

2ej.

Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho

**Detención y Retención en el Derecho Penal
y Procesal Penal Mexicano**

T E S I S

**Que para obtener el título de licenciado en derecho
Presenta:**

Juan Rodolfo Morales Reyes

Ciudad Universitaria, México, D.F. 1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

268191



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

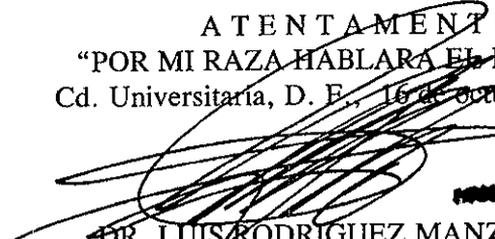
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION
ESCOLAR DE LA UNAM.
P R E S E N T E.

El C. JUAN RODOLFO MORALES REYES, ha elaborado en este seminario a mi cargo y bajo la dirección del PROF. LIC. JESUS UBANDO LOPEZ, su tesis profesional intitulada "DETENCION Y LA RETENCION EN EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL MEXICANO", con el objeto de obtener el grado académico de Licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido su tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el art. 8 fracción V, del Reglamento de Seminarios para la tesis profesional, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPERANZA"
Cd. Universitaria, D. F., 16 de octubre de 1988.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL
DR. LUIS RODRIGUEZ MANZANERA
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LRM/*ipg.

Dedicatorias

A MIS PADRES JUAN MORALES NORIEGA Y ADELA REYES PÉREZ

Por el apoyo que siempre me han brindado, por su comprensión, amor y sacrificio, y por contribuir así a elevarme a mi ansiada meta.

A MIS HERMANOS: (CLAUDIA, VERÓNICA, PEDRO Y REBECA)

Por su entusiasmo me motivaron a seguir progresando para la realización y culminación de este trabajo.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Fortaleza de sabiduría y horizonte de esperanza para el desarrollo digno de nuestra nación, al aceptarme como alumno de esta comunidad estudiantil, y ayudándome a realizar uno de mis anhelos.

A LA FACULTAD DE DERECHO

Como testimonio de su ^{se} inclinable propósito de forjar jóvenes en ^{servicios} servicios de la justicia y fieles intérpretes de la ley.

A SILVIA FABIOLA SILVA TORRES

Compañera y amiga, por su apoyo.

A LA SEÑORA BERNARDA NORIEGA MORALES

A su memoria.

A LA LIC ARACELI NAVA CHAVEZ

**Por la confianza y apoyo en la
culminación de este trabajo.**

AL DOCTOR LUIS RODRIGUEZ MANZANERA.
A quien con su brillante dirección y apoyo fué
posible llevar a cabo éste trabajo.

A MI ASESOR LIC. JESÚS UBANDO LÓPEZ.
A quien profundamente le agradezco su
dirección, apoyo y colaboración; por que
gracias a ellos, se hizo posible la
culminación de éste trabajo de
Investigación.

Al Doctor FERNANDO CASTELLANOS TENA.
Por su ejemplo a seguir.

Con gran agradecimiento al Doctor
JUAN CARLOS DAZA GOMEZ, por
su ayuda en la elaboración de este
trabajo.

AL LIC. RICARDO VICTORIA ISLAS
por su apoyo, y amistad así como
sabios consejos.

A MI JURADO:
Con todo respeto.

Introducción

Ha sido a través de la historia, como se han hecho diversas modificaciones a las Leyes y figuras jurídicas; desde Grecia, se hablaba ya de la detención preventiva; en Roma, el interdicto de homine libero, es uno de los antecedentes de las garantías individuales; y la llamada intercessio, significaba una ligera aplicación del control autoritario que puede considerársele como un control de legalidad.

En nuestra legislación, desde los aztecas se hablaba de la detención de los nobles, la cual se llevaba a cabo en su domicilio.

La persecución de ciertos delitos se llevaba a cabo de oficio, es decir, aunque no mediara acusación, pues bastaba el simple rumor público para proceder a la indagación.

Los delitos graves, eran sentenciados inmediatamente después de la rendición de pruebas, y, únicamente, se permitía la tortura en el caso de adulterio si existían graves sospechas para poder indagar la verdad.

En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionado por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre 1824, encontramos la protección de la libertad personal; estableciendo en su artículo 150, "Nadie podrá ser detenido sin que haya semiplena prueba, o indicio de que es delincuente", a este propósito nuestra Legislación Constitución al adelantó en el sentido de que tuvo a bien precisar el requisito previo a la expedición de la orden de detención.

En 1836, en nuestra Constitución, se declaró que la detención verificada por orden de la autoridad judicial, no podía durar mas de diez días

Este conjunto de Leyes vino a introducir plazos, tanto para la autoridad administrativa como para la judicial, en el que se exige a la autoridad judicial, un auto motivado para imponer la prisión preventiva; también se autoriza esta prisión preventiva, solo para los delitos que merezcan ser castigados con pena corporal, siempre y cuando existan pruebas del hecho delictuoso, motivos o indicios, por lo que en su caso, también puede concederse la libertad del sujeto, si se trata de delito que no amerite castigo corporal.

En el derecho penal y procesal penal en México, se regulan las figuras de la detención y la retención y se establece cuando procede una y otra. Sin embargo, por su definición y naturaleza se propicia una confusión entre ambas; razón por la que, nace la inquietud por tratar y llevar a cabo un análisis de fondo del presente tema.

En el momento en que una persona es privada de su libertad, se habla de una detención, situación que debe entenderse sólo como una etapa preventiva y de aseguramiento; lo cual se encuentra así regulado tanto en el Código de Procedimientos Penales como por Código Federal de Procedimientos Penales, dándose en dos etapas; la primera, que se inicia al ejecutarse la orden de aprehensión, y solo puede durar setenta y dos horas; y, la segunda, que se determina con el auto de formal prisión, pudiendo prolongarse durante todo el proceso.

La retención se extiende hasta por cuarenta y ocho 48 horas, en éste presupuesto encontramos que el Ministerio Público; cuenta con ese término para resolver la situación jurídica de un indiciado retenido, plazo en que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial.

La detención, se presenta en tres hipótesis: la primera, puede llevarse a cabo por cualquier individuo, en casos de delito flagrante; la segunda, tratándose de la detención por autoridad administrativa, justificada por la urgencia del caso concreto; y, la detención por orden de la autoridad jurisdiccional, donde ya existe la orden de aprehensión.

Detención y Retención en el Derecho Penal y Procesal Penal Mexicano

Para poder entrar al estudio minucioso de cada una de las dos figuras y poder señalar diferencias y similitudes podemos enfatizar que, la detención concluye hasta que se dicta el auto de formal prisión; y, la retención se extiende hasta por cuarenta y ocho horas, salvo en los casos de delincuencia organizada.

ÍNDICE

	Página
Introducción.	
Capítulo I	
1 Definición de la Detención y la Retención.	1
1.1 Definición de la Detención.	1
1.2 Definición de la Retención	2
1.3 Naturaleza Jurídica	5
1.4 Similitudes y Diferencias entre la Retención y la Detención	8
Capítulo II	
2 Evolución Histórica de la Retención y Detención.	12
2.1 La antigüedad Clásica. Grecia y Roma.	12-13
2.2 Edad Media.	21
2.3 Edad Contemporánea.	30
2.4 Epoca Actual	37
Capítulo III	
3 La Retención y Detención en el Derecho y Procesal Penal Mexicano	64
3.1 Antecedentes Constitucionales	64
3.2 Código Penal de 1871	98
3.3 Código Penal de 1929.	103
3.4 Código Penal de 1931.	106
3.5 Derecho Contemporáneo nacional.	108
3.6 Las Últimas Reformas	111

Capítulo IV

4	La Retención y Detención a la Luz de las Últimas Reformas Penales y Procesales.	115
4.1	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	115
4.2	Código Penal del Distrito Federal en Materia del Fuero Común para toda la República en Materia del Fuero Federal	123
4.3	Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Código Federal de Procedimientos Penales	124

Conclusiones.

Bibliografía

Capítulo I

Definición de la Detención y la Retención

1.1 Definición de la Detención

Detención -. Acción y efecto de detener.

I.- Como tal 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.¹

Fenech, define a la detención como "un acto por el que se produce una limitación de la libertad individual de carácter provisional, y que tiene por fin ponerla (a la persona inculpada), a disposición, mediata o inmediatamente, del instructor del proceso penal para los fines de éste, en la expectativa de su posible prisión provisional."²

Cuando se priva a alguien de la libertad de hecho, se dice que se le detiene. Esta sujeción está legalmente autorizada cuando la realiza una autoridad competente para ponerla a disposición del Juez, otra autoridad valedera. El funcionario que detiene a una persona, debe ponerla inmediatamente a disposición del magistrado y cuando éste ordena su soltura, hacerlo enseguida. La violación de esta norma constituye el delito de detención ilegal(v). La condición de detenido dura desde el momento de la aprehensión física hasta la resolución judicial que determina la situación jurídica del sujeto; si se impone prisión preventiva, su detención será tenida en cuenta para el cómputo de la pena; una vez impuesta ésta, el detenido se convierte en penado, por el cual cabe señalar que la detención es una etapa preventiva y asegurativa.

¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas Diccionario jurídico mexicano. UNAM. ed Porrúa.

² Sergio García Ramírez, Curso de Derecho procesal penal. ed Porrúa México 1989

Si examinamos brevemente la regulación de la detención preventiva en los ordenamientos modelo, es decir el Código de Procedimientos Penales y el Código Federal de Procedimientos Penales, 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 setenta y dos hora; y la segunda, se determina con el auto de formal prisión, pudiendo prolongarse durante todo el proceso, a no ser que se decrete la medida cautelar opuesta, en beneficio del inculpado, es decir, la libertad provisional, que asume dos modalidades: bajo protesta y caucional.

1.2 Definición de Retención

Retención (lat. retentio). Acción y efecto de retener. Retener (lat. Reteniere) detener, conservar, guardar en sí.

Der. Asumir un tribunal superior la jurisdicción para ejercitarla por sí, con exclusión del inferior.

Retención:

El concepto de retención es utilizado en varias ramas del derecho, de lo que se desprende que existen diversas clases de retención, así, tenemos que el derecho mercantil lo define como:

I.- "El derecho que tiene el acreedor en las obligaciones recíprocas y en los casos expresamente previstos en la ley, para conservar la tenencia y rehusar la entrega

de una cosa que pertenece a su deudor si éste no ejecuta la obligación que le incumbe".

La retención no requiere la intervención de la autoridad para legitimar la negativa de entrega. Se trata de una medida tutelar de crédito, para impedir que el acreedor sea víctima de un deudor de mala fe que pretende exigir la entrega sin que él a su vez cumpla la obligación a su cargo.

Demófilo de Buen define el derecho de retención diciendo que es: "La facultad que como garantía de un crédito, tiene un persona de conservar la tenencia de una cosa, no obstante estar obligado a entregarla al deudor de aquél crédito".

Colín y Capitán informan que el derecho de retención es aquél "en virtud de cual el deudor de una cosa que pertenece a otro, queda autorizado para retenerla hasta el pago de lo que el propietario le debe".

II.- El derecho de retención, no es un instrumento de pago, sino un simple medio de apremio extrajudicial destinado a constreñir al deudor a hacer pago de lo que se debe. Si bien es cierto que no se requiere de la intervención judicial para que el acreedor ejerza el derecho de retención, sí es en cambio ineludible el ejercicio de la acción procesal, según la naturaleza del crédito, para obtener en el juicio correspondiente la sentencia judicial condenatoria en contra del deudor y en su caso la ejecución forsoza (embargo y remate), que se llevará a cabo sobre el bien o los bienes retenidos. En otras palabras, el acreedor que retiene no está autorizado para hacerse pago de su crédito con el bien retenido, sino para garantizar el pago.

En materia laboral, también se contempla la figura de la retención, considerando el caso en que los patrones son retenedores del impuesto sobre la renta a cargo de personas físicas que obtienen ingresos por salarios, o en general, por la prestación de un servicio personal subordinado. El patrón es la persona que cubre los ingresos del trabajador sobre los cuales recae el impuesto, y por ello, la ley establece a su cargo, la obligación de retener y enterar mensualmente de dichos

ingresos un porcentaje determinado que tiene el carácter de pago provisionalmente a cuenta del impuesto anual del trabajador.

En materia fiscal, se habla de retención de impuestos, señalándola como: "La obligación establecida por las leyes fiscales de persona física o moral, que ejerce control sobre la fuente económica del tributo, a efecto de que, de la misma, recaude y entere al fisco el monto del impuesto de un contribuyente determinado. La retención del impuesto es una obligación que el Código Fiscal Federal, en correlación con otras leyes fiscales, establece a cargo de aquéllas personas que detentan la propiedad, posesión o simplemente el control de la fuente económica de la cual se derivan los ingresos que constituyen el objeto del tributo, a fin de evitar de ésta manera la evasión fiscal.

Fracción III - Ordenar, en los casos que refiere el artículo 266 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la detención o retención según el caso, y solicitar cuando proceda la orden de aprehensión.

De lo anterior, considero que podemos definir a la retención como: " La acción jurídica realizada únicamente por el ministerio público, en la averiguación previa, cuando una persona es detenida en flagrante delito y este tiene como sanción una pena privativa de la libertad, independientemente de que se trate de un delito grave o este tenga los beneficios de la libertad provisional bajo caución, para lo cual, dicha retención deberá ser ratificada ante el órgano jurisdiccional en el auto de radicación.

Tratándose de delito flagrante y casos urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, en las que determinará su situación jurídica, y tratándose de los delitos de delincuencia organizada se duplicará dicho término a noventa y seis horas.

La violación a ésta disposición, hará penalmente responsable a quien decrete la retención indebidamente y se le dará aviso al Ministerio Público en turno, para hacer la denuncia correspondiente contra el servidor público, por delitos cometidos contra la Administración de Justicia.

1.3. Naturaleza jurídica

No haremos referencia a las disposiciones legales relativas a la orden de aprehensión, al auto de formal prisión, o a la libertad provisional, ya que son objeto de análisis específicos, por lo que nos limitamos a señalar los aspectos peculiares de la detención preventiva en el ordenamiento mexicano.

La detención preventiva, sólo puede efectuarse por orden judicial, cuando sea impuesta al acusado por delitos que se sancionen con penal corporal, a no ser que el acusado se resista a comparecer ante el Ministerio Público o ante el Juez de la causa (artículos del 113 al 135 Código Federal de Procedimientos Penales; artículos del 262 al 264 Código de Procedimientos Penales). Por otra parte, el artículo 271 del Código de Procedimientos Penales faculta al propio Ministerio Público para decidir sobre la libertad del inculcado durante la averiguación previa, es decir, para determinar si solicita o no una orden de aprehensión, tratándose de delitos de imprudencia motivados por el tránsito de vehículo, siempre que no se abandone 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, se cubrirá la reparación del daño. El artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales, contiene una regla similar, pero sólo cuando el término medio aritmético de la pena no exceda de cinco años de prisión, que es el límite de la libertad caucional, según la fracción I del artículo 20 Constitucional.

Tampoco puede detenerse al acusado, aún cuando se hubiese dictado en su contra una orden de aprehensión, cuando posea inmunidad procesal, de acuerdo con los artículos 108 al 111 de la Constitución, reformados en diciembre de 1982, y la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, promulgada también en diciembre de 1982; es decir, es el caso del Presidente de la República, senadores y diputados al Congreso de la Unión; Ministros de la Suprema Corte de Justicia; los Secretarios de despacho; los Jefes de Departamento Administrativo; los Procuradores Generales de la República y del Distrito Federal; los Gobernadores de los Estados y de los miembros de las Legislaturas locales por violación a Leyes Federales; los Magistrados y Jueces Federales y del fuero común; los Directores Generales de organismos descentralizados y de empresas públicas, sociedades o asociaciones similares, así como de fideicomisos públicos, en virtud de que cuando se les acusa de delitos oficiales, deben ser sometidos a un juicio político ante las dos Cámaras del Congreso de la Unión y en supuesto de la realización de delitos ordinarios para proceder penalmente y, por tanto, ordenar la detención de algunos de estos funcionarios, considerados como de mayor jerarquía (artículo 111 Constitucional), refiriéndose a la resolución de la Cámara de Diputados donde se resuelve si hay lugar o no para actuar contra el inculpado; con exclusión del Presidente de la República que debe ser juzgado por ambas Cámaras del Congreso Federal cuando es acusado de delitos graves del fuero común.

Tampoco puede ordenarse, la detención de los Magistrados y Jueces Federales o del Distrito Federal, (con exclusión de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia; quienes se consideran altos funcionarios); por lo que se requiere de 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 del Distrito Federal y artículo 28 fracción XII de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Distrito Federal), con disposiciones equivalentes en los ordenamientos de los Estados.

Un aspecto que debe destacarse, en cuanto a prisión preventiva es el lugar en el cual debe realizarse, pues como ya se ha expuesto, el artículo 18 de la Constitución dispone que será diverso y separado de aquél que se utiliza para la ejecución de las penas, ésta ha sido una disposición de difícil aplicación, debido a lo anacrónico de una buena parte de las instalaciones penitenciarias, por lo que, con frecuencia se han utilizado los mismos edificios, en sectores o se han mantenido a los detenidos provisionalmente, en instalaciones notoriamente inadecuadas. En los últimos años, se ha avanzado en esta materia, y un ejemplo significativo está contenido en el Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal, que entró en vigor en enero de 1979, con el objeto de regular de manera específica las condiciones de la detención preventiva en los citados Reclusorios, establecidos en este propósito.

Existe una vigorosa corriente doctrinal en México, como en muchos otros países, para limitar en lo posible a la detención preventiva y sustituirla por otras medidas cautelares, que sean menos restrictivas y sustituirla por otras medidas cautelares que sean menos restrictivas de la libertad personal, como la libertad personal; como la libertad vigilada; el arresto domiciliario; el arraigo; y otras similares; tomando en cuenta que ésta institución contradice el principio especial de la presunción de inocencia del acusado en el proceso penal, y que fué consagrado expresamente en el artículo 30 del decreto de la Constitución para la Libertad de la América Mexicana, expedido en Apatzingán en 1814 y según el cual: "Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado".

También se ha propuesto la modificación del artículo 20 fracción I. de la Constitución, para hacer más flexibles los rígidos lineamientos de la libertad caucional, pues dicho precepto atiende de manera preferente a la gravedad del delito, y no como sería más adecuado, a las condiciones personales del inculpado según se establece en la mayoría de las legislaciones contemporáneas; finalmente, debemos tomar en consideración que a los inconvenientes que se han atribuido a la detención preventiva, debe agregarse la práctica frecuente en nuestro país, 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 se prolonga en ocasiones bastante tiempo, con lo cual se priva al detenido de todos los derechos regulados por el artículo 20 de la Constitución contra ésta detención administrativa, el juicio de amparo, en los términos de los artículos 17 y 18 de la Ley de Amparo, los lineamientos del habeas corpus, pero sin que la tramitación tenga la celeridad que caracteriza a esta última Institución Tutelar, de la mayoría de los ordenamientos contemporáneos, debido a problemas de rezago en nuestros Tribunales Federales, de tal manera, que cuando se resuelve favorablemente en el fondo, o inclusive cuando se decide sobre la suspensión provisional de los actos reclamados, el artículo 130 de la Ley de Amparo la persona afectada ya fué puesta en libertad o consignada ante el Juez penal respectivo, con lo que al amparo queda sin materia y no se reparan los perjuicios causados al inculgado.

1.4 Similitudes y Diferencias entre la Retención y la Detención.

La retención ordinaria se extiende hasta por cuarenta y ocho horas, en éste presupuesto encontramos que por primera vez en la historia Constitucional de México, que el Ministerio Público, cuenta con dicho término perentorio para resolver la situación jurídica de un indiciado retenido, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial.

Con la adopción de este criterio, se superó la ambigüedad del texto anterior, mediante la fijación de un término fatal cuyo abuso es sancionado por la Ley.

Es una experiencia acreditada, tanto Nacional como Internacional, que el establecimiento de referencias personales para la realización de actos de autoridad que afectan valores fundamentales como lo es la libertad, sea una mejor manera de tutelarlos.

Aunado a lo anterior, la fijación de dicho plazo de cuarenta y ocho horas, da oportunidad para que la autoridad cumpla con el deber que la Ley le impone y el inculcado ejercite los derechos propios de defensa, en congruencia con lo dispuesto por el artículo 20 fracción IX de la Constitución.

La duplicidad del plazo de cuarenta y ocho horas de la retención, en aquéllos casos en que la Ley prevea como delincuencia organizada mencionadas en el artículo 16 Constitucional, ha de estar orientada entre otros por los siguientes criterios, la permanencia en las actividades delictivas que realicen, su carácter lucrativo, el grado de complejidad en la organización de dichos grupos, en el que la finalidad asociativa sea la comisión de delitos que afecten bienes fundamentales de los individuos y de la colectividad, y que a su vez alteren seriamente a la salud o seguridad públicas.

El Constituyente es de la idea de que uno de los grandes males de nuestro tiempo, es la presencia de nuevas formas de criminalidad, que por su grado de organización, por su creciente poder económico y por su leal capacidad de violencia, dificultan seriamente la acción legítima del Estado del lado para su persecución, procesamiento y sanción.

La delincuencia organizada, debe entenderse según Benitez Treviño, como la asociación de tres o más persona reunidas para cometer un delito grave así calificado por la Ley.

De esta manera como se observa, la duplicidad del plazo se adopta en razón de la dificultad que implica la investigación de esta forma de criminalidad violenta. Por tanto, la duplicidad no debe operar para la persecución e investigación de formas de criminalidad no violentas o de escaso desarrollo en su organización.

Algunas personas han considerado, que éste plazo se duplicó en perjuicio de las garantías del gobernado; sin embargo podemos afirmar que es una oportunidad para resolver la situación jurídica acorde con el principio de legalidad, ya que deben reunir las suficientes pruebas para consignar o dejar en libertad a los inculpados. Es claro que aquí no opera el principio de investigar para detener, sino justamente el contrario, detener para investigar.

La detención se presenta en tres hipótesis, que configuran otras tantas especies diferenciables, en orden a los efectos que producen y a las personas que privan de la libertad al presunto delincuente: a) detención por cualquier individuo, en casos de delito flagrante o cuasiflagrante y de presunción de flagrancia (artículo 16 Constitucional, y los artículos 193 y 194 Código Federal de Procedimientos Penales); b) detención por autoridad administrativa, justificada a merced de la urgencia (artículo 16 Constitucional, y de los artículos 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 193 del Código Federal de Procedimientos Penales), c) detención por orden de la autoridad jurisdiccional, mandamiento constitutivo de la ya estudiada orden de aprehensión

El artículo 134 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, adicionado el 26 de diciembre de 1981 (Diario Oficial de la Federación del 29 de diciembre), contempla medidas pertinentes para la estancia de detenidos en locales dependientes del Ministerio Público, y los artículos 134-2 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 204 del Código Federal de Procedimientos Penales, según reformas y adiciones de 1983, que previenen la aplicación de normas de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en la aprehensión de funcionarios federales y locales, así como las medidas precautorias para evitar la sustracción de la justicia.

En sentido estricto, la detención concluye, cuando se dicta el auto de formal prisión. En cambio, Carrancá y Trujillo y Burgoa, suponen que la detención y la prisión preventiva son una sola cosa dividida en dos periodos. González Bustamante hace

derivar la detención de la orden de aprehensión. Piña Palacios, la desprende del momento de la consignación. Rivera Silva, la asocia al mero depósito en un establecimiento carcelario para impedir la evasión del detenido.

Jurisprudencia.. Los daños y perjuicios que se causen con motivo de la detención no son imputables al denunciante(Informe 1979. Colegio del Sexto Circuito. A:D: 390/78. Mariano Leyva Cabrera).

No es reparable en amparo directo la detención del quejoso, sin orden de aprehensión.

Capítulo II

Evolución Histórica de la Retención y Detención

2.1. La Antigüedad clásica

A). Grecia

La historia de la detención preventiva, se remonta hasta aquéllos viejos tiempos en que el derecho ha registrado alguna batalla, por insignificante que ésta sea, librada en defensa o conquista de la libertad de la persona humana.

Es por ello que en Grecia, el punto de vista jurídico se identificaba a la persona con el cuerpo, y la libertad era concebida esencialmente como la libertad personal; la justicia penal, aunque administrada de manera arbitraria por los Efonos, quienes eran los encargados de que no se produjese la impunidad, cuando el agraviado de un ilícito se abstenía de acusar y, fungían al mismo tiempo como acusadores y jueces en todos los asuntos del orden penal, nunca llegaron a imponer la pena de prisión, por considerar que afectaban uno de los bienes jurídicos, después de la vida, mas apreciados del hombre, o sea la libertad corporal.

A esto se debe que en Grecia, se prefirió sustituir la pena de prisión, por penas pecuniarias, por lo tanto, puede inferirse que en esta cuna de civilización, "la detención preventiva, no tuvo ninguna aplicación".³

Sin embargo, podemos decir que el pueblo griego, siempre se preocupó por el irrestricto de la libertad personal, y por tal razón, su principal legado, fue que de tal

³ Rodríguez y Rodríguez, Jesús, La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en el Derecho Comparado México 1981 Ed UNAM. P 18

derecho fuera tomado muy en cuenta por lo pueblos que le precedieron.

B). Roma

Los ordenamientos jurídicos han tenido de base en el derecho romano, y estructuran una normatividad dirigida a la justicia, la equidad y el equilibrio de los derechos entre personas.

El Estado romano, "jamás abandonó al individuo a su propia suerte, y nunca dejó de inquietarse por su dicha, su desgracia y su vida en el mundo jurídico."⁴

En el Estado romano, "el ciudadano vivía en la más íntima comunicación con el Estado, quien no permanecía indiferente ante el bienestar del individuo", "el sistema de libertad individual descansaba en la voluntad positiva del Estado, pero éste limitaba su intervención a lo estrictamente necesario, sin extender su intervención a ir más lejos de lo que su misión le imponía."⁵

Durante el tiempo monárquico del siglo VII, hasta el siglo V Antes de Cristo; así como los primeros años de la República, cuando el derecho se hallaba aún sometido a imperativos religiosos, los Jueces penales y los Magistrados, podían a su discreción imponer como medida la prisión preventiva.

La "coertico" era el único instrumento de persecución de los delitos, llegando a constituir un poder arbitrario e ilimitado; sin embargo, el abuso y los excesos a que su empleo dió lugar, condujeron a la expedición de disposiciones, tales como las legales *pociae*, a mediados del siglo VI, tendientes a reprimir tales prácticas abusivas.

⁴ Vela Fernando, Abreviatura del Espíritu del Derecho Romano de R. Von Thering. 2 ed Madrid 1962 Rev de Occidente p. 39

⁵ Vela, Op. Cít. p 212

Durante la República, en el siglo V hasta el año 134 Antes de Cristo, se dejaba en libertad al acusado hasta el momento del juicio, pero sobre todo, durante la vigencia de la Ley de las doce tablas, es decir, a partir de mediados del siglo V, aún cuando el rigor del derecho, ya para entonces impusiere la detención del inculpado, y por lo general se prescindía de su encarcelamiento, confiando su custodia, algunas veces a los particulares (custodia libera), y en la mayoría de los casos el inculpado, quedaba en libertad, con la sola condición de que algunos ciudadanos respondiesen como fiadores (valores publici); ya partir de las leyes de vi publica et privata año 17 Antes de Cristo, los ciudadanos romanos, estaban exentos por prescripción legal de tal medida, tratándose de ciertos delitos.

Tal situación, se justificaba por el hecho de que el sistema acusatorio, entonces imperante, otorgaba conforme a la situada Ley de las Doce Tablas, plena igualdad al acusado y al acusador debiendo ambos, a fin de no quebrantar tal principio de igualdad, permanecer en completa libertad, situación que en el sistema de justicia pública, había desembocado en la supresión de la detención preventiva.

Esta medida sin embargo, "era de rigor en los casos de crímenes contra la seguridad del Estado, de flagrante delito o cuando mediaba confesión"⁶. Por ello, se ha dicho que en la época antigua, "no se vacilaba en asegurar a la persona por medio de la prisión preventiva aún cuando ofreciese pagar la caución necesaria."⁷

En época del Imperio, si la Ley no prescribía la detención preventiva durante la instrucción del proceso, ésta medida revistió las modalidades siguientes: in carselum, reservada a los más graves límites, la cual debía cumplirse en una cárcel pública; milite traditio, que confiaba la custodia del inculpado a uno o varios militares casi siempre ancianos quienes se hacían responsables de aquél; y custodia libera, la cual

⁶ Rodríguez y Rodríguez op. cit. p pag 10.

⁷ R. Von Ihering. El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Fases de su Desarrollo Tr. Enrique Príncipe Satorres.-T II. Madrid 1878 p.148

según vimos, ya se utilizaba en tiempos de la República, y ponía al inculcado bajo la guarda de un particular.

La conveniencia, oportunidad y elección de la medida a aplicar, quedaba a la discreción del Magistrado, quien, para decretarla tomaba en cuenta la gravedad de la acusación; salvo en los casos de crímenes, graves y de flagrante delito, el que no podía detenerse al inculcado sino en virtud de una orden emanada de un Magistrado Superior del Defensor de la ciudad.

Los últimos tiempos del Imperio, vieron surgir un cambio radical en la materia; ya admitidos los principios de que la detención preventiva no debía significar una pena ni mucho menos un suplicio, y de que nadie debía ser encarcelado sin estar convicto, aún en el caso de delitos graves, donde las simples presunciones no bastaban para *reducir a prisión al imputado*, pues era prescindible contar con evidencias concretas; igualmente, se procuró de reducir la duración de la detención preventiva, y la libertad provisional era de derecho, salvo en el caso de flagrante delito o de crímenes que hubiesen sido confesados.

También en los últimos tiempos del Imperio, se protegía al inculcado contra detenciones ilegales, a través de la *lex fabia deplagiarius* y de la *liberalis causa*, esta última significaba una verdadera acción de recuperación de la libertad, que el afectado podía hacer valer mediante unas *assertor libertatis*

Así mismo, se conocieron las protecciones jurídicas que pueden servir de antecedentes del artículo 16 de la Constitución, las cuales van desde "la protección contra las arbitrariedades de los funcionarios públicos garantizado de la manera más extensa por medio del derecho de queja ante la Asamblea del pueblo" y, hasta "La idea de la libertad religiosa abstracta, dado el carácter de su religión como religión del Estado."⁸

⁸ Roman Lugo Cortés, María Delia Los artículos 13 al 23 Constitucionales. Ensayo interpretativo de su relación el derecho penal positivo(sustantivo y procesal). México 1974 p.45

También se conocieron, como en la actualidad, las necesidades prácticas de plegar esas libertades a las circunstancias, "hasta el punto de que en caso necesario la libertad podía ser momentáneamente suspendida,"⁹ en este campo se destacan las relaciones entre el pueblo y sus gobernantes.

Habitados a un desarrollo de la fuerza, los romanos no hubieran soportado al frente de la Comunidad, la debilidad ni la impotencia. El pueblo romano no podía a sus funcionarios una conducta humilde, tímida o modesta, sino que le complacía ver en ellos, modos de ejecutar imperiosos y reales que reflejasen el poderío y la majestad del Estado, a cuyo efecto se les confería de buen grado el poder y las facultades necesarias.

Este respeto a la Magistratura, impedía que la voluntad del pueblo pudiera quitarle nada, "era jurídicamente inamovible durante la época que duraban sus funciones, nadie podía impedírselas, y al adquirir el ejercicio de su cargo, tenían su sola *voluntad por guía*",¹⁰ la del pueblo terminaba en el momento en que la Magistratura era elegida y revivía con la nueva elección.

Esta forma de autoridad en la época antigua pudo llevar a la dictadura y la "arbitrariedad que no retrocedió ante la violación abierta de las Leyes",¹¹ pero entonces se produjo el surgimiento de un grupo de garantías que no lograron reprimir el mal, lo que prueba que había otro elemento decisivo para impedir los abusos cual era el espíritu de la época antigua; llamados *interdictos*.

Estos *interdictos* "no eran una sentencia, sino una orden condicional y administrativa, dirigida a un ciudadano, por el Magistrado, a petición de otro ciudadano, a base de una investigación que no pasaba de ser rápida y superficial".¹²

⁹ Briseño Sierra, Humberto. El artículo 16 de la Constitución Mexicana México 1967. Ed Unam.p.18

¹⁰ Briseño, op. cit p.19.

¹¹ R. Von. Ihering, po cit. p. 295

¹² Floris Margadant, Guillermo S El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea. 13 ed México 1985. Ed esfinge p 184.

El interdicto ordenaba a la persona a quien se dirigía, observar determinada conducta, siempre que la hipótesis mencionada al comienzo del *interdicto*, correspondiese a la realidad, este interdicto es una institución pública del Derecho privado.

El fundamento de los interdictos, no era la *iurisdictio*, ni tampoco la *audicatio*, sino el *Imperium* del Magistrado, es decir, su facultad discrecional de dar órdenes.

El interdicto, por tanto, tenía esta forma general: "Si es verdad que...entonces te ordeno (o prohibo) que hagas lo siguiente...".¹³ En caso de obediencia, por parte de la persona que recibía el interdicto, terminaba el asunto, pero en caso de desobediencia, se iniciaba un juicio para determinar si la hipótesis contenida en el interdicto correspondía o no a la realidad; en tal juicio, el actor alegaba la desobediencia no justificada del demandado y éste a su vez, podía alegar que su deber de obediencia era un deber condicionado, solo existente en caso de correspondencia entre dicha hipótesis y la realidad, y que tal correspondencia no existía.

El Magistrado podía entonces obligar a las partes a prometerse mutuamente cierta cantidad de dinero, en caso de no tener la razón, y enviaba luego el asunto a un *iudex*, después de elaborar la fórmula del caso.

Este sistema permitía evitar muchos litigios, en general, una persona que se comportaba en forma antijurídica y que recibía luego un interdicto, haría bien en obedecer de buen grado. En la mayoría de los casos la parte contraria iniciaría un proceso, en el cual perdería quizás una fuerte cantidad de dinero a causa de la mencionada *sponcio* que el pretor le impondría, además de verse obligado abandonar su actitud antijurídica.

¹³ Floris, Op cit. p 185.

Las respectivas órdenes podían mandar de forma condicional, entregar, exhibir o no hacer algo (respectivamente. interdictos restitutorios, exhibitorios o prohibitorios), de ellos mencionaremos el más importante para nuestro estudio, que es el interdicto de homine, libero exhibiendo.

En el título XXIX del libro XLIII del *Digesto*, se estableció el interdicto de homine libero exhibiendo, en los términos del cual, el pretor requería a aquél que tenía en su poder a un hombre libre, diciéndole quem liberum dolo malo retines, exhibeas (exhibe al hombre libre que retienes con dolo malo).¹⁴

Dicho interdicto, es una acción posesoria, que se ejerce sobre una cosa o bien, en virtud del dominium, que en este caso corresponde al hombre libre con respecto a su propio cuerpo, es un derecho patrimonial, en el que el individuo es a la vez sujeto y objeto del derecho, su persona corporal o física estaba equiparada a una cosa y sometida a voluntad del propietario y permitía a éste rescatarlo mediante una acción posesoria.

El mandato exhibitorio, tenía la ventaja de evitar muchos litigios y se dirigía a personas determinadas "sin prejuzgar del interés del peticionante, de manera que el destinatario de la orden sólo podía sentirse afectado si su conducta era contraria a la actitud requerida por el pretor".¹⁵

El interdicto era el resultado de una instancia de parte y se daba contra quien dolosamente mantenía en su poder a un hombre libre, y aún contra quien carece de dolo, y si una vez cerciorado lo sigue reteniendo, lo importante radicaba en el hecho de que se trataba de una instancia popular, ya que en ella "encontramos admitida

¹⁴ Zamora Pierce, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*. 5 ed. México 1991. Ed Porrúa p. 3.

¹⁵ Briseño, Op. Cit. pp 19-20

¹⁶ Vittorio Scialoja. *Procedimiento Civil Romano*. Tr. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin Buenos Aires 1954 Ed Eudeba. p 480

también la acción reiteradamente contra la misma persona, si persevera en la ilegal detención de un hombre libre".¹⁶

En términos generales, el interdicto, ligado a los asuntos que estaban mas directamente sujetos a la autoridad pública tendían a la conservación de los derechos, su diferencia con las acciones provenía de su distinta fuente que para éstas era la Ley, en tanto que para los interdictos lo era la orden del Magistrado, sin contar con que los plazos de sustanciación eran más breves.

De ahí que el interdicto de *homine libero exhibendo*, pone de manifiesto la diferencia jurídica entre el hombre libre y el esclavo, y se propone asegurar a aquél en la situación que le corresponde por su jerarquía social, y a eso se debe que este interdicto se dé tan solo en favor del hombre libre a quien se hubiere privado de la libertad corporal por parte de un supuesto amo, que pretendiese ejercer sobre él *ilegítima potestad*, y así se explica que fuese el cuerpo lo que debía ser exhibido y lo que se rescataba mediante una acción posesoria.

Además, dicha institución es mencionada en la historia de las instituciones jurídicas protectoras de la libertad, pero no se le debe confundir con el concepto moderno de garantía, puesto que estaba destinado, única y exclusivamente a los hombres libres, y no otorgaba su protección a todo individuo, a y todo ser humano, como actualmente lo hacen las modernas garantías individuales.

Por otra parte, también en Roma existió la llamada *intercessio tribunitia*, gracias a ella sabemos que los magistrados romanos tenían el derecho de veto, mediante el cual prohibía a otro Magistrado de igual o menor potestad, la realización de un acto y que el tribuno de la plebe podía interceder frente a cualquier Magistrado, y en el caso de que el acto ya estuviere cometido, cabía la prohibición de sus efectos.

Se trata de un principio que tuvo amplia aplicación en lo político y lo administrativo, como un remedio ante la omnipotencia del Magistrado durante su encargo, esta *intercessio* "no tenía limitaciones en ningún grado".¹⁷

¹⁷Roman Lugo, op cit. p 48

Cabe hacer notar, que la *intercessio*, no fué la única, para alcanzar la reforma de los actos de autoridad; ya que en su inicio se ha llegado a saber que la apelación "no fue una institución puramente jurisdiccional, sino que en sus orígenes, tuvo desarrollo también en el campo administrativo en el que desempeñó el oficio de moderno recurso jerárquico."¹⁸

De ello se infiere, que la *intercessio* se encontraba íntimamente vinculada con el error de derecho cometido en el juicio, de modo que se le observa "en aquellos casos en que el pretor equivocaba la redacción de la fórmula, dándose antes de que siguiese el *indictum*".¹⁹

Si en el periodo republicano la sentencia del *privatus index* no podría ser eliminada de ningún modo (salvo los casos