbe que se prolongue la detención o la prisión preventiva, por falta de pago de honorarios de defensores o cualquier otra pres

tación en dinero, por causa de responsabilidad civil o algun motivo análogo o se prolongue por más tiempo del que como máximo se señale al delito que motivare el proceso.

### 3. LA DETENCION DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

El procedimiento penal es el conjunto de actividades y formas regidas por el Derecho Procesal Penal, que se inician desde que la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un acto delictivo y se avoca a su investigación y se prolongan hasta que la autoridad judicial pronuncia la sentencia, donde se hace patente el objeto del Derecho Penal.

En las relaciones derivadas de la violación de un derecho donde se ven afectados los intereses de la sociedad, el Estado no puede legalmente ejercitarlos si no se sujeta a las formas procesales, ante los órganos correspondientes. La ley penal no puede aplicarse a priori como tampoco puede aplicarse sin observar las formalidades esenciales del procedimiento. Nuestra Constitución consagra una garantía al disponer que "nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho". El Derecho Penal no se realiza únicamente con la descripción de los delitos y la fijación de las sanciones o medidas de seguridad, es a través -- del proceso penal que consigue su real definición, y en virtud de -- que a nadie puede condenarse sino mediante un juicio normal.(24)

"Las limitaciones a la libertad de las personas, impuestas -- por el Estado, son medidas necesarias que adopta el poder público -- en beneficio de la colectividad, con el fin de asegurar la marcha --

24. Cfr. GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano 8a. ed. Editorial Porrúa. México. 1985. pág. 5.

normal del procedimiento. Se inspiran en el interés de que se llegue al conocimiento de la verdad, por medio de la investigación del delito y de las pruebas obtenidas que han de servir al juez para el esclarecimiento de los hechos y para decidir las relaciones jurídicas planteadas en el proceso. Esto no sería posible si el inculcado se sustrajese a la acción de la justicia y ocultase los objetos e instrumentos que le han servido perpetrar el delito. El aseguramiento del presunto responsable es necesario por que no podría seguirse el proceso a sus espaldas sin que tuviese conocimiento de las pruebas existentes en su contra para poder estar en condiciones de defenderse". (25)

La detención preventiva es, como expresa Rodríguez y Rodríguez, "una medida precautoria absolutamente indispensable para lograr algunos de los fines inherentes al proceso penal." (26)

Los objetivos que se persiguen a través de la imposición de la detención preventiva han sido variables y múltiples, Variables porque originalmente representaba una garantía de la ejecución de la pena, puesto que impedía al inculcado sustraerse a ella por la fuga a la vez que constituía una sanción aflictiva con carácter de ejecución anticipada de la pena o con fines de ejemplaridad. Mas tarde una vez superada la confusión entre la prisión como consecuencia de la sentencia penal, y la detención preventiva, en tanto que medida cautelar que no prejuzga sobre la culpabilidad del imputado, las funciones de esta institución se han vinculado con otros diversos imperativos. Múltiples porque entre tal diversidad de finalidades se pue

25. GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN. Ob cit. pág. 109.

26. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JESUS Ob cit. pág. 28



den incluir las siguientes: En un plano general. a) Garantizar una buena y pronta administración de justicia, b) Garantizar el orden público, restableciendo la tranquilidad social perturbada por el delito c) Garantizar el interés social en la investigación de los delitos, y d) Garantizar la seguridad de terceras personas y de las cosas; también en un plano general pero en relación mas directa, a) Asegurar el fin general inmediato del proceso que tiende a la aplicación de la ley penal en el caso de su violación, b) Asegurar el éxito de la institución preparatoria, así como el desarrollo normal del proceso, y, c) facilitar el descubrimiento de la verdad, mediante las investigaciones, búsquedas y pesquisas que no deben verse entorpecidas por el inculpado. Ahora bien, en un plano mas específico tendríamos como finalidades: 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 inculpado 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 comisión de nuevos delitos por o contra el inculpado, y, g) Impedir al inculpado sobornar, influenciar o intimidar a los testigos o bien coludirse con sus cómplices. (27)

Si bien es cierto que no existe uniformidad de criterios en cuanto a las finalidades que se persiguen con la imposición de la detención preventiva, también lo es que existe un acuerdo general en considerar que, para el buen logro del proceso penal, es absolutamente indispensable la presencia del inculpado ante el órgano ju

risdiccional, y esta presencia solo es posible mediante la detención preventiva.

Examinando someramente la regulación de la detención preventiva en los ordenamientos procedimentales, Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Código Federal de Procedimientos Penales, encontramos que dicha medida puede dividirse en dos etapas : primero la detención, y posteriormente la prisión preventiva propiamente dicha. La primera se inicia al ejecutarse la orden de aprehensión y sólo puede durar 72 horas, y la segunda se determina con el auto de formal prisión, pudiendo prolongarse durante todo el proceso a menos que se decrete la medida cautelar opuesta, en beneficio del inculpado, es decir, la libertad provisional.

La detención preventiva sólo puede efectuarse por orden judicial al cuando se imputa al acusado un delito sancionado con pena corporal, a no ser que el acusado se resista a comparecer ante el Ministerio Público o ante el Juez de la causa (artículos 113 al 135 del Código Federal de Procedimientos Penales y 262 al 264 del Código de -- Procedimientos Penales del Distrito Federal). Por otra parte el artículo 271 del Código para el Distrito Federal faculta al propio Ministerio Público para decidir sobre la libertad del inculpado durante la averiguación previa, es decir, para determinar si solicita o no una orden de aprehensión, siempre que se trate de delitos imprudenciales ocasionados por el tránsito de vehículos y cuando no se haya abandonado a quien hubiese resultado lesionado y si el presunto responsable garantiza suficientemente que no se sustraerá a la acción de la justicia y en su caso cubrirá la reparación del daño.

El artículo 135 del Código Federal contiene una regla similar,

pero solo cuando el término medio aritmético de la pena no excede - de cinco años de prisión, que es el límite para la libertad caucio- - nal según la fracción I del artículo 20 Constitucional.

Tampoco puede detenerse al acusado, aún cuando se hubiese dic- - tado en su contra una orden de aprehensión, cuando posea inmunidad- - procesal, de acuerdo con los artículos 108 al 111 de la Constitu- - ción, y a la Ley Federal de responsabilidades de los Servidores Pú- - blicos; es decir el Presidente de la República, Senadores y Diputa- - dos al Congreso de la Unión; Ministros de la Suprema Corte de Justi- - cia de la Nación; los Secretarios de Despacho; los Jefes de Depart- - amento Administrativo ; Los Procuradores Generales de la República y del Distrito Federal; los Gobernadores de los Estados y los miem- - bros de las Legislaturas locales por violación a leyes federales; - los Magistrados y Jueces federales y del fuero común; los Directo- - res Generales de organismos descentralizados y de empresas públi- - cas, sociedades o asociaciones similares, así como de fideicomisós- - públicos, en virtud de que cuando se les acusa de delitos oficiales deben ser sometidos al llamado juicio político ante las dos cámaras del Congreso de la Unión, y en el supuesto de la realización de de- - litos ordinarios, para proceder penalmente y por tanto, ordenar la- - detención de alguno de estos funcionarios considerados como de ma- - yor jerarquía (artículo 111 Constitucional) se requiere resolución- - de la Cámara de Diputados sobre si hay lugar o no a actuar contra - el inculpado; con exclusión del Presidente de la República que debe ser juzgado por ambas cámaras del Congreso Federal cuando es acusa- - do de delitos graves del orden común.

Tampoco puede ordenarse la detención de los Magistrados y Jue

ces Federales o del Distrito Federal (con exclusión de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quienes se consideran altos funcionarios) sin la autorización de los plenos de la propia Suprema Corte de Justicia y del Tribunal Superior del Distrito Federal (artículos 12 fracción XXVIII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 28 fracción XII de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Distrito Federal) con disposiciones equivalentes en los ordenamientos de los Estados.

En cuanto al lugar en que ha de aplicarse la prisión preventiva, el artículo 18 Constitucional dispone que será distinto y separado del destinado para la extinción de las penas. Con objeto de regular de manera específica las condiciones de la detención preventiva en los reclusorios establecidos para tal propósito, se expidió el Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal que entró en vigor en Enero de 1979.

Debe también tomarse en consideración la práctica frecuente de las detenciones efectuadas por autoridades administrativas, generalmente por orden del Ministerio Público sin una orden judicial y durante el período de investigación previa, que en ocasiones se prolonga bastante tiempo con lo cual se priva al detenido de todos sus derechos regulados por el artículo 20 Constitucional.

Contra esta detención administrativa procede el juicio de Amparo, en los términos de los artículos 17 y 18 de la Ley de Amparo.

Como en muchos otros países, existe en México una fuerte corriente doctrinal para limitar en lo posible a la detención preventiva y sustituirla por otras medidas cautelares que sean menos restrictivas de la libertad personal, como la libertad vigilada, el -

arresto domiciliario, el arraigo y otras similares y tomando en cuenta que esta institución contradice el principio esencial de la presunción de inocencia del acusado en el proceso penal. (28)

---

28. Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo III Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 1983. pág. 275.

## CAPITULO II

### LA DETENCION Y OTRAS FIGURAS ANALOGAS

#### 1. DETENCION.

En este capítulo estudiaremos los distintos vocablos que ofrecen cierta analogía con la figura objeto de nuestro trabajo para lo cual intentaremos definir y precisar el significado tanto gramatical como procesal que tienen aquellos y de esta manera obtener, al menos, una idea aproximada de los mismos.

Y decimos una idea aproximada ya que, ni en la misma doctrina existe un acuerdo general al respecto, si bien al contrario encontramos diversas opiniones que en ocasiones son opuestas.

Abordaremos en primer lugar el estudio del término Detención. Por Detención debemos entender la "Acción o efecto de detener o detenerse. Alto, parada. Tardanza, dilación. Privación de libertad. Arresto provisional. Contención de una fuerza o impulso." (29)

En su concepto procesal por Detención "debe entenderse la medida precautoria establecida en beneficio de la sociedad, por virtud de la cual se priva de la libertad al acusado en un proceso penal cuando se le imputa la comisión de un delito grave y por ello existe la presunción de que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer los fines del proceso punitivo." (30)

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual la define como "La privación judicial, gubernativa o disciplinaria de la libertad personal, como medio de contribuir a la investigación de un delito-

29. CABANELAS, GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. 17a. edición. Editorial Heliasta Argentina 1983 pág. 222.

30. Diccionario Jurídico Mexicano. Ob cit. Tomo III. pág. 275

o como sanción discrecional de una falta o contravención." (31)

Por su parte la Enciclopedia Jurídica Omeba la considera como "la privación de la libertad de una persona para ponerla a disposición de un juez o autoridad competente. Técnicamente es una medida transitoria que restringe la libertad de una persona, hasta en tanto una resolución judicial o de la autoridad que determinó la detención, definan la situación jurídica causa de la misma." (32)

La Detención, expresa Guillermo Cabanelas, significa tanto la sujeción material de una persona, como la permanencia de ésta en un lugar hasta que la autoridad gubernativa o judicial resuelva su libertad o procesamiento. (33)

A su vez, González Bustamante manifiesta que la detención es el estado de privación de libertad que sufre una persona por virtud de un mandamiento judicial. (34)

Diversidad de opiniones pero con un punto coincidente: la privación de la libertad. Por nuestra parte nosotros estimamos que la detención es una figura que engloba diversos momentos; puede considerarse como el acto material de sujeción de una persona para privarla de su libertad, como el momento que le sigue que es la propia privación de la libertad pero siempre con carácter preventivo.

Es decir, la detención puede consistir en la acción de suje-

31. CABANELAS, GUILLERMO. Ob. cit. pág. 223

32. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo VIII Editorial Driskill Argentina 1978 pág. 749

33. Cfr. Ibidem. pág. 223.

34. Cfr. GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN. Ob cit. pág. 112.

tar o prender a una persona (aprehensión), ya sea que se derive de una orden de autoridad competente, como sí procede de la flagrancia en la comisión de un delito, así como el estado posterior a la aprehensión, en donde la persona está privada de su libertad con carácter preventivo hasta en tanto no se resuelva su situación jurídica. De ahí que consideramos que toda aprehensión es una detención aunque no toda detención signifique una aprehensión como veremos más adelante. Así mismo, pensamos que la detención no puede tener mas que el carácter de preventiva, pues en tanto la detención no entraña imposición de pena alguna, su objeto es el prevenir, o sea proveer a fin de que los objetivos buscados se cumplan tal como hemos visto en el punto final del capítulo anterior.

En virtud de lo anterior podemos afirmar que, tal como hemos visto en las definiciones vertidas con anterioridad, la detención es una medida preventiva o precautoria, es por tanto, transitoria, puede derivarse de un mandamiento de autoridad competente, o puede darse en virtud de la comisión flagrante de un delito o de una falta, puede provenir de la autoridad o de un particular, y en conclusión, se puede considerar a la detención como un concepto global, que encierra varias situaciones, es decir, la detención puede derivar una aprehensión, un arresto, y una prisión preventiva.

En el análisis correspondiente a la aprehensión y a la prisión preventiva precisaremos y delimitaremos su significado con respecto a la detención.

Queda, sin embargo, la cuestión relativa al arresto frente a la detención.

De esto podemos decir que siendo la detención el género, el



arresto es una de sus especies, es decir, la detención como hemos visto puede derivarse de un mandamiento de la autoridad judicial, - como consecuencia de la comisión de un delito o de un probable delito, (\*), pero también el mandamiento puede provenir de la autoridad gubernativa o administrativa, en virtud de una falta o contravención administrativa; y también puede consistir en una medida disciplinaria impuesta por autoridad judicial.

Si bien el objeto de nuestro estudio es la detención de carácter procedimental, que resulta de la comisión de un delito, debemos hacer un paréntesis para analizar en forma somera lo concerniente al arresto, ya que, como dijimos el arresto entraña una forma de detención y pretendiendo delimitar el significado de esta, debemos separar la de aquel a fin de evitar confusiones.

El arresto, es una limitación a la libertad personal y puede provenir de un mandato de la autoridad judicial o de la autoridad administrativa. Cuando provenga de autoridad judicial se trata de arrestos impuestos como medida de apremio con el objeto de que se cumplan sus determinaciones, en tanto, los provenientes de autoridad administrativa, operan en virtud de una falta, y, según el artículo 21 Constitucional de arresto podrá ser hasta de 36 horas y en caso de que se impongan sanciones pecuniarias y éstas no se paguen se permutarán por arresto hasta por 36 horas.

El arresto es una especie de detención, como ya hemos visto, sin embargo en nuestro concepto, el arresto si constituye una pena,

---

\* Ya que, como más adelante veremos, para decretar la detención de una persona, no es necesario tener comprobado el cuerpo del delito.

o sanción como se establece en nuestra Constitución, y aunque el -- arresto no se cumpla en el mismo sitio en el que se extinguen las - penas privativas de libertad, ni en donde se encuentran los indicia dos en un procedimiento penal y tampoco se le considere pena priva- tiva de libertad, en esencia si lo es, una pena correccional o san- ción disciplinaria.

En suma, el arresto en estricto sentido entraña una detención pero, la restricción a la libertad que constituye no tiene el carác ter precautorio o provisional, sino definitivo, es decir, el objeto del arresto es la aplicación de la sanción privativa de libertad.

## 2. APREHENSION.

De origen latino, este vocablo expresa la idea básica de "coger o asir alguna persona o cosa, para retenerla. (Del latín aprehensio, derivado del verbo aprehendere de ad, a y prehendere, asir, tomar)." (35).

La aprehensión significa acción o efecto de aprehender. "Asim-  
ento material de una cosa. Apropiación. Detención o captura del acu-  
sado o perseguido." (36)

En la doctrina, observamos que el término aprehensión se usa - como sinonimo de detención, y de igual manera sucede en nuestra le-  
gislación, donde, como ya hemos visto, en la misma Constitución Polí-  
tica está establecida la equiparación. Y en efecto, se habla de la -  
orden de detención o aprehensión en los supuestos en donde se cum-  
plen ciertos requisitos (artículo 16 Constitucional), también se di-  
ce que en los delitos flagrantes cualquier persona puede detener o a-  
prehender al delincuente y a sus cómplices y en los casos urgentes -  
la autoridad administrativa puede decretar la detención o aprehen-  
sión de un acusado.

En los ordenamientos procedimentales, tanto el correspondiente al Distrito Federal como el Federal, ocurre de igual manera, como -- puede comprobarse al repasar los numerales 267,268,269,271,272,132 y siguientes 285,287, etc. del primero y artículos 193 y siguientes en tre otros del segundo.

Por nuestra parte estimamos que, en virtud de que en nuestra -  
legislación ambos institutos, detención y aprehensión, están conside  
35. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob cit. Tomo I pág. 742.

36. CABANELAS, GUILLERMO. Ob cit. Tomo I pág. 341.

rados como equivalentes no se hace necesaria una separación tajante, pues al hablar de una y otra se establecen los mismos procedimientos y consecuencias, al contrario si en cierto precepto legal tuvieran consecuencias jurídicas distintas una de otra, entonces sí sería peligrosa la confusión, pero toda vez que no sucede así, lo que sería procedente, si acaso, sería hacer la diferenciación gramatical, donde como ya hemos visto la aprehensión es una especie de detención, es decir la aprehensión es el acto material, la ejecución real u objetiva de la detención, pues detención significa tanto la captura como la posterior situación jurídica de privación de libertad, así podemos decir que, siempre que exista una aprehensión existirá también una detención, pues al sujeto que se le aprehende, ya sea mediante orden o en caso de delito flagrante o por la urgencia de la situación, se le está deteniendo y a partir de ese momento y en tanto no se resuelva su situación jurídica estará en calidad de detenido, es decir, bajo detención preventiva, sin embargo decíamos que siendo la detención el género y la aprehensión la especie, no siempre que exista una detención habrá una aprehensión pues puede darse el caso de que el presunto responsable de la comisión de un delito se presente voluntariamente ante las autoridades y, estas estimen que debe quedar detenido, entonces habrá una detención sin que para ello haya mediado aprehensión o captura alguna.

Se habla más comunmente de orden de aprehensión y no de orden de detención, por que, pensamos, lo que la autoridad está ordenando no es que un sujeto deba quedar bajo detención preventiva pues eso se determina por otros datos y circunstancias y no por una simple orden, sino lo que se ordena es la captura, o sea, la privación material de la libertad física de un sujeto, y siendo así se acomoda más a

esta situación el término aprehensión que el de detención, un sujeto privado de su libertad bajo detención preventiva, se dice fue de tenido o fue aprehendido, pero se dice está detenido y no esta apre hendido, por ser aquel término mas general que este.

"La aprehensión consiste en la acción de apoderarse de una -- persona, de asegurarla para prevenir su fuga. La detención es el es tado de privación de libertad que padece aquella persona". (37)

### 3. PRISION PREVENTIVA.

La prisión preventiva es otra de las figuras que guardan cierta similitud con la detención, y aunque no en la medida de figuras - como la aprehensión o el arresto, si existen puntos de semejanza que intentaremos analizar a continuación.

Gramaticalmente por prisión entendemos: "Carcel u otro establecimiento donde se encuentran los privados de su libertad; sea como - detenidos, procesados o condenados; Pena privativa de libertad mas - grave y larga que el arresto e inferior y mas benigna que la de reclusión, y con equiparación o diferencias cambiantes respecto a la - de presidio." (38)

Prisión preventiva. "La que durante la tramitación de una causa penal se dispone por resolución de juez competente, por existir - sospecha contra el detenido por un delito de cierta gravedad al mo-- nos y por razones de seguridad, para evitar su fuga u ocultación, a-- sí como la ulterior actividad nociva." (39)

Habíamos expresado que la detención preventiva es una forma de prisión preventiva, o que la prisión preventiva entraña un estado de detención, o de privación de libertad que puede identificarse con la detención, al respecto la Enciclopedia Jurídica Omeba establece que- "La detención y la prisión preventiva son medidas precautorias parecidas, pero la detención puede ser llevada a cabo por cualquier persona, sea o no autoridad, mientras que la prisión preventiva solo -- puede ser decretada por los jueces, y presupone casi siempre aque- - lla. La primera es una privación casi siempre momentánea de la liber

38. CABANELAS, GUILLERMO. Ob cit. Tomo VI. pág. 419.

39. Ibid. pág. 420.

tad y su objeto es poner a la persona a disposición del juez; la segunda es una orden escrita de este último, por la que se priva de libertad al acusado en forma casi permanente, hasta que recaiga una sentencia en la causa." (40)

A su vez el tratadista González Bustamante expresa que, "debido a que el estado que guarda la persona a quien se imputa la comisión de un delito, es impreciso en las setenta y dos horas siguientes a su consignación al órgano jurisdiccional, debe asegurársele preventivamente para los fines procesales con el objeto de impedir que se fuge u oculte y paralice la marcha del procedimiento. La detención y la prisión provisional se inspiran, precisamente, en la necesidad de asegurar al presunto responsable, con el objeto de prevenir su fuga. La detención puede durar unas cuantas horas; las indispensables para que el juez haga saber al inculcado los cargos existentes en su contra y le tome su declaración preparatoria, en tanto que la prisión provisional prolonga el aseguramiento preventivo de la persona por el tiempo que dure la secuela del proceso." (41)

El carácter preventivo de la prisión no significa que vaya encaminada a la prevención del delito pues esa sería una característica de la prisión como pena; preventiva significa, como hemos expresado en relación a la detención, que tiene un carácter precautorio, es una medida provisional de realización forzosa, como observaremos a continuación.

"En el proceso mexicano se necesita la presencia del acusado -

---

40. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob cit. Tomo XXIII pág. 174

41. Cfr. GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. Ob cit. pág. 183.

para iniciar e intuir el proceso. La Constitución Mexicana no permite que se siga un procedimiento penal en ausencia de la persona a quien se imputa un delito.

"Es necesaria la prisión preventiva, que es la privación de la libertad durante el proceso a diferencia de la sanción de prisión que es la privación de la libertad en cumplimiento de una sanción que ha impuesto una sentencia. La prisión preventiva termina al dictarse sentencia que causa ejecutoria. El ideal sería que solo en caso de sentencia condenatoria, en la que se aplicara la sanción de prisión, se privara de la libertad; pero este ideal es difícil de realizar por que el acusado al conocer que puede sufrir la pena de prisión, buscaría sustraerse de la acción de la justicia." (42)

Preventiva significa provisional, es decir lo contrario a definitiva, es una medida precautoria pero necesaria, así "si se llegara a admitir de una manera absoluta que la privación de la libertad personal se hiciese hasta la sentencia, se ocasionarían graves trastornos en la marcha de las causas criminales por que sería fácil a los sospechosos de delitos sustraerse a la acción de la justicia y evitar el esclarecimiento de los hechos. Por razones de conveniencia pública se admite que una persona sea privada de su libertad, pero solo por el tiempo indispensable para poder definir su situación jurídica." (43)

Y si bien la prisión preventiva es una de las más graves medidas cautelares y de prevención, su aplicación "garantiza la prosecu

42. BORJA OSORNO, GUILLERMO. Derecho Procesal Penal. Editorial Cajica S.A. México, 1985. pág. 184.

43. GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. Ob cit. pág. 180.



ción del juicio, evitando que lo eluda el acusado, el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley de fondo. Este acto coercitivo que retringe o limita la libertad de las personas tiende a impedir que el imputado que se encuentre en libertad dificulte o - haga imposible la investigación y la actividad jurisdiccional, borrando o desfigurando datos del delito, ocultando cosas o efectos-materiales, poniendose de acuerdo con sus cómplices, sobornando o intimidando testigos, etc.

Así mismo por este medio se asegura el comparendo del imputado durante la marcha del proceso, a fin de que no lo obstaculice o paralice, ya que aquel no puede seguirse en rebeldía, es decir, su sometimiento al poder jurisdiccional." (44)

Borja Osorno coincide con lo anterior al señalar que "esta - medida cautelar trata de evitar que desaparezca una prueba, que se borren las huellas del delito, que se disponga del bien, objeto -- del delito, que no queden insolventes el delincuente que debe reparar el daño o el tercero en el caso de responsabilidad civil prove niente de delito y principalmente asegurar al delincuente para que no se aleje del lugar en que se sigue el procedimiento." (45)

Alcalá Zamora nos dice que con la prisión preventiva se busca que la investigación de la verdad este libre de toda traba," lo que no sería posible si la persona a quien se imputa un delito estuviere constantemente en libertad ya que usaría de ella para ocul

44. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob cit. Tomo XXIII. pág. 173.

45. BORJA OSORNO, GUILLERMO. Ob cit. pág. 183.

tar los instrumentos del delito, dificultar las pruebas y entorpecer la marcha del procedimiento." (46)

Para Carrara la prisión preventiva responde a "tres necesidades: una de defensa pública, por que impide que mientras dure el proceso, los imputados continuen delinquiendo; otra de justicia, -ya que impide la fuga del acusado; y otra de verdad, por que evita que aquel dificulte la investigación, intimide a los testigos y -- destruya los vestigios del delito." (47)

Sin embargo, a pesar de los argumentos anteriores la prisión preventiva, al igual que la detención en sentido estricto, es un instrumento sumamente debatido; pues aparentemente se encuentra en contradicción con uno de los principios esenciales del proceso penal contemporáneo, que es el de la presunción de inocencia del inculpado. En relación a lo anterior el Diccionario Jurídico Mexicano expresa que, nuestra Constitución establece varias restricciones a la prisión preventiva-o a la detención en sentido amplio, como lo señalaríamos por nuestra parte- a fin de que no se aplique -de manera indiscriminada; en tal virtud el artículo 16 Constitucional establece que ninguna persona puede ser detenida sin orden judicial, salvo en casos excepcionales, como delito infraganti o ausencia en el lugar de autoridad judicial; el artículo 18 de la - - Constitución, dispone la separación completa de los lugares de detención preventiva respecto de los que se destinen para la extinción de las penas; el artículo 19 ordena que la citada detención -no puede exceder de tres días sin justificarse con un auto de for-

46. ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, NICEFO citado por BORJA OSORNO, GUILLERMO. Ob cit. pág. 184.

47. CARRARA, FRANCISCO citado por Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob cit. pág. 173.

mal prisión y finalmente el artículo 20 fracción X párrafo 2o. establece que la prisión preventiva no podrá prolongarse por mas tiempo del que como maximo fije la ley al delito que motivare el proceso. (48)

A pesar de lo anterior, la prisión preventiva no deja de ser una privación de la libertad, y en este sentido, como lo señala Briseño Sierra, "tan aflictiva como la prisión definitiva, puesto que los pormenores que distinguen al reclusorio de la carcel, a la prisión de la penitenciaría, etc, son intrascendentes en el ánimo del justiciable, quien de todas maneras soporta la pena, sin que la variación del nombre disminuya el padecimiento." (49)

La prisión preventiva, agrega Carrara, "entraña una injusticia al encarcelar a los imputados antes de la condena, además, aquella afecta a la economía carcelaria; desalienta al honrado, pues termina por despreciar las leyes, odiar a la sociedad, familiarizarse -- con la prisión y arruinarse moralmente por la vida promiscua que de teriora y corrompe en la carcel."(50)

Por nuestra parte estimamos, que, siendo la prisión preventiva una institución de carácter similar al de la detención, o más allá todavía, estando la prisión preventiva comprendida dentro de la detención en sentido amplio, tiene las mismas justificantes que ésta, pues como hemos dicho la prisión preventiva al igual que la detención en sentido restringido, es un instrumento necesario para

---

48. Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano. Ob cit. pág. 155.

49. BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO. Ob cit. pág. 77.

50. CARRARA, FRANCISCO citado por Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob cit. pág. 172.

cumplir los fines del procedimiento penal, a pesar de los inconvenientes que presenta, como ya lo hemos observado.

En la práctica, la detención, o detención en sentido estricto como nosotros la manejamos, se considera que comprende desde el momento en que el individuo es aprehendido, o privado de su libertad, hasta el momento en que, ya puesta a disposición del órgano jurisdiccional, este le dicta la formal prisión, quedando de esta manera sujeto al proceso penal. A partir de este momento empieza lo que se conoce como prisión preventiva que es, como lo hemos señalado reiteradamente, una forma de detención, y dicha prisión preventiva termina hasta que al inculcado se le dicta sentencia y esta causa ejecutoria.

Es decir, en tanto dure el proceso, perdura la prisión preventiva, así mismo en la práctica hasta en tanto no se le dicta al acusado la formal prisión y obviamente se encuentra privado de su libertad, se le denomina detenido, y una vez dictada la formal prisión se le cambia la denominación por la de procesado o indiciado, bajo prisión preventiva.

Cuando al indiciado o procesado que esta privado de su libertad y por tanto bajo prisión preventiva, una vez terminado el proceso, se le dicta sentencia y esta causa ejecutoria y en la misma se le condena a compurgar una pena de prisión, la privación de libertad deja de llamarse prisión preventiva y empieza la prisión como pena o prisión definitiva de la cual hablaremos a continuación.

#### 4. PRISION POR EJECUCION DE SENTENCIA.

Es importante para nuestro trabajo el estudio de la prisión como pena por que significa una privación de la libertad y como tal ofrece semejanzas con las figuras estudiadas con antelación y si bien, de las figuras anotadas, la prisión como pena es la que más se aleja de la figura objeto de nuestro trabajo que es la detención, conviene su estudio pues, como dejamos establecido al inicio del presente capítulo, nuestro propósito es separar y delimitar las instituciones que ofrecen cierta analogía con la detención a fin de obtener una --mas clara idea de lo que ésta significa.

El artículo 18 Constitucional establece la existencia de dos tipos de prisión: la prisión preventiva o detención en sentido amplio y la pena de prisión propiamente dicha. "La primera consiste en la privación de libertad para fines solo asegurativos, aplicable a los procesados por delitos que presuntivamente ameritarán la pena de prisión. La segunda consiste en la privación como retribución por delito cometido y de acuerdo con la sentencia judicial condenatoria correspondiente." (51)

La sentencia, es el auto decisorio del juez, mediante el cual afirma o niega la actualización de la conminación penal establecida por la ley. Con la sentencia culmina la actividad del órgano jurisdiccional y con ella se resuelve si se actualiza o no sobre el sujeto pasivo de la acción penal la referida conminación penal.

Las sentencias pueden ser condenatorias o absolutorias. Las -

51. CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Derecho Penitenciario. Carcel y Penas en México. Editorial Porrúa. México. 1974. pág. 12.

primeras, previa declaración del cuerpo del delito y la responsabilidad establecen sobre el sujeto pasivo de la acción penal la cominación penal prevista por la ley. Las segundas, por no estar comprobado el cuerpo del delito ni la responsabilidad, o el cuerpo del delito pero no la responsabilidad, por no haber realizado el presunto responsable el hecho que se le atribuye o estar probada una causa -excluyente de responsabilidad, no actualizan esa cominación.

Cuando la sentencia causa ejecutoria, adquiere aptitud para ser ejecutada y existe la cosa juzgada. Con la sentencia ejecutoria da el acusado -procesado- asume ahora el carácter de sentenciado. (52).

Es evidente la importancia de la ejecución de la sentencia, -pues, como ya hemos visto, con la sentencia culmina el quehacer del aparato jurisdiccional declarando su decisión sobre la relación de Derecho penal planteada en el proceso, la sentencia es el objetivo primordial del proceso, y la misma resultaría un trabajo en vano si no se ejecutara, si, inmediatamente a su declaración no recayera su aplicación. "... en cualquier asunto es más importante la acción -que la declaración y especialmente en la persecución del delincuente, es lo efectivo la aplicación de las medidas que le correspondan más que todos los trámites de la causa que no son más que medios, -aunque imprescindibles eso si, para llegar a aquella finalidad." (53).

- 
52. Cfr. ARILLA BAS, FERNANDO. El Procedimiento Penal en México. 7a. edición. Editores Mexicanos Unidos S.A. México 1978 pág.175
53. ACERO, JULIO. Procedimiento Penal. 7a. edición. Editorial Cojica S.A. Puebla, México 1976 pág. 437.

La sentencia condenatoria puede imponer al indiciado una pena de prisión, esta es una pena privativa de libertad y consiste en la reclusión del condenado en un establecimiento penal en el que permanece privado, en mayor o menor medida, de su libertad y sometido a un específico régimen de vida.

En la época actual es natural y frecuente que el hombre medio conciba mecánicamente el delito como causa de la pena y a ésta como el ingreso en prisión del delincuente. Y en efecto, la prisión es - la pena privativa de libertad de mayor difusión. (54)

La prisión tiene por objeto intimidar y corregir al condenado mediante la privación de ese precioso bien jurídico que es la libertad. La importancia de la pena de prisión y de las demás penas privativas de la libertad en el derecho represivo contemporáneo es extraordinaria.

La libertad, como ha dicho con acierto Jean Paul Sartre, es - la esencia del ser humano. En las sociedades modernas la libertad individual es el más valioso de los bienes jurídicos de que puede gozar el ser humano. Además de ser un medio de inocular a los delincuentes, las penas privativas de la libertad constituyen un medio efficacísimo para lograr la readaptación social de los condenados, pues durante su ejecución es posible remover muchos de los factores criminógenos individuales, que residen en el sujeto e inculcarle hábitos de disciplina y trabajo que le han de permitir llevar una vida honesta al ser reintegrado al seno de la sociedad.

La pena debe ser adecuada e idónea. Pena adecuada e idónea es

54. Cfr. LANDROVE DIAZ, GERARDO. Las Consecuencias Jurídicas del Delito. 3a. edición. Editorial Bosch. España. 1984. pág. 43.

es aquella que amenaza y ataca la libertad individual del autor -- del abuso. En virtud de los diversos regimenes a que puede condicionarse su ejecución y por su extrema divisibilidad la pena de -- prisión se adapta, mejor que ninguna otra, a la gravedad del delito y a la personalidad de su autor. (55)

El citado artículo 18 Constitucional establece que el sitio-- destinado para la extinción de las penas sera distinto de aquel -- para la prisión preventiva. El artículo 26 del Código Penal para el D.F. amplía el precepto constitucional al señalar que también los-- reos políticos serán reclusos en establecimientos o departamentos especiales. El artículo 25 del Código Penal expresa que la prisión consiste en la privación de la libertad corporal, será de tres -- días a cuarenta años y se extinguirá en las colonias penitencia-- rias, establecimientos o lugares que al efecto señale el órgano e--jecutor de las sanciones penales.

Los últimos párrafos del artículo 18 de la Constitución son-- de índole netamente penitenciario. Se señala que los gobiernos de-- la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal en sus respectivos fueros. Se agrega que las mujeres compurgaran sus pe--nas en lugares separados de los destinados a los hombres. Se esta--blece el fin de la penitencia: la readaptación señalando como me--dios para alcanzarla: el trabajo, la capacitación para el mismo y-- la educación. Igualmente se señala que los gobiernos de los Esta--dos podrán celebrar con la federación convenios de carácter gene--ral para que los reos sentenciados por delitos del orden común ex--tingan su pena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Fede

---

55. Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob cit. Tomo XXIII pag. 160.



ral. Así mismo la Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de los menores infractores. (56)

Finalmente y en relación a la prisión estamos de acuerdo con el tratadista Gerardo Landrove Díaz cuando señala que "... puede afirmarse que las penas privativas de libertad en general parecen de imposible sustitución en el actual momento punitivo. La prisión - - constituye un medio penal insustituible para un elevado número de delincuentes." (57)

---

56. Cfr. BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO. Ob cit. pag. 79.

57. Ob cit. pag. 44.

## CAPITULO III

### LA DEFENCIÓN EN LA ETAPA DE LA AVERIGUACION PREVIA

#### 1. FUNCION DEL MINISTERIO PUBLICO.

En este capítulo abordaremos el estudio de la detención en la etapa del procedimiento penal que conocemos como Averiguación Previa, y en la cual es de destacarse el papel que desempeña la institución del Ministerio Público.

Consideramos de suma importancia hacer una revisión de la actuación del Ministerio Público pues es parte fundamental del procedimiento, sobre todo en lo que se refiere a la figura cuyo estudio nos ocupa, es decir la Detención.

Procederemos, en primer término, al estudio en forma breve y sencilla, de la institución del Ministerio Público para después referirnos a su función en relación a la detención.

El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio Público, de perseguir delitos, esta atribución se refiere a dos momentos procedimentales: el preprocesal y el procesal: el preprocesal, al cual habremos de referirnos en esta parte de nuestro trabajo, abarca precisamente la averiguación previa, conformada por la actividad investigadora del Ministerio Público, tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal; el mencionado artículo 21 -- constitucional otorga al Ministerio Público la función investigadora auxiliado por la Policía Judicial.

La Averiguación Previa puede definirse como la etapa del procedimiento penal durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el-

cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.

El titular de la averiguación previa es el Ministerio Público; tal se desprende de lo establecido en el artículo 21 constitucional que contiene la atribución del Ministerio Público de averiguar, de investigar, de perseguir los delitos, evidentemente si el Ministerio Público tiene la facultad de orden constitucional de averiguar los delitos y esta atribución la lleva a cabo mediante la averiguación previa, la titularidad de la averiguación previa corresponde al Ministerio Público. (58)

"El Ministerio Público es una institución que tiene a su cargo la representación de los intereses de la sociedad tanto en los juicios civiles, como en los penales y los de amparo. Al Ministerio Público le corresponde vigilar que la justicia sea pronta y recta y que los mandatos de la Constitución sean respetados. En materia penal, se ocupa de la investigación de los delitos y del descubrimiento de los responsables promoviendo lo que sea necesario para obtener la aplicación de las penas que correspondan". (59)

En relación a nuestro tema de estudio, hemos dicho que el Estado tiene la facultad de intervenir en la vida de los particulares-gobernados pudiendo privarlos de su libertad, en ciertos casos y con determinadas condiciones. Para este efecto, el Estado actúa a través de la institución Ministerio Público, siendo este el-

58. Cfr. OSORIO Y NIETO, CESAR. La Averiguación Previa. 2a.edición Editorial Porrúa. México. 1983. págs. 15-17.

59. SOTO PEREZ, RICARDO. Nociones de Derecho Positivo Mexicano. 11a. edición. Editorial Esfinge S.A. México. 1980. pág. 127.

instrumento que en condiciones normales, es utilizado para llevar a cabo los fines del procedimiento penal, y específicamente en lo que a la detención se refiere siempre es de fundamental importancia su participación.

Para obtener una mejor panorámica de tan importante figura como lo es el Ministerio Público, ahondaremos un poco en sus antecedentes.

En la historia general se fijan como antecedentes del Ministerio Público los siguientes: en Grecia, un arconte que intervenía en asuntos en que los particulares, por alguna razón, no realizaban la actividad persecutoria, siendo de advertir que la actuación del arconte era meramente supletoria, pues la acción procesal penal estaba en manos de los particulares. En Roma se citan como antecedentes del Ministerio Público a unos magistrados denominados "curiosi, stationari o irenarcas", encargados de la persecución de los delitos en los tribunales. Hay que hacer notar que estos funcionarios únicamente desempeñaban actividades de policía judicial. No hay que olvidar que el emperador y el senado designaban, en casos graves algún acusador. En Italia existieron algunos denunciadores oficiales llamados "sindici o ministrales", que se hallaban a las órdenes de los jueces y que podían actuar sin la intervención de estos. En las postrimerías de la Edad Media los "sindici o ministrales" se revistieron de caracteres que los acercaban a la institución del Ministerio Público francés. En esta época tomaron el nombre de procuradores de la corona. Fue Francia la que, a través de los años, llevó hasta el momento cenital la inquietud de poner en manos del Estado lo que vulgarmente se llama función persecutoria. En un principio, el monarca tenía a su disposición un procurador y un abogado encargados-

de atender los asuntos personales de la Corona; el primero atendía los actos del procedimiento y el segundo el sostenimiento de los derechos del Rey, y el alegato. Estos dos funcionarios podían ocuparse de otros negocios, lo que demuestra la ausencia de representación social. Los funcionarios aludidos intervenían en los asuntos penales, por multas o confiscaciones que de aquellos pudieran emanar y que enriquecían el tesoro de la Corona. Atentos a los derechos que vigilaban se preocupaban de la persecución de los delitos, por lo cual, a pesar de que no podían presentarse como acusadores, estaban facultados para solicitar del Estado el procedimiento de oficio.

Poco a poco fueron interviniendo en todos los asuntos penales, acabando por convertirse en representantes del Estado, que tenían la misión de asegurar el castigo en todos los actos delictivos. En el Imperio Napoleónico, ya el Ministerio Público se encuentra formado de manera plenaria.

En España existieron los procuradores fiscales, a los cuales se refieren las Leyes de Recopilación expedidas por Felipe II en 1565, no debiendo olvidarse que ya desde antes existían estos funcionarios, con la característica de que sus actividades no se hallaban reglamentadas.

Por otra parte, el primer antecedente que en México encontramos del Ministerio Público es el de los procuradores fiscales. Estos tenían el trabajo de procurar el castigo, en los delitos no perseguidos por procurador privado.

Durante toda la época Colonial, nuestro país, al igual que España, tuvo procuradores fiscales.

En la llamada Constitución de Apatzingan, como en la Constitución de 1824, se habla, en la primera, de dos fiscales, uno para el ramo civil y otro para el ramo penal (artículos 184, 185 y 188) y en la de 1824 de un fiscal, que debería formar parte de la Suprema Corte de Justicia.

En 1869 Juárez expidió la Ley de Jurados Criminales para el D.F. en donde se previene que existirán tres promotores o procuradores fiscales, o representantes del Ministerio Público.

El Código de Procedimientos Penales para el D.F. de 1880 en su artículo 28 expresa que: "El Ministerio Público es una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de la justicia en nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de ésta, y en los casos y por los medios que señalan las leyes. Esta misma ley convierte al Ministerio Público en un miembro de la Policía Judicial.

El Código de Procedimientos Penales de 1894 sigue los lineamientos forjados en 1880. La Ley Orgánica del Ministerio Público del 12 de Septiembre de 1903 funda la organización del Ministerio Público, a quien preside un procurador de justicia, dándole unidad y dirección, dejando de ser un simple auxiliar de la administración de justicia y se le hace depender del Poder Ejecutivo. La Constitución de 1917 hizo del Ministerio Público una institución federal. Venustiano Carranza, al presentar su proyecto de nueva Constitución acerca del artículo 21 que es el que habla del Ministerio Público dijo: "La nueva organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso en donde los jueces son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas a cuyo efecto se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra de

los reos para obligarlos a confesar, lo que sin duda desnaturaliza las funciones de la judicatura, al mismo tiempo dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la búsqueda de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios, y la aprehensión de los delincuentes.

"Con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedara asegurada. Porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla sino en los términos y con los requisitos que la misma ley exige." (60)

De estas ideas se desprende que el ejercicio de la acción penal queda en manos, exclusivamente, del Ministerio Público.

La Constitución de 1917 estableció, en materia penal, una doble función del Ministerio Público: como titular de la acción penal y como jefe de la Policía Judicial.

La facultad de la Policía Judicial es el medio preparatorio - al ejercicio de la acción penal, y es definida por Javier Piña y Palacios como "el acto por medio del cual el Ministerio Público reúne los elementos necesarios para el ejercicio de la acción penal".(61)

Hemos visto ya las ideas que sustentaba Venustiano Carranza - respecto a su oposición a que tuviera el juez la facultad de investigar los delitos, y también la forma decidida en que los constitu-

60. Cfr. RIVERA SILVA, MANUEL. El Procedimiento Penal. 13a. edición Editorial Porrúa. México. 1983. págs. 74, 75 y 76.

61. Citado por CASTRO, JUVENTINO. El Ministerio Público en México. 6a. edición. Editorial Porrúa. México. 1985. pág. 34.

yentes adoptaron la idea, traduciendola en el artículo 21 Constitucional, Sin embargo, en la práctica no se llevó a cabo la idea conforme a sus deseos.

Solo se cumplió con la Constitución hasta que se promulga la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1929, que crea el Departamento de Investigaciones, suprime las comisarias y establece en su lugar, por la ley del 28 de diciembre de 1931, las delegaciones del Ministerio Público que ya ejercitan en forma exclusiva la facultad de Policía Judicial la cual es preparatoria al posterior ejercicio de la acción penal por el agente del Ministerio Público.

La acción penal no vive sino en tanto exista una jurisdicción ante la que se ejerza. Puede así afirmarse que no hay acción mientras no haya un juez que conozca de ella.

Por el contrario, la facultad de Policía Judicial es ejercida por el Ministerio Público ante sí mismo. La facultad de Policía Judicial tiene, pues, por objeto llenar los requisitos exigidos por el artículo 16 Constitucional. (62)

A partir de la mencionada Ley Orgánica del Ministerio Público la institución adquirió una gran importancia y con ella ciertas características que en términos generales son los siguientes:

- 1.- Constituye un cuerpo orgánico, todas las personas físicas que componen la institución se consideran como miembros de un solo cuerpo, bajo una sola dirección.
- 2.- Actúa bajo una dirección, que le corresponde al Procurador de Justicia



- 3.- Depende del Poder Ejecutivo. El Presidente de la República se encarga de hacer el nombramiento del Procurador.
- 4.- Representa a la sociedad. Representa y defiende a los intereses sociales ante los tribunales, aunque actúa independientemente de la parte ofendida. Figura de gran importancia dentro del campo social.
- 5.- El Ministerio Público, aunque tiene pluralidad de miembros, posee indivisibilidad en sus funciones en cuanto que todas ellas emanan de una sola parte: la sociedad. Cualquier oficial en ejercicio de sus funciones, ante cualquier tribunal, representa a la persona moral del Ministerio Público.
- 6.- Es parte en los procesos. A partir de la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903 deja de ser un simple auxiliar de la administración de justicia.
- 7.- Tiene a sus ordenes a la Policía Judicial. A partir de la Constitución de 1917, el Ministerio Público deja de ser auxiliar de la Policía Judicial y es la institución a cuyas ordenes se encuentra la propia Policía Judicial.
- 8.- Tiene el monopolio de la acción procesal penal. Corresponde exclusivamente al Ministerio Público la persecución de los delitos.
- 9.- Es una institución federal. La institución está prevista en la Constitución de 1917. (63)

En un segundo orden de ideas, dentro de la primera fase del procedimiento penal, como apuntamos en líneas anteriores, el órgano investigador se avoca a comprobar el delito y recoger las pruebas indispensables para encontrarse en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal. La averiguación previa es la fase propia

---

63. Cfr. RIVERA SILVA, MANUEL. Ob cit. pág. 74

para que el Ministerio Público resuelva sobre el ejercicio de la acción penal. Por consecuencia, en este período se confía al Ministerio Público recibir denuncias o querellas, practicar averiguaciones y buscar pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los participantes, así como ejercitar en su caso, la acción penal. El Ministerio Público tiene bajo su autoridad, entonces, tanto a la Policía Judicial como a todos los funcionarios y empleados que en calidad de auxiliares intervienen de un modo u otro en la averiguación. (64)

El maestro Rivera Silva identifica a las diligencias de policía judicial que realiza el Ministerio Público, como la función persecutoria que "consiste en perseguir los delitos o lo que es lo mismo, en buscar y reunir los elementos necesarios y hacer las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley. De esta manera, en la función persecutoria se vislumbra un contenido y una finalidad íntimamente entrelazados: el contenido, realizar las actividades necesarias para que el autor de un delito no evada la acción de la justicia; La finalidad, que se aplique a los delincuentes las consecuencias fijadas en la ley.

"La función persecutoria impone dos clases de actividades: Actividad investigadora y Ejercicio de la acción penal. La actividad investigadora entraña una labor de auténtica averiguación; de búsqueda constante de las pruebas que acreditan la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan.

---

64. Cfr. GARCIA RAMIREZ, SERGIO. Curso de Derecho Procesal Penal. - 4a. edición. Editorial Porrúa. México 1983. pág. 260

Durante esta actividad, el órgano que la realiza trata de proveer las pruebas necesarias para comprobar la existencia de los delitos y poder estar en aptitud de comparecer ante los tribunales y pedir la aplicación de la ley. La actividad investigadora es presupuesto forzoso y necesario del ejercicio de la acción penal, es decir, del excitar a los tribunales a la aplicación de la ley al caso concreto, pues es obvio que para pedir la aplicación de la ley a una situación histórica, es menester dar a conocer la propia situación y, por ende, previamente estar enterado de la misma." (65)

Existe una corriente, que considera que el período de averiguación previa comprende no solamente las diligencias practicadas en la preparación del ejercicio de la acción penal, sino que se prolonga hasta el pronunciamiento del auto de formal prisión. Quienes apoyan esta opinión se basan en que la jurisprudencia establece que el proceso se inicia con el auto de formal prisión y en que el artículo 19 Constitucional, al hablar de que todo proceso debe seguirse forzosamente, por el delito o delitos expresados en dicho mandamiento, da a entender tácitamente, que el proceso debe considerarse que se inicia con el auto de formal prisión.

Por nuestra parte nos adherimos a la opinión del maestro González Bustamante al decir que la averiguación previa concluye cuando el Ministerio Público resuelve ejercitar la acción penal, pues el acto investigador consiste en las diligencias que tienden a la preparación del ejercicio de la acción penal y a su desarrollo en el proceso. (66).

---

65. RIVERA SILVA, MANUEL. Ob cit. pág. 55.

66. Cfr. GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. Ob cit. pág. 123.

Cuando el Ministerio Público ejercita la acción penal, se ha fijado ya, el contenido del proceso penal, pues se ha expresado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, así mismo con este acto cambia la naturaleza del procedimiento, cambia el carácter del Ministerio Público de autoridad a parte en el proceso y también se inicia la participación del órgano jurisdiccional.

Por último señalaremos que la institución del Ministerio Público ha sido muy criticado, existiendo corrientes que piden su abolición, sin embargo "su adopción se ha consagrado en la mayor parte de los pueblos cultos, considerándose como una magistratura independiente que tiene la misión de velar por el estricto cumplimiento de la ley y que es depositario de los más ságrados intereses de la sociedad." (67).

Al respecto, Juventino Castro opina, atinadamente a nuestro parecer, que "el Ministerio Público es, y debe ser, el más fiel - - guardian de la ley; órgano desinteresado y desapasionado, que representa los intereses más altos de la sociedad; institución que lo -- mismo debe velar por la defensa de los débiles o los incapaces y -- los ausentes, que decidió alzarse, pero sin ira ni espíritu de venganza, pidiendo la justa penalidad de un criminal en defensa de la sociedad." (68)

67. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. Ob cit. pág. 53.

68. Ob. cit. pág. 17

## 2. FUNCION DE LA POLICIA JUDICIAL.

Resulta conveniente el estudio de la institución Policía Judicial ya que consideramos de gran importancia la participación de este órgano dentro de la administración de justicia pues es innegable que, en muchas ocasiones, de su actuación depende la correcta aplicación de la justicia.

La policía judicial como auxiliar del Ministerio Público y también como colaborador del órgano judicial se convierte en importante e imprescindible instrumento para el esclarecimiento de hechos delictuosos, así mismo en relación a nuestro tema de estudio, la policía judicial es el principal ejecutor de las detenciones.

La palabra policía o politia deriva de polis, ciudad, y significa según el autor Lozano "el arreglo, gobierno, o buen orden de una ciudad o república". (69)

El giro policía judicial tiene diversas acepciones, de las que en un primer plano, se puede entender: como la función de policía judicial, que en un tiempo desempeñaban en México diversas autoridades incluso el juzgador y que en la actualidad se han reducido a un bien delimitado marco orgánico. Desde otro punto de vista, policía judicial es un órgano o cuerpo policiaco, del que hablaron los constituyentes de 1917 al aludir a un organismo especial planteado en el anteproyecto de Carranza. Finalmente se habla de policía judicial científica como disciplina de conocimiento, también llamada criminalística o técnica de la instrucción.

Nos referimos al órgano policía judicial en tanto institución-

---

69. LOZANO, JOSE MARIA citado por GARCIA RAMIREZ, SERGIO. Ob cit. pág. 263.

consagrada a la investigación policiaca.

La Policía Judicial es la corporación de apoyo al Ministerio Público, que por disposición constitucional auxilia a aquel en la persecución de los delitos y que actúa bajo la autoridad y mando del Ministerio Público.

"En múltiples ocasiones la investigación de los hechos materia de la averiguación requerirá conocimientos especializados de policía los cuales no siempre posee el Ministerio Público, por otra parte -- las limitaciones propias de la función del Ministerio Público le impiden atender personalmente la investigación policiaca en todos los casos que sean de su conocimiento, de ahí que requiera el auxilio de la Policía Judicial como cuerpo especializado en este orden de actividades y como unidad de apoyo del Ministerio Público en la investigación de los hechos." (70)

"Leone nos dice que por policía judicial se entiende aquella -- particular actividad de la policía encaminada a descubrir los delitos, a buscar los culpables y las pruebas, a recoger todo lo demás -- que pueda servir para la aplicación de la ley penal y a impedir que los delitos sean llevados a ulteriores consecuencias." (71)

A la Policía Judicial le está encomendada la investigación de los delitos, la busca de las pruebas y el descubrimiento y aprehensión de los responsables y debe estar bajo el control y vigilancia -- del Ministerio Público, entendiéndose que la Policía Judicial constituye una función y en base a esto cualquier autoridad administrativa

---

70. OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO. Ob cit. pág. 64.

71. LEONE, GIOVANNI citado por BORJA OSORNO, GUILLERMO. Ob cit. pág. 90.

facultada por la ley, puede investigar delitos, pero siempre que este bajo la autoridad y mando inmediato de los funcionarios del Ministerio Público. (72)

De lo anterior se observa que, si bien de la función de Policía Judicial podría encargarse autoridad distinta de la Policía Judicial como organismo, con el único requisito de que estuvieran bajo el control del Ministerio Público, es precisamente el órgano Policía Judicial quien debe llevar a cabo dicha función y en la práctica - ciertamente así sucede, debiendo, claro está, someterse a la dirección del Ministerio Público.

Sin embargo, en ocasiones la propia Policía Judicial puede proceder a la investigación de los delitos y solo hasta después rendir cuentas al Ministerio Público tal como lo observa Pérez Palma cuando citando a Vélez Mariconde, expresa "como la policía judicial tiene la función de investigar los delitos de acción pública y faltas, impedir que los cometidos sean llevados a ulteriores consecuencias, individualizar a los culpables y reunir las pruebas y todos los antecedentes necesarios para el esclarecimiento de la verdad, pudiendo proceder por iniciativa propia, la ley le atribuye, para salvaguardar el interés represivo, el deber de detener al imputado, en ciertos casos, aunque no medie orden judicial. Si así no lo previera, es forzoso convenirlo, la justicia penal tropezaría muchas veces con obstáculos insalvables, ora por la fuga del imputado, ora por la pérdida de rastros del delito, ora por influencias extrañas dirigidas al ocultamiento...." (73)

72. Cfr. GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. Ob cit. pág. 78.

73. VELEZ MARICONDE, ALFREDO citado por PEREZ PALMA, RAFAEL. Ob cit. pág. 182.

Y en efecto, como ya lo habíamos apuntado, en ocasiones la investigación no puede esperar a que se vean satisfechos ciertos formalismos, sino que se requiere prontitud y eficiencia, pues de otra manera, podrían verse frustrados los fines de la etapa indagatoria, que son precisamente el esclarecimiento de los hechos y en su caso la detención de los responsables.

"En la actualidad frente al delito organizado, las detenciones que ha de realizar la Policía Judicial adquieren mayor importancia que las ordenes de aprehensión dictadas por la autoridad judicial; éstas son solemnes y dilatadas, aquellas informales, pero inmediatas. La sociedad abriga mayores esperanzas en los descubrimientos de la policía y en la detención de los responsables, que en las ordenes de aprehensión que dicten los jueces." (74)

La compleja lucha contra el crimen en las grandes naciones, que en ocasiones alcanza los caracteres de una pequeña guerra, precisa de organismos cada vez más eficaces para encararla. Se dice que crimen y civilización van de la mano; la delincuencia utiliza actualmente todos los recursos que la civilización produce en su evolución, y la ciencia y la técnica son aprovechadas eficazmente por los criminales. De tal manera se hace necesario que la organización policial supere la habilidad y destreza de los criminales en la utilización de los medios técnicos y científicos.

La lucha contra el crimen y el estado peligroso reclama de manera apremiante la actuación de una verdadera policía judicial que, con la preparación adecuada y clara conciencia de sus atribuciones y deberes, sea instrumento eficaz para prevenir y descubrir los de-



litos y esté, a la vez, inmunizada contra los métodos que, por desgracia, sigue utilizando con detrimento para su prestigio.

Con el propósito de obtener resultados satisfactorios en el afán de mejorar la institución de policía judicial hace falta: diferenciar de manera definitiva la policía judicial con respecto de la policía gubernativa (de seguridad o vigilancia) y a la fuerza pública, y acortar su esfera de acción respectiva, sin perjuicio del mutuo auxilio; también, seleccionar cuidadosamente a los miembros que hayan de integrarla, a quienes se exigirá tanta moralidad como vocación, además, es necesario que quienes la integren posean la indispensable preparación en Criminología y Criminalística, así mismo, es indispensable que los códigos procesales penales delimiten con exactitud sus derechos y obligaciones, tanto en la prevención de los delitos y en las diligencias del período previo, como en las que lleven a cabo por encargo del juez una vez iniciada la etapa propiamente judicial; finalmente todo exceso o abuso policiaco debe ser sancionado rápida y ejemplarmente, en la forma que por su gravedad corresponda.

Por otra parte, las funciones de la policía judicial, al decir de la doctrina, se pueden resumir de la siguiente manera: Averiguar los delitos, descubrir a los delincuentes y en caso de aprehenderlos, entregarlos al Ministerio Público, practicando las diligencias necesarias para asegurar la prueba; auxiliar al órgano jurisdiccional a fin de que sus órdenes se ejecuten y se cumplan las resoluciones judiciales; cooperar con la autoridad judicial para el mejor cumplimiento de la función decisoria. La función indagatoria de la policía judicial no termina con el ejercicio de la acción penal sino continúa en la etapa procesal, sólo que en esta fase debe

poner en conocimiento del Órgano jurisdiccional las nuevas pruebas que resulten.

Así, en la generalidad de los casos, tratándose de delitos que tengan señalada pena corporal y que dan lugar a prisión preventiva, la orden de aprehensión la dicta la autoridad judicial, ésta entrega al Ministerio Público una copia de la resolución y a su vez el Ministerio Público ordena a la policía judicial el cumplimiento de la orden de aprehensión. (75)

a) CASOS EN QUE PROCEDE LA DETENCION.

El artículo 16 de nuestra Constitución señala los casos en los que se puede proceder a la detención de un individuo. De su lectura se desprende la existencia de, basicamente, dos tipos de detención.- En primer término, la detención derivada de una orden expresa, emanada de la autoridad judicial en donde deben verse satisfechos ciertos requisitos que la misma establece, en segundo término la detención - que no requiere orden escrita en razón de la actualidad del delito - y de la premura con la que la detención debe ejecutarse, o bien por la urgencia del caso donde la autoridad administrativa puede proceder a la mencionada detención. A estos casos de detención sin orden judicial se les conoce como: flagrante delito y casos urgentes.

Durante el periodo de averiguación previa, el órgano investigador no está facultado para privar de su libertad a persona alguna - pues para proceder a la detención del presunto responsable de un delito, sería necesario que se ejercitara la acción penal en su contra y se solicitara al juez la necesaria orden de aprehensión, pero esto tendría lugar no durante la averiguación previa propiamente sino en la siguiente etapa o sea la de preparación del proceso.

Para que fuera posible que durante la fase indagatoria estuviera el presunto responsable privado de su libertad sería necesaria -- que su aprehensión se hubiera efectuado en el momento de estar cometiendo el delito, es decir un fraganti, o bien que después de cometido el delito, y en razón de la hora y el lugar no fuera posible contar con el mandamiento de captura y la autoridad estimara conveniente su detención a fin de evitar su evasión a la acción de la justicia.

El mandamiento de detención, por ser un acto esencialmente jurisdiccional, solo puede emanar de la autoridad judicial expresamente facultada por la ley, sin embargo hay casos en que no es posible obtener a toda hora y en cualquier lugar o situación la orden judicial para detener a una persona que, cometido el delito propende a ocultarse. Si se esperara la orden judicial, el presunto responsable se escaparía y quedaría insatisfecha la necesidad social de perseguir al delincuente. (76)

En estos términos no sólo el Ministerio Público u otra autoridad administrativa pueden, sin más requisitos, ordenar la detención sino que cualquier particular puede verificarla.

Ahora bien, consideramos conveniente para mayor claridad del tema el estudiar en primer término la situación referente al delito flagrante y sus derivaciones que también contemplan los ordenamientos procedimentales como son la cuasiflagrancia y la presunción de flagrancia.

La palabra flagrar (del latín "flagrare") significa arder o resplandecer como fuego o llama, de manera que flagrante delito equivale a delito flameante o resplandeciente, para dar idea de un hecho vivo y palpable cuya realidad se impone claramente y subsiste ante los ojos del observador.

Para que esto suceda, es menester que el hecho delictuoso perdure o no haya concluido en el momento en que se descubre, es decir que se sorprenda su misma ejecución.

Ortolan al comentar la ley francesa relativa que reza: "El de

76. Cfr. GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. Ob cit. pág. 117.

lito que se comete actualmente o que se acaba de cometer es flagrante delito..." manifiesta que el párrafo primero del artículo es relativo a la flagrancia, el código coloca erróneamente al delito que acaba de cometerse. El que se comete actualmente sí es el único y verdadero delito flagrante, el que acaba de cometerse ya no lo es. (77).

Según Escriche, "delito flagrante es aquel que se ha cometido públicamente y en que el perpetrador ha sido visto por muchos testigos, al mismo tiempo en que lo consumaba. Es participio activo del verbo flagrar, que significa arder o resplandecer." (78).

Por nuestra parte opinamos que, por delito flagrante debemos entender aquel en que el delincuente es materialmente sorprendido en el momento de estarlo cometiendo. Es decir, que la calificativa de flagrancia no se da en virtud del delito, de sus circunstancias o momentos de perpetración y consumación, sino en virtud del momento en que el autor del delito es sorprendido, como lo hace notar Garrand cuando expresa que "...no es propia la distinción entre delitos flagrantes y no flagrantes, puesto que todos lo son en el momento en que se cometen y todos dejan de serlo transcurrida su ejecución. Lo que importa prácticamente es saber si el delincuente fué sorprendido en el acto de la infracción, es decir, infraganti o no" (79).

En consecuencia, debe reputarse flagrante delito, o mejor delincuente infraganti, sólo al que es descubierto durante la comi --

77. ORTOLAN citado por ACERO, JULIO. Ob cit. pág. 130.

78. ESCRICHE citado por GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. Ob cit. pág. 118.

79. GARRAND citado por ACERO, JULIO. Ob cit. pág. 131.

sión misma del hecho punible. (80).

El maestro Sergio García Ramírez después de considerar que la flagrancia, al lado de la denuncia y la querrela, es una institución que propicia la iniciación del procedimiento penal, la define como flagrancia estricta cuando el sujeto es detenido en el momento mismo de cometer el delito, sin solución de continuidad alguna entre la perpetración del crimen y el instante en que se procede a la captura.

Es importante señalar que el artículo 16 de nuestra Constitución autoriza a cualquier persona, no sólo a los agentes de la autoridad, para detener al delincuente en caso de flagrante delito. Este concepto se halla interpretado por los artículos 267 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, más amplio éste que aquél, pues el primero solo abarca los casos de flagrancia en sentido estricto y cuasiflagrancia, el segundo incluye, además, el de presunción de -- flagrancia. Hay flagrancia estricta cuando el sujeto es detenido en el momento mismo de cometer el delito.

Existe cuasiflagrancia cuando la detención se produce tras de haber perseguido materialmente al responsable, sin perderle de vista una vez cometido el delito. La solución de continuidad está dada por la persecución del criminal. Hay presunción de flagrancia, al tenor del artículo 194 del Código Federal, en el caso de que una vez cometido el delito, alguna persona señale a otra como responsable del delito en cuestión, y se encuentren en poder del señalado -

---

80. ACERO, JULIO. Ob cit. pág. 131.

el objeto del mismo delito, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir su culpabilidad. (81)

Así, en virtud de los preceptos procedimentales citados y para efectos de la forma de proceder, especialmente para la cuestión de la captura del acusado sin intervención judicial, se consideran delitos flagrantes no solo los que se están perpetrando, sino los que se acaban de cometer.

Sin embargo surge la interrogante de cuanto tiempo después de consumada la ejecución puede considerarse al delincuente como recién sorprendido, esto es, que pueda decirse que acaba de cometer el delito. Es esta una cuestión relativa e imprecisa y la fijación de cualquier término habría resultado difícil cuando no por completo arbitraria y discutible, pero deberá prevalecer siempre como exigencia principal la racional proximidad del tiempo de la ejecución del delito para que se considere que su impresión subsiste íntegra y clara como tema de estricta actualidad. (82)

El delito cuasiflagrante es aquél en que el agente del delito después de haberlo cometido, huye y es perseguido materialmente, siempre que la persecución dure y no se suspendiere mientras el responsable no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. No es una cuestión de tiempo, es una cuestión de hecho, de continuidad, de no interrupción en la persecución del delincuente, cualquiera que sea el tiempo que transcurra.

Los artículos 266 del Código del Distrito Federal y 193 del Código Federal aluden a delitos flagrantes, como obligación de los

81. Cfr. GARCIA RAMIREZ, SERGIO. Ob. cit. pág. 347.  
82. Cfr. AGERO, JULIO. Ob. cit. pág. 131.

funcionarios que practiquen diligencias de policía judicial, para proceder al aseguramiento o detención de las personas presuntamente responsables. El artículo 267 del Código local establece que el presunto delincuente es aprehendido en flagrante delito, no sólo en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando una vez ejecutado, es materialmente perseguido.

Por su parte, el artículo 194 del Código Federal dice que el delincuente es aprehendido en flagrante delito cuando es detenido en el momento de estarlo cometiendo; cuando después de cometido, el inculcado es materialmente perseguido o cuando alguien lo señala como responsable del delito y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que se cometió, o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su responsabilidad. (83)

El delito flagrante presuntivo se funda en razones de conveniencia, ante la imposibilidad de obtener de inmediato, que la autoridad judicial expida el mandamiento de captura. En casos notorios en que no es posible contar inmediatamente con la orden judicial para la detención y ante el peligro de que el delincuente se fugue u oculte, la autoridad administrativa debe proceder sin demora a su aseguramiento preventivo consignándolo en un término breve a la autoridad competente. El Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal dispone que el Ministerio Público y la Policía Judicial, cuando actúan como investigadores de delitos, están obligados a proceder sin demora a la detención de los responsables de un delito sin necesidad de recabar previamente el mandamiento judi-

---

83. Cfr. PEREZ PALMA, RAFAEL. Ob cit. pág. 178.



cial, cuando se trate de delitos flagrantes o en casos de notoria - urgencia cuando no haya en el lugar autoridad judicial que expida - el mandamiento. (84).

La presunción de flagrancia de que habla el Código Federal de - bería considerarse, en nuestra opinión, un caso urgente, no por el - hecho de que falte autoridad judicial, sino porque, si señalado un - sujeto como responsable de un delito en momentos posteriores a la - comisión del mismo no se procediera a su detención por esperar la - orden judicial, se correría el riesgo de su evasión a la acción de - la justicia. En estos términos cabría la equiparación del concepto - anterior con los casos de notoria urgencia del Código Local, sin em - bargo en éste no existe la exigencia de requisitos adicionales para - la detención como sucede en el ordenamiento federal. Se puede hablar - de oscuridad en el Código Local en cuanto a los casos urgentes pues - en tanto que explica qué debe entenderse por falta de autoridad ju - dicial y habla de que existen serios temores de que el "responsable" - se evada a la acción de la justicia, no precisa como ha de determi - narse o ha sido determinada esa "responsabilidad". Otro tanto po - dría decirse del Código Federal. Si bien en casos como estos pensa - mos que debe suponerse que en el momento de la detención subsisten - hechos o indicios que hacen probable la responsabilidad del sujeto - en cuestión.

Al respecto, el maestro García Ramírez expresa que "En un sen - tido amplio, atento a los fines de una buena administración de jus - ticia a la que repugnaría la impunidad, acaso cabría amparar bajo - la hipótesis de urgencia la detención del presunto responsable por -

parte de la policía, sin orden de aprehensión, cuando se carezca de ésta en virtud de no haberse ejercitado aún acción penal, no obstante lo cual sea evidente, por virtud de confesión o de otras probanzas, la responsabilidad de quien va a ser aprehendido." (85).

Y en efecto, en la práctica este tipo de acciones es común en la etapa de averiguación previa donde el Ministerio Público y la Policía Judicial realizan detenciones sin existir flagrancia o cuasi-flagrancia bajo el amparo de una urgencia supuesta o efectiva. A ésta última interpretación se tiende a acudir muchas veces para sostener aprehensiones que de otro modo resultarían injustificadas.

El tratadista Julio Acero estima que "...para considerar urgente un caso determinado se debe sentar como regla: que no haya -- tiempo para recabar del juez respectivo el mandamiento que corresponde por la inminencia de la fuga del reo y la imposibilidad de-- asegurararlo de otra manera. Si pues se alcanza sin perjuicio a pedir del juez la orden de captura, solo él ha de expedirla; si ya el tomó conocimiento de los hechos y no ha decretado la aprehensión del presunto responsable, nadie podrá decretarla aunque se le tenga a -- mano..." (86).

Y más adelante concluye que "...ninguna aprehensión sin orden judicial debiera considerarse legítima siempre que la referida orden en forma se hubiera podido solicitar oportunamente o cuando ya los hechos de que se trate hubieran sido consignados a un juzgado" (87).

85. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. Ob cit. pág. 358.

86. ACERO, JULIO. Ob cit. pág. 130.

87. Ibid. pág. 132.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

En la investigación de los delitos resulta preciso que el Ministerio Público cite a la persona o personas involucradas en hechos que se aprecian como delictuosos, ya sea en calidad de testigos o bien de simples indiciados.

En estos términos es posible que aparezca claramente de manifiesto que existe una probable responsabilidad para un declarante. En la práctica, el Ministerio Público retiene al declarante citado y con las constancias investigatorias lo remite a la autoridad judicial como detenido.

Debe cuestionarse la legitimidad de este tipo de detenciones, sin embargo existen ciertas circunstancias que deben considerarse, si bien no para darle legitimidad a las referidas detenciones, quizá para justificarlas.

En primer término, la urgencia de poner a la autoridad administrativa, al detenido, a disposición de la autoridad judicial tal como lo ordena el artículo 16 Constitucional, donde, correctamente o incorrectamente puesto a disposición del órgano investigador, el presunto responsable debe ser consignado al órgano judicial en base a las constancias existentes.

En seguida, lo dispuesto por el tercer párrafo de la fracción XVIII del artículo 107 Constitucional que expresa: "También será consignado a la autoridad o agente de ella, el que, realizada la aprehensión no pusiere al detenido a disposición de su juez, dentro de las 24 horas siguientes."

El Código Penal, en su artículo 225 fracción XI prevé como delito contra la administración de justicia, el incumplimiento del

mandato constitucional.

Lo anterior aunado a la complejidad de ciertos delitos en la actualidad, en los que se utilizan subterfugios y maquinaciones, y revisten una complicación documental, hacen que tanto el Ministerio Público como la policía judicial actúen utilizando medidas radicales como apuntamos en líneas anteriores, y pues, resulta lógico ya que, mientras la autoridad judicial cuenta con un término de 72 horas para sujetar a proceso a una persona o ponerla en absoluta libertad, el Ministerio Público frecuentemente tiene una labor más compleja puesto que solamente cuenta con un término de 24 horas para concluir totalmente su averiguación y consignar al retenido.(88).

---

88. Cfr. CASTRO, JUVENTINO. Ob. cit. pág. 38

## CAPITULO IV

### LA DIFERENCIACION EN EL PROCESO Y EN SU ETAPA PREPARATORIA

#### 1. CONSIGNACION CON DETENIDO.

El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público obliga al órgano jurisdiccional a resolver sobre la petición que aquel deduce. Por tanto, tan pronto como el juez reciba la consignación deberá dictar auto de radicación en donde resuelva si el ejercicio de la acción penal reúne o no los requisitos del artículo 16 Constitucional.

Mediante este auto se sujeta a las partes y a los terceros - al órgano jurisdiccional y se inicia el período de preparación del proceso. A partir del momento en que recibe la consignación con detenido, el juez dispone un plazo de 48 horas, para tomar, dentro de él, la declaración preparatoria del consignado, y de otro de 72 horas para resolver también dentro de él, si decreta la formal prisión o la libertad de aquel. (89)

En este caso donde existe una persona materialmente privada de su libertad, se inicia el transcurso de los términos constitucionales de 48 y 72 horas los que son computados de momento a momento.

En esta resolución inicial, el juez ordena que le sea tomada la declaración preparatoria al detenido antes de transcurridas las 48 horas, así como la práctica de aquellas diligencias de carácter urgente.

Ya hemos visto que a fin de garantizar la efectiva ejecución de la sentencia y de seguir el procedimiento en presencia del in-

---

89. Cfr. ARILLA BAS, FERNANDO. Ob cit. pág. 77.

culpado, se hace obligado el aseguramiento de su persona. Esta se obtiene mediante la detención y la prisión preventiva. La primera deriva del artículo 16 Constitucional y la segunda del 19.

Por necesidad de orden social, la primera puede ser ordenada - por autoridades distintas de la judicial. Cuando se acaba de cometer o conocer el delito y se empiezan a recoger los indicios relativos, - no puede exigirse absoluta comprobación para restringir la libertad de quien o quienes se sospeche. Es una precaución elemental asegurarlos y casi cualquier dato y pocas o ninguna formalidad bastaran para tal fin. (90)

Ya se ha expresado que de acuerdo al artículo 16 Constitucional cualquiera persona puede detener al delincuente infraganti poniéndolo a disposición de la autoridad (Ministerio Público) y esta misma autoridad detener al responsable en casos urgentes consignando lo a la autoridad judicial.

El acto material de aprehender al delincuente infraganti que es legítimo por ministerio de la Constitución y que no precisa de auto previo de la autoridad judicial, es facultativo para el particular y obligatorio para la autoridad o sus agentes.

En la consignación que se haga con detenido el juez deberá examinar si dicha consignación reúne los requisitos del artículo 16 --- Constitucional y en caso afirmativo, decretará la detención del consignado y hará ésto a pesar de encontrarse ya privado de su libertad por que la única decisión que justifica esa privación de libertad y crea el estado jurídico respectivo es el auto del juez. (91)

90. Cfr. ACERO, JULIO. Ob. cit. pág. 133

91. Cfr. ARILLA BAS, FERNANDO. Ob cit. pág. 81.

En caso contrario, o sea, si no aparecen reunidos los requisitos constitucionales el juez decretará la inmediata libertad del -- consiguado.

La privación de libertad impuesta al consiguado tiene un límite precario; el indispensable para que el juez pueda hacer el análisis de las pruebas recogidas y decida si el inculpado ha de quedar formalmente preso o debe ser puesto en libertad por falta de méritos o dicho con más propiedad, por falta de elementos para procesar lo.

El primer párrafo del artículo 19 Constitucional manda que -- ninguna detención (inferimos que se trata de privación judicialmente ordenada o admitida y no privación de libertad por parte de autoridad administrativa o policiaca) exceda del plazo de tres días sino se justifica con un auto de formal prisión.

Acertado a nuestro paracer, el tratadista Arilla Bas expresa que "...siendo la detención un acto jurisdiccional, el simple ejercicio de la acción penal con detenido no obliga al juez a tomar la declaración preparatoria al detenido y a resolver sobre los extremos del artículo 19 Constitucional, pensamos por el contrario cñen donos a la ortodoxia constitucional, que aquel debe resolver antes sobre los extremos del artículo 16 Constitucional." (92)

Es sabido que el artículo 16 Constitucional establece el principio general de que solo la autoridad judicial puede librar un orden de aprehensión o detención, pero existen dos casos de excepción, estos casos dan lugar a la consignación con detenido.

La función investigadora exige del Ministerio Público y la policía judicial preparar debidamente la consignación judicial de una persona, pero fuera de los casos de excepción del artículo 16 Constitucional, a dicha institución social no le está permitido restringir ni afectar la libertad de persona alguna aún cuando se trate del presunto responsable.

"De ahí que la práctica de formular una consignación ante la autoridad judicial con detenido sea una corruptela contraria a los principios constitucionales enunciados, y sobre todo al que preconiza que la detención o la aprehensión únicamente debe provenir de dicha autoridad" (93)

Sin embargo en la realidad esta es una práctica cotidiana y generalmente aceptada. Pero esta situación como un mal necesario para evitar mayores males, tendrá que ser meramente provisional y solo tolerable con la seguridad de reducirse a un mínimo lapso más allá del cual no se podrá extender, a menos que las investigaciones hayan con firmado las primeras presunciones con motivos de más peso y gravedad en cuyo caso deberán justificarse esos motivos y decretarse expresamente la continuación del encarcelamiento por tiempo en adelante indeterminado.

Tal es el sistema de la ley conforme al cual todo aseguramiento de una persona debe comenzar por su aprehensión y detención y ser inmediatamente seguido de su consignación al juez sin que pueda durar desde que esa consignación se comunica más de 72 horas, cumplidas las cuales si no se llenan determinados méritos y nuevas formas-



precisas, el detenido debe ser puesto en libertad por el propio juez y aún subsidiariamente por los alcaldes y carceleros bajo su estrecha responsabilidad. (94)

---

94. Cfr. ACERO, JULIO Ob. cit. pág. 133

## 2. CONSIGNACION SIN DETENIDO.

Las investigaciones practicadas por el Ministerio Público durante la averiguación previa pueden llevarlo a alguna de las siguientes situaciones; a) Que de las averiguaciones realizadas estime comprobadas la existencia de un delito sancionado con pena corporal y la responsabilidad de un sujeto que no se encuentra detenido; y b) Que de las averiguaciones llevadas a cabo, estime comprobada la existencia de un delito que no merece pena corporal y la responsabilidad de un sujeto que no está detenido.

En estos casos al ejercitar la acción penal el Ministerio Público solicita al juez dicte orden de aprehensión o de comparecencia respectivamente a efecto de contar con la presencia del inculpado durante el proceso que se siga en su contra y también, en el primer caso, para garantizar la ejecución de la sentencia, como ya lo hemos expresado.

La detención y la prisión preventiva deben ser, en la generalidad de los casos, resultado de actos jurisdiccionales: el auto de detención y el de formal prisión.

En caso de delito no flagrante, la aprehensión requiere previo auto de detención. Por regla general este auto solamente puede ser dictado por la autoridad judicial a solicitud del Ministerio Público previa comprobación de los elementos exigidos por el artículo 16 Constitucional, es decir, "que preceda denuncia, acusación o que relle de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y que estén apoyadas aquéllas por declaración bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado."

Si el Ministerio Público consigna sin detenido pero pide la detención o comparecencia del sujeto pasivo de la acción penal, el juez decidirá, para concederlas o negarlas en sus respectivos casos si la consignación reúne o no los requisitos del artículo 16 Constitucional.

Del análisis de los artículos 16 y 21 Constitucionales se patentiza la vinculación lógico-normativa, destacando que para afectar válidamente la libertad personal se deben seguir los siguientes pasos: a) formulación ante el Ministerio Público de una denuncia, acusación o querrela sobre un hecho que configure un delito castigable con pena corporal; b) la aportación o allegamiento de los elementos o datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado; c) la consignación de las diligencias correspondientes a la autoridad judicial con pertinencia de orden de aprehensión (ejercicio de la acción penal); d) libramiento de esta orden por dicha autoridad; y e) ejecución de la misma por la policía judicial.

De lo anterior se derivan los siguientes principios: a) solo la autoridad judicial puede ordenar la detención o aprehensión de un sujeto, es decir, ningún otro órgano del Estado puede mandar detener o aprehender a persona alguna; b) únicamente el Ministerio Público y la Policía Judicial que de él depende, pueden perseguir los delitos, o sea, desplegar la función investigadora de éstos y de sus autores tendiente a determinar la probable responsabilidad del inculcado en que necesariamente debe basarse la orden judicial de aprehensión o detención; c) el acto consignativo ante los tribunales, en que se ejercita la acción penal contra una persona, nada más incumbe al Ministerio Público, sin que éste pueda, motu proprio, detener o apre-

hender a nadie. (95)

La consignación sin detenido establece la situación en la que el juez debiera dictar una orden a fin de contar con la presencia -- del inculcado, esa orden, como ya hemos mencionado, puede ser aprehensión o presentación y de su estudio particular nos ocuparemos en seguida.

a) ORDEN DE APREHENSION.

El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público sin contar con la presencia del inculcado, es decir sin encontrarse detenido el mismo, obligan a aquel a solicitar de la autoridad judicial la orden de aprehensión. La orden de aprehensión consiste en el mandato que el juez da para privar de la libertad a un individuo.

Frete a la actividad del Ministerio Público solicitando la orden de aprehensión tenemos la actuación de la autoridad judicial negándose o accediendo a la petición. De la autoridad judicial diremos que es aquel órgano estatal que forma parte del poder judicial ya sea del orden local o federal y del que habla, precisamente, la parte inicial del artículo 21 de la Constitución Federal.

La autoridad judicial solo debe dictar orden de aprehensión cuando estén reunidos los siguientes requisitos:

1.- Que exista una denuncia o una querrela. Debe haber una relación, ante el órgano investigador, de hechos que se suponen delictuosos. Esto es, la autoridad judicial nunca debe proceder de oficio, si no que debe existir previamente la denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado.

2.- La denuncia o querrela se debe referir a un delito sancionado con pena corporal, es decir, el contenido de aquellas debe ser un hecho delictivo, un hecho que la ley repunte como delito, obligando al órgano jurisdiccional a una apreciación consistente en determinar si ese hecho constituye o no un delito. No entraña, esta apre

ciación, al juzgar si está o no comprobado el cuerpo del delito.

Se ha dicho que para dictar un mandamiento de detención se requiere que el cuerpo del delito esté comprobado.<sup>(96)</sup> El artículo 16 constitucional no exige que se satisfaga este requisito y en varias ocasiones la Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha sostenido. (Jurisprudencia 205, Quinta Parte, pag. 430, Primera Sala, Segunda Parte, Apéndice 1917-1975. Apéndice al Tomo CXVIII del Semanario Judicial de la Federación, Tesis 720 y Tesis 195 de la Compilación 1917-1965).

Por tanto, el Ministerio Público que solicita del juez, al -- ejercer ante él la acción penal, la orden de aprehensión contra un sujeto, no está obligado para ello a comprobar el cuerpo del delito el cual está integrado por los elementos materiales del hecho delictivo, de acuerdo a los artículos 115, 116, 117 y 122 del Código de -- Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Sin embargo, cuando se trata de cumplimentar un exhorto librado por la autoridad judicial de una entidad federativa distinta a la en que se encuentra el juez exhortado, la Ley Reglamentaria del Artículo 119 Constitucional que rige esta materia y que es aplicable, establece, entre otros requisitos, para que el exhorto se cumplimente, que el cuerpo del delito haya quedado plenamente comprobado.

Determinada por el juez la calidad delictuosa del acto, se necesita, para librar la orden de aprehensión, que el hecho esté san--

96. Ver Comentarios al Decreto de Reformas al CPEDF de Marcos Castellanos E. en la Reforma Jurídica de 1983 en la Administración de Justicia. PGR, 1984. Dirección General de Comunicación Social de la PGR. Talleres Gráficos de la Nación. México, 1984, pág. 709.

cionado con pena corporal, así lo determina el artículo 16 Constitucional en concordancia con el 18 de la misma ley, que establece que sólo habrá lugar a prisión preventiva por delito que merezca pena corporal, esto en los términos que establezcan las normas penales generales o especiales de que se trate. (Nos adherimos a la opinión de el maestro Rivera Silva cuando señala que la expresión "pena corporal" no es correcta debiendo utilizarse en su lugar la de "pena privativa de libertad". (97). El término "pena corporal", pensamos, sugiere un sufrimiento físico, pero no es ese su significado toda vez que nuestra Constitución prohíbe el castigo físico. Nuestras leyes utilizan el término aludido como equivalente a pena privativa de libertad).

En relación a la situación anterior, donde se tienen comprobadas la existencia de un delito sancionado con pena corporal y la responsabilidad de un sujeto sin que éste se encuentre detenido, es necesario comentar lo establecido por el artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales y el 271 del correspondiente al Distrito Federal, en virtud de los cuales, en los casos que se contemplan expresamente, si el inculpado garantiza mediante caución suficiente que fije el Ministerio Público no sustraerse de la acción de la justicia, así como el pago de la reparación del daño y perjuicios, se deja en libertad a la persona, consignándosele al juez sin solicitar orden de aprehensión. El juez ante la actividad del Ministerio Público ordena la presentación y si el inculpado no obedece el mandamiento, se decreta su aprehensión.

3.- Que la denuncia o querrela esté apoyada por declaración ba

jo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado. Para que proceda la orden de -aprehensión, además de la denuncia o querella, se necesita cuando menos, la declaración de un tercero que la apoye, debiendo provenir de persona digna de fe y que la rinda bajo protesta de decir la verdad.

En ausencia de la declaración de persona digna de fe, es suficiente, para llenar los requisitos necesarios para la orden de aprehensión, que haya, conforme lo expresa la ley, datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado. "La simple denuncia o querella sin apoyo en otra prueba es, como dice la doctrina italiana, simple-enunciación de un delito que por sí sola nada acredita y que en el -caso en estudio es insuficiente para la orden de aprehensión." (98).

4.- Que sea solicitada por el Ministerio Público. Las ordenes de aprehensión deben ser solicitadas por el Ministerio Público y el juez no puede decretar una orden de tal calidad sin dicha solicitud.

En el artículo 102 de nuestra Carta Magna se establece, con toda precisión, que corresponde al Ministerio Público Federal, en los delitos de carácter federal, solicitar las ordenes de aprehensión -contra los inculpados. Por su parte, el artículo 132 del Código del Distrito y el 195 del Código Federal señalan que para que un juez -pueda librar una orden de aprehensión, se requiere que lo solicite -el Ministerio Público.

Una excepción al principio anterior lo constituye lo establecido por el artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual autoriza al juez, en el caso previsto por el dispositivo, a



ordenar la aprehensión del sujeto que no comparezca a la primera cita que el juez libre.

El maestro Rivera Silva estima que, en los casos previstos por el mencionado artículo 135 del Código Federal y el 271 del Código - del Distrito Federal, se vulneran los principios establecidos para decretar una orden de aprehensión, pues aún en el supuesto de que el juez para acatar lo preceptuado en los artículos 132 del Código del Distrito y 195 del Código Federal en sus respectivos casos, mande dar vista al Ministerio Público para que éste haga la solicitud requerida, faltaría la denuncia apoyada por persona digna de fe, o datos que hagan probable la responsabilidad de un sujeto respecto de un delito sancionado con pena corporal. (99)

El Código Federal en su artículo 195 indica que, estando reunidos los requisitos del artículo 16 Constitucional, el tribunal librará orden de aprehensión contra el inculcado, a pedimento del Ministerio Público. Tal resolución contendrá una relación sucinta de los hechos, sus fundamentos legales y la clasificación provisional de su carácter delictivo, transcribiéndose al Ministerio Público para que ordene a la policía su ejecución.

Para librar orden de aprehensión, establece el artículo 132 - del Distrito, es menester que el Ministerio Público la haya solicitado y que se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 16 - Constitucional, el 133 agrega que dicha orden se entregará al Ministerio Público, y el 134 ordena que, al llevarse a cabo la aprehensión ordenada judicialmente, quien la hubiere ejecutado estará obli-

---

99. Cfr. RIVERA SILVA, MANUEL. Ob cit. pág. 151.

gado a poner al aprehendido, sin demora, a disposición del tribunal respectivo, informando de la fecha, hora y lugar en que se efectuó y haciendo del conocimiento del aprehendido de su derecho a nombrar de defensor. Cumpliendo con los requisitos anteriores se puede determinar si se acata lo dispuesto en el artículo 107 fracción XVIII párrafos tercero y cuarto de la Constitución, porque de excederse se comete - el delito contra la administración de justicia, previsto en la fracción XX del artículo 225 del Código Penal.

El artículo 134 bis distrital continúa dando reglas referentes al lugar de detención especificando que habrán salas de espera, así como áreas de seguridad, funcionarán aparatos telefónicos para evitar la incomunicación de los detenidos, y a los mismos se les nombra rá abogado defensor de oficio si es que no lo hacen ellos mismos.

Para la aprehensión de funcionarios federales o locales, precisa el artículo 134.2, se procederá conforme a lo dispuesto por la - Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y las le yes orgánicas y reglamentarias respectivas, pudiendose, sin embargo, adoptar las medidas necesarias para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia.

Por su parte el Código Federal, a partir del artículo 196 continúa al 205 dando reglas especiales sobre el cumplimiento de esta - orden de aprehensión. Si se trata de alguien cuyo paradero se ignore así se comunicará al Ministerio Público adscrito, para que lo informe a la Procuraduría General, a fin de que la policía o sus auxiliares aprehendan a la persona poniendola a disposición de quien libró la orden. El aprehendido debe ser puesto a disposición del tribunal sin demora alguna, informandole de la fecha, hora y lugar de ejecu -

ción y dando a conocer al aprehendido de su derecho a nombrar defensor; si se trata de miembros de la policía o del ejército detenidos o sujetos a prisión preventiva, deberán sufrirla en prisiones especiales si existieren, pero no serán consideradas como tales los cuarteles u oficinas.

No impedirá el dictado de la orden el que esté pendiente una apelación contra resolución anterior que la hubiera negado. Si ulteriormente resultare que ya no es procedente la orden o que debe reclassificarse la conducta que la motivó y no ha sido ejecutada, previa autorización del Procurador o Subprocurador, el Ministerio Público pedirá su cancelación o la reclasificación que corresponda, el juez resolverá de plano, sin perjuicio de que posteriormente vuelva a solicitarse la orden si procediere.

Al efectuar la aprehensión de persona que maneje fondos públicos, se procurará que el servicio no sea interrumpido y se haga entrega de los valores, documentos y fondos en poder del inculcado tomándose las medidas pertinentes a fin de evitar se sustraiga a la acción de la justicia. Si el aprehendido es un empleado o funcionario público, se hará la comunicación correspondiente al superior jerárquico, si el empleado oficial o el particular están trabajando en un servicio público, se procurará que el servicio no se interrumpa y se evitará que el inculcado se fugue mientras llega su relevo.

Tratándose de funcionarios federales o locales será aplicable la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y las leyes orgánicas y reglamentarias respectivas, evitando, mediante las medidas conducentes, que el inculcado se evada a la autoridad.

Finalmente, cuando no proceda la prisión preventiva por la na-

turalza del delito o de la pena aplicable y exista la posibilidad de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia, a petición del Ministerio Público o de oficio podrá el juez disponer el arraigo del imputado previa audiencia del mismo, no pudiendo exceder se de los máximos señalados.

b) ORDEN DE REAPREHENSION.

Al lado de la Orden de Aprehensión tenemos la que se ha denominado Orden de Reaprehensión que, en esencia, contiene los mismos lineamientos que la primera, con cierta particularidad respecto al momento y circunstancias de procedencia y ejecución que establece la distinción entre ambas.

Si a una persona se le ha privado de su libertad y con posterioridad la autoridad determina que no se han cumplido con los requisitos y las formas que la ley señala para hacer de aquella una privación de libertad legal, el detenido debe ser puesto en libertad.

Sin embargo, si realizadas nuevas investigaciones y recabadas nuevas pruebas en contra del inculpado se concluye que ahora sí procede la detención, se le manda reaprehender; esto en virtud de que las providencias de instrucción y éstas en particular son transitorias y revocables; en realidad el individuo libertado en esa forma no ha sido definitivamente absuelto porque no se le ha juzgado, nada se ha decidido en el fondo sobre su culpabilidad o inculpabilidad, sino sobre la legalidad o ilegalidad actual de su aseguramiento.

El artículo 302 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal establece que se pondrá en libertad a un detenido con fundamento en la falta de pruebas relativas a la existencia del cuerpo del delito o a su presunta responsabilidad, pero esto no impedirá

que posteriormente y en base a nuevos datos se proceda en contra del indiciado.

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales en su numeral 167 señala que cuando no se hayan reunido dentro del término legal los requisitos necesarios para dictar la formal prisión o la sujeción a proceso deberá dictarse auto de libertad por falta de elementos para procesar, o de no sujeción a proceso, sin perjuicio de que con datos posteriores se proceda nuevamente en contra del inculpado.

o) ORDEN DE COMPARECENCIA.

Ahora bien, frente a la Orden de Aprehensión encontramos la Orden de Comparecencia. Cuando de las averiguaciones realizadas por el órgano investigador resulta comprobada la existencia de un delito -- que no merece pena corporal y la presunta responsabilidad de una persona, el Ministerio Público debe ejercitar la acción penal sin solicitar orden de aprehensión, pues como ya hemos mencionado si el delito tiene señalada pena no corporal, no habrá lugar a privar la libertad y por tanto, no procede orden de aprehensión y, si la pena señalada es alternativa, sólo hasta la sentencia se podría saber si el delito merece pena corporal, en un caso como este la orden de aprehensión que se dictára, sería violatoria del artículo 16 Constitucional.

En consecuencia, es procedente la orden de comparecencia regulada en el artículo 133 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal que refiere que, tratándose de delito no intencional o culposo y siempre que el Ministerio Público disponga la libertad del inculpado de acuerdo al artículo 271 párrafo tercero y en aquellos -

delitos que merezcan pena alternativa o no privativa de libertad a -  
pedimento del propio Ministerio Público, se librará orden de comparencia  
en contra del inculpado para que rinda su declaración preparator  
toría.

A su vez el artículo 157 del Código Federal de Procedimientos  
Penales señala lo propio en términos similares a los expresados por  
el Código del Distrito Federal.

## CAPITULO V

### LA DETENCION ILEGAL

#### 1. LA DETENCION ILEGAL Y SU PROBLEMATICA

La enorme problemática que plantea la figura denominada detención ilegal y las complejas implicaciones teóricas y prácticas que contiene, se deben principalmente a la extensa variedad de casos en donde puede hablarse de detención ilegal, por ese motivo y en virtud de que nuestro trabajo está dedicado al estudio de la figura de la detención que puede llamarse legal, en este capítulo solo habremos de referirnos a su aspecto negativo, limitándonos a contemplar la posibilidad de la existencia de una detención donde no se cumple con las exigencias de la ley, ya que, estamos concientes de que una revisión a fondo o un análisis exhaustivo rebasaría con mucho los límites de este modesto trabajo.

Conforme a lo anterior, señalaremos que la privación de la libertad personal se considera un derecho atribuido al Estado como un medio de reacción contra los que ofenden o alteran la disciplina social, pero esa detención no siempre va acompañada de las condiciones de fondo y las formalidades que expresamente señalan las leyes, cuando este sucede la detención pierde su carácter legal, es decir, no se apega fielmente a los mandatos legales por lo que se convierte en ilegal.

En su oportunidad abordamos la controversia referente a la justificación o necesidad de la medida privativa de libertad, ya hemos visto que en esa cuestión se plantea un conflicto donde convergen intereses legítimos opuestos, por un lado la libertad individual del ser humano y por otro el interés del Estado en la prevención del crimen y la persecución de la delincuencia y en estos tér-

minos, como ya hemos visto, se invocan conceptos de justicia, equidad, justificación, necesidad, etc.

Tampoco ahondaremos en la cuestión relativa a la acertada o no apreciación concreta del legislador sobre la figura en estudio - la que en ocasiones da como resultado una deficiente legislación y, consecuentemente, una peor aplicación práctica del régimen de detención.

Aludiremos en cambio a los abusos y deformaciones de esa aplicación práctica partiendo de la premisa de un régimen legal establecido y aceptado o en otras palabras, conforme a un derecho positivo vigente.

A este respecto, es evidente que la especificación que la ley hace de las condiciones de fondo y la observancia de ciertas formalidades para poder decretar la detención preventiva son medios encaminados a limitar la aplicación de esta medida a los casos estrictamente necesarios y justificados y de esta manera evitar los abusos.

Se pretende que dicha especificación de causas y tal exigencia de formalidades faciliten la verificación de lo bien o mal fundado de la privación de la libertad de una persona, es decir, el control tanto de la legalidad de la aplicación de la detención, como de la oportunidad o necesidad del mantenimiento de esta medida. (100).

La libertad personal puede ser objeto de ataques muy diversos en cantidad y calidad. Desde supuestos de privación permanente, hasta otros de simple restricción momentánea, la gama de hechos atenta



torios a la libertad de movimientos es amplísima. (101).

A la luz de las codificaciones penales es necesario distinguir entre el ataque a la libertad personal perpetrado por órganos del Estado, llamense autoridad, funcionarios, servidores públicos, etc. a los provenientes de particulares.

Vives Antón distingue las detenciones por parte de particulares de las que realizan los funcionarios públicos; lo que para el primer caso Jellinek hubiera llamado "la asunción privada de una función pública", pero concluye que, sea un particular, sea un funcionario público quien "detenga", la libertad de movimientos (truncada -- por la detención) es materialmente la misma. Pero no por eso hay que concluir que ambos tipos de detención sean idénticos. (102).

La detención ilegal por particulares consiste en la privación ilegal de la libertad de deambulación mediante el encierro o sujeción material de la víctima por persona no investida de autoridad, lo que conforma un tipo de delito que comúnmente se le denomina privación ilegal de la libertad; si es la autoridad la que ilegalmente priva a un sujeto de su libertad, el tipo varía, debiéndose estimar el caso como delito cometido por servidores públicos, especialmente en lo que a abuso de autoridad se refiere. (103).

El delito de detención ilegal, dice el Diccionario de Derecho

101. Cfr. VIVES ANTON, TOMAS Y GIMENO SENDRA, JOSE. La Detención. De detenciones Ilegales. La Detención Gubernativa y la Detención Judicial. Edit. Bosch. Barcelona. 1977. pág. 13.

102. Cfr. FAIREN GILLEN, VICTOR. Prólogo a la Detención. Ob cit: pág. 8

103. Cfr. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Código Penal Comentado. 7a. edición. Edit. Porrúa. México. 1985 pág. 452.

Usual, es aquél en que incurre el funcionario público cuando procede a la detención de un ciudadano sin deberse a razón de delito, sospecha del mismo u otra circunstancia expresamente prevista en los códigos procesales y legislación complementaria. En otra modalidad, dilación al liberar a un preso o detenido cuando exista mandamiento judicial para ponerlo en libertad. Así mismo, retraso injustificado de entregar a la autoridad judicial al ciudadano detenido por razón de delito. (104).

Ahora bien, nos parece conveniente señalar que la frecuente - discrepancia entre norma y realidad está determinada mayormente por la participación del Estado, es decir, por sus autoridades quienes - ordenan, ejecutan, aprueban o toleran los abusos a particulares. A través de su detención el individuo se encuentra a merced de las autoridades. (105).

Y si bien, en ambos tipos delictivos -detención ilegal por parte de particulares y por parte de autoridad- el bien jurídico protegido es el mismo: la libertad personal, parece explicable, según expresa Vives Antón, "la separación donde las detenciones ilegales cometidas por particulares representan una violación al pacto social - (contrato social) y las cometidas por funcionario público, un atentado al pacto gubernamental (materializado por la Constitución)".(106)

Así, es importante analizar si en estos delitos se lesionan -- otros bienes jurídicos, pues, señala Vives Antón, mientras en la detención ilegal por particulares se lesiona la libertad individual, -

104. Diccionario de Derecho Usual. Ob cit. pág. 223.

105. Cfr. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JESUS. Ob cit. pág. 6.

106. VIVES ANTON, TOMAS. Ob cit. pág. 21.

en la practicada dentro del ámbito de la función pública resultan - comprometidos otros intereses. La precisa y delicada distribución de competencias y atribuciones entre los diferentes órganos del Estado, constituyen un presupuesto indispensable para el normal funcionamiento de la vida política. La detención ilegal del funcionario puede - trastocar ese funcionamiento normal y constituye a la vez un atentado contra la libertad individual y un peligro para el Estado, un menoscabo de su seguridad interior. (107).

Y aunque cualquier delito, sin importar de quien provenga, lesiona el interés de la sociedad, resulta cierto que cuando estos provienen de un órgano del Estado se estiman doblemente graves pues se lesiona, además, la confianza del gobernado en sus autoridades.

Finalmente, conviene señalar que la libertad personal, física o de movimientos, es fundamento de otras libertades o mejor dicho de otras facetas de la libertad integral, así por ejemplo, libertad de expresión, profesión, prensa, etc., una serie de derechos y libertades concebidas como garantías del gobernado ante el poder público - que expresan más claramente la idea de gravedad de una detención ilegal por parte de autoridad.

## 2. DETENCION ILEGAL. REGULACION PENAL.

En el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, el delito de detención ilegal se encuentra previsto en los artículos: 215 fracción VI y VII; 225 fracciones IX, X, XI, XIV, XVI y XX; 364 fracción I y 366.

Atendiendo a la separación que apuntábamos en el punto anterior entre la detención ilegal por parte de autoridad y detención ilegal proveniente de particular, a la primera la encontramos en los artículos: 215 fracción VI y VII y 225 fracciones IX, X, XI, XIV, XVI y XX, mismos que a continuación mencionamos:

En el Libro Segundo, Título Décimo referente a los Delitos cometidos por Servidores Públicos, en su Capítulo III denominado Abuso de Autoridad está contenido el artículo 215 que textualmente expresa:

Art. 215.- Cometén el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes:

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 rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos, 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 li-

bertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones.

Por su parte el artículo 225 que pertenece al Título Décimo - primero de los Delitos cometidos por la Administración de Justicia en su Capítulo I llamado Delitos cometidos por los servidores públicos establece:

Art. 225.- Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:

IX. Abstenerse injustificadamente de hacer la consignación que corresponda con arreglo a la ley, de una persona que se encuentre detenida a su disposición como presunto responsable de algún delito;

X. Ordenar la aprehensión de un individuo por delito que no amerite pena privativa de libertad, o sin que preceda denuncia, acusación o querrela;

XI. No otorgar, cuando se solicite, la libertad caucional, si procede legalmente;

XIV. Prolongar la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motive el proceso;

XVI. Demorar injustificadamente el cumplimiento de las providencias judiciales, en las que se ordene poner en libertad a un detenido;

XX. Realizar la aprehensión sin poner al detenido a disposición del juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes a ésta, según lo dispuesto por el artículo 107 fracción XVIII, párrafo tercero, de la Constitución, salvo lo dispuesto en el párrafo cuarto de la propia fracción ya aludida;

Por otro lado la detención ilegal por parte de particular se encuentra regulada en los artículos 364 fracción I y 366 que forman

parte del Título Vigésimoprimeró denominado Privación de la Libertad y de otras Garantías y rezan lo 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.

Y Art. 366.- Se impondrá pena de seis a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos días 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 aquella;

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 un daño, sea a aquella o a terceros, si la autoridad no realiza o deja de 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.

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 san --

ción correspondiente a la privación ilegal de la libertad de acuerdo con el artículo 364.

En caso de que el secuestrado sea privado de la vida, por su o sus secuestradores, la pena será hasta de cincuenta años de prisión.

## CONCLUSIONES.

Se ha afirmado que la detención es un mal necesario. En efecto, en las sociedades actuales la detención, aunque drástica, es una medida de aplicación necesaria e ineludible, a pesar de la opinión de sus críticos detractores. La evolución de la humanidad indica siempre la existencia de una parte negativa de la misma, una parte innoble que de continuo altera el orden establecido atacando al hombre individualmente o agrupado, es decir, en sociedad y es donde se hace necesaria la adopción de medidas drásticas.

El criterio que postula que la detención sólo debe aplicarse post-judicium, es decir, mediando condena definitiva y certidumbre de culpabilidad del procesado es, como dice la doctrina, un voto filantrópico de nula efectividad en la realidad cotidiana. La posibilidad de una detención obedece básicamente a un principio de subordinación del interés individual al interés general. Se trata, así mismo, de una medida de incuestionable efectividad pero sin duda rigorista, ya que su aplicación puede abarcar tanto a culpables como a inocentes.

Se dice que la detención es una injusticia tolerada, y dada su gravedad debe tratar de evitarse fuera de los casos estrictamente necesarios. De ahí que en nuestra Ley Suprema se encuentren establecidas las condiciones ineludibles para el respeto, eficacia y exigibilidad de las normas protectoras de la potestad libertaria del hombre, atributo esencial de su naturaleza, y donde el Estado a través de sus autoridades asume la obligación correlativa sujetándose a las formas procesales preestablecidas.

A la detención se le puede considerar un género que cuenta -



con diversas especies, o en otras palabras, dentro del término genérico detención se pueden enmarcar diversas situaciones como la - prisión, retención, reclusión, arresto, custodia, encarcelación, - etc. Podríamos decir entonces, que existe una detención en sentido amplio y una detención en sentido estricto. La detención en sentido amplio abarcaría términos familiares para nosotros como: detención (en sentido estricto), aprehensión, arresto y prisión preventiva; sin perjuicio, no obstante, de expresar que se tratan todas ellas de una misma cosa con denominación diversa.

La gran variedad de términos utilizados en forma anárquica e indiscriminada tanto por la literatura especializada como por la - legislación nacional e internacional para referirse a la detención preventiva contribuye, desde luego, a acrecentar la confusión en - la práctica cotidiana.

La doctrina ha querido establecer un criterio donde se denomine aprehensión a la derivada de las ordenes judiciales; y detención a las efectuadas por la policía judicial, otras autoridades o particulares en los delitos flagrantes.

Por nuestra parte hemos establecido que la detención es el - estado de privación de libertad que guarda una persona y que abarca desde la inicial aprehensión o detención en sentido estricto - hasta el dictado de la pena de prisión o la puesta en libertad.

No se puede hablar de equivalencia de la detención con otras instituciones como la prisión preventiva si se considera a la primera como sinónimo de aprehensión.

Dentro del procedimiento, técnicamente se inicia la detención preventiva a partir del momento en que una persona es aprehenu

dida en cualquiera de las tres hipótesis contempladas por el artículo 16 constitucional, a saber, orden de aprehensión, flagrancia y casos urgentes. Siendo básicamente la misma detención preventiva comprendería ésta tres periodos a través del procedimiento penal: el primero empezaría con la aprehensión en cualquiera de las tres hipótesis indicadas, hasta la puesta de la persona aprehendida a disposición de la autoridad judicial; el segundo período correría a partir del momento en que la autoridad judicial tiene a su disposición a la persona aprehendida, hasta el auto de formal prisión o el de libertad por falta de meritos; y el tercero, que iría desde que se dicta el auto de formal prisión hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

Resultaría erróneo diferenciar detención de prisión preventiva pues la misma Constitución establece que para que una detención que excede de tres días pueda justificarse, es decir, confirmarse y convalidarse, y consecuentemente, no concluir y prolongarse, se requiere la existencia del auto de formal prisión, en tal virtud, independientemente de la forma en que se designe a la detención posterior al mencionado auto, dicha medida significa, antes y después del auto, una sola y misma cosa, o sea, la privación de libertad del presunto responsable.

En otro orden de ideas, respecto a la aplicación de la detención, el artículo 16 constitucional establece el principio general de que sólo la autoridad judicial puede librar una orden de aprehensión o detención, admitiendo dos excepciones para los casos de delitos flagrantes y casos urgentes.

En los casos de delito flagrante cualquiera persona, tratase

de un particular o un funcionario, puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, con la obligación de ponerlos, sin demora, a disposición de la autoridad inmediata la cual debe ser, por virtud de sus funciones, el Ministerio Público, quien deberá hacer la consignación judicial respectiva, poniendo al detenido o detenidos a disposición de la autoridad judicial inmediatamente, teniendo, en consecuencia, el impedimento de retener en su poder a los aprehendidos.

En los casos urgentes, faltando autoridad judicial en el lugar y tratándose de delitos perseguibles de oficio, puede la autoridad administrativa decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial; si la autoridad administrativa aprehensora no es el Ministerio Público no debe consignar al acusado a un juez, sino deberá remitirlo al propio Ministerio Público, y si la autoridad aprehensora es el Ministerio Público deberá éste, tan pronto se lo permita la integración de la averiguación previa, hacer la consignación a la autoridad judicial, con el mencionado impedimento de retención de los detenidos.

En la práctica se registra con frecuencia que, sin existir orden judicial, se priva a una persona de su libertad no sólo por funcionarios del Ministerio Público sino incluso por otras autoridades administrativas cuando éstas, por sí y para sí, estiman que están frente a un caso urgente y proceden a la captura de la persona que en su concepto es autora de un delito perseguible de oficio, amparándose para tal efecto en la ambigüedad de la ley relativa.

El primer párrafo del artículo 19 constitucional ordena que ninguna detención exceda del plazo de tres días sin que se justifique con el auto de formal prisión que es debido. La idea es impedir

la prolongación de la privación de la libertad de un indiciado más allá de un tiempo fijado en tres días; es plausible la intención, solo que, en el contexto actual, esta medida está restringida a los casos de privación de libertad judicialmente ordenada, dejando fuera a los muchos y variados casos que se presentan en la práctica que difieren de aquellos, baste referirnos a las detenciones policíacas y de parte de autoridades administrativas.

Por su parte, el artículo 16 constitucional, al imponer a la autoridad administrativa aprehensora la obligación de poner al detenido a disposición de la autoridad judicial "inmediatamente", no está contemplando término o plazo alguno. La finalidad del precepto es impedir que una autoridad no judicial retenga en su poder a un detenido, pues lo colocaría en una situación jurídica indefinida atentando contra sus derechos. Sin embargo, en el ámbito jurídico actual, se ha dado por sentado que la inmediatez a que alude dicho precepto, debe traducirse en un plazo de 24 horas previsto en la fracción XVIII del artículo 107 constitucional. En otras palabras, la autoridad administrativa que detiene a una persona dispone de 24 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, en consecuencia, la consignación no es inmediata como lo expresa el 16 constitucional.

No obstante, es justo mencionar que, en aquella situación en donde el Ministerio Público procede a la captura de una persona sin orden judicial, dicha institución estaría imposibilitada para investigar adecuadamente el delito y comprobar la presunta responsabilidad del autor, si estuviese obligada a poner inmediatamente al detenido a disposición de la autoridad judicial. En este sentido, nos parece acertada la propuesta doctrinaria que contempla la

posibilidad de dotar al Ministerio Público de la facultad de ordenar aprehensiones, pues resulta incongruente que, para poder contar con el aseguramiento del inculpado (orden de aprehensión dictada por el juez de la causa), tenga que perfeccionar una consignación, con las consiguientes dificultades de no tener a su disposición al sospechoso a efecto de obtener confesión u otras probanzas.

Pues toda vez que, en la práctica, es común la detención de acusados durante la etapa de la averiguación previa, efectuada por la policía judicial con el acuerdo o la tolerancia del Ministerio Público, al amparo de una supuesta urgencia, lo que se procuraría sería darle legalidad a esos actos y ya que la institución del Ministerio Público es firme y sólida, puede hacerse responsable del buen uso de esa facultad, como en la actualidad se supone lo es la autoridad judicial; se trataría, como propone la doctrina, de una captura por breve tiempo, determinada por la ley, rodeada de garantías (a semejanza de la facultad del juez al respecto), sujeta a confirmación de la autoridad judicial, sólo en supuestos en donde el tiempo normal del procedimiento hicieran posible el riesgo de evasión de la justicia del indiciado, con la obligación del Ministerio Público de consignar al detenido al juez en un plazo de 24 horas, etc. Sin duda alguna la inmediatez del accionar del Ministerio Público redundaría en una mayor efectividad en la procuración de justicia.

Finalmente, refiriendonos a una situación muy común en la práctica cotidiana que es la llamada "consignación con detenido", podemos hacer algunos comentarios frente a las opiniones de la doctrina en relación a la cuestión de diferenciar la detención material o real de un sujeto con la detención teórica. Fenach opina que

la detención tiene por fin poner a la persona inculpada a disposición del juez en la expectativa de su posible prisión provisional; siendo esta definición, en términos más o menos parecidos, aceptada por la doctrina. Por nuestra parte opinamos que si la detención la efectúa el binomio Ministerio Público-policía judicial en una su -- puesta urgencia tiene entonces, por finalidad, hacer una consigna -- ción poniendo al inculcado a disposición del juez en el mismo acto. García Ramírez opina que detención y prisión preventiva tienen la misma esencia, y sólo difieren en cuestión de grado, siendo la preventiva más intensa y duradera que la detención; Carrancá y Trujillo y Burgoa suponen a la detención y la prisión preventiva como -- una misma cosa, solo dividida en dos períodos. Técnicamente lo son si atendemos a sus fines de privación provisional de libertad del -- inculcado a efecto de asegurar la ejecución de la sentencia, pero -- teóricamente difieren y en la práctica difieren aún más. Gonzalez -- Bustamante hace derivar la detención sólo de la orden de aprehen -- sión, esto es, no contempla la detención que efectúa el Ministerio Público, o no le considera como detención legalmente determinada. Piña y Palacios la desprende del momento de la consignación y ca -- bría preguntarse que estado jurídico guarda una persona privada de su libertad antes de la consignación. Rivera Silva la asocia al me -- ro depósito en un establecimiento carcelario para impedir la eva -- sión del detenido. También cabría cuestionar que pasa con los dete -- nidos en delegaciones o agencias del Ministerio Público, quizá no -- lo contempla por considerar que esos detenidos lo están en forma -- ilegal. En general, la doctrina tiende a ignorar ese tipo de deten -- ciones que en la realidad suceden y pueden o no considerarse lega -- les.

## BIBLIOGRAFIA

- ACERO, JULIO. Procedimiento Penal. 7a. edición. Editorial Cajica S. A. Puebla, México. 1976.
- ARILLA BAS, FERNANDO. El Procedimiento Penal en México. 7a. edición Editorial Editores Mexicanos Unidos S. A. México. 1978
- BORJA OSORNO, GUILLERMO. Derecho Procesal Penal. Editorial Cajica S A. Puebla, México. 1985.
- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO. El Enjuiciamiento Penal Mexicano. 2a. edición. Editorial Trillas. México. 1982.
- BURGOA, IGNACIO. Derecho Constitucional Mexicano. 5a. edición. Editorial Porrúa. México. 1984.
- BURGOA, IGNACIO. Las Garantías Individuales. 16a. edición. Editorial Porrúa. México. 1982.
- CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Derecho Penitenciario. Carcel y Penas en México. Editorial Porrúa. México. 1974.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 14a. edición. Editorial Porrúa. México. 1982.
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. 15a. edición. Editorial Porrúa. - México. 1981.
- CASTRO, JUVENTINO. El Ministerio Público en México. 6a. edición. - Editorial Porrúa. México. 1985.
- GARCIA RAMIREZ, SERGIO. Derecho Procesal Penal. 4a. edición. Editorial Porrúa. México. 1983.

- GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. 8a. edición. Editorial Porrúa. México. 1985.
- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. El Código Penal Comentado. 7a. edición. Editorial Porrúa. México. 1985.
- LANDROVE DIAZ, GERARDO. Las Consecuencias Jurídicas del Delito. 3a. edición. Editorial Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, España. 1984.
- OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO. La Averiguación Previa. 2a. edición. Editorial Porrúa. México. 1983.
- PEREZ PALMA, RAFAEL. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal. Editorial Cardenas, Editor y Distribuidor. México. 1974.
- RECASENS SICHES, LUIS. Tratado General de Filosofía del Derecho. 6a edición. Editorial Porrúa. México. 1978.
- RIVERA SILVA, MANUEL. El Procedimiento Penal. 13a. edición. Editorial Porrúa. México. 1983.
- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JESUS. La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado. UNAM. México. 1981.
- ROUSSEAU, JUAN JACOBO. El Contrato Social o Principios de Derecho Político. 6a. edición. Editorial Porrúa. México. 1979.
- SOTO PEREZ, RICARDO. Nociones de Derecho Positivo Mexicano. 11a. edición. Editorial Esfinge S. A. México. 1980.
- VIVES ANTON, TOMAS Y GIMENO SENDRA, JOSE. La Detención. Detenciones Ilegales. La Detención Gubernativa y La Detención Ju



dicial. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona. 1977.

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. Guillermo Cabanellas. 17a. edición. Editorial Heliasta S.R.L. Argentina. 1983.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 1983.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo VIII. Editorial Driskill. Argentina. 1978.

La Reforma Jurídica de 1983 en la Administración de Justicia. P.G.R. 1984. Dirección General de Comunicación Social de la P.G.R. Talleres Gráficos de la Nación. México. 1984.

Legislación. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Código Penal para el Distrito Federal en Materia del fuero común, y para toda la República en Materia de fuero federal.

## INDICE

	Pág
INTRODUCCION.....	I
<b>CAP. I GENERALIDADES.</b>	
1.-Consideraciones Generales sobre la Detención.....	1
2.-La Detención y su Fundamentación en el Derecho Mexicano..	17
3.-La Detención dentro del Procedimiento Penal.....	28
<b>CAP. II LA DETENCION Y OTRAS FIGURAS ANALOGAS.</b>	
1.-Detención.....	35
2.-Aprehensión.....	40
3.-Prisión Preventiva.....	43
4.-Prisión por Ejecución de Sentencia.....	50
<b>CAP. III LA DETENCION EN LA ETAPA DE LA AVERIGUACION PREVIA.</b>	
1.-Función del Ministerio Público.....	55
2.-Función de la Policía Judicial y otras Autoridades.....	66
a) Casos en que procede la detención.....	72
<b>CAP. IV LA DETENCION EN EL PROCESO Y EN SU ETAPA PREPARATORIA.</b>	
1.-Consignación con Detenido.....	82
2.-Consignación sin Detenido.....	87
a) Orden de Aprehensión.....	90
b) Orden de Reaprehensión.....	97
c) Orden de Presentación.....	98
<b>CAP. V LA DETENCION ILEGAL.</b>	
1.-La Detención Ilegal y su Problematica.....	100
2.-La Detención Ilegal. Regulación Penal.....	105
CONCLUSIONES.....	109
BIBLIOGRAFIA.....	116



VICERRECTORIA NACIONAL  
ARAGON

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
ARAGON  
DIRECCION

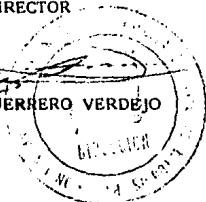
MIGUEL ANGEL TINOCO ESLAVA  
P R E S E N T E .

En referencia a su atento escrito de fecha 12 de febrero del año en curso, por el que solicita autorización para cambio de título de su trabajo de tesis, mismo que propone se denomine "ANALISIS TEORICO DE LA DETENCION", dirigido por la Lic. GUADALUPE DURAN ALVARADO, con fundamento en el punto 6 y siguientes del Reglamento para Exámenes Profesionales en esta Escuela, y toda vez que la documentación presentada por usted reúne los requisitos que establece el precitado Reglamento; me permito comunicarle que ha sido aprobada su solicitud.

Aprovecho la ocasión para reiterarle mi distinguida consideración.

ATENTAMENTE  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
San Juan de Aragón, Mex., febrero 21 de 1990  
EL DIRECTOR

Lic. SERGIO GUERRERO VERDEJO



- c c p Ing. Jorge F. Paniagua Ballinas, Jefe de la Unidad Académica.
- c c p Lic. Enrique Navarro Sánchez, Coordinador de Derecho.
- c c p Lic. Margarita Alvarez Gutiérrez, Jefe del Departamento de Servicios Escolares.
- c c p Lic. Jesús Castillo Sandoval, Responsable del Seminario de Derecho Público, vespertino.
- c c p Lic. Guadalupe Durán Alvarado, Asesor de Tesis.

SGV/JFPB/vr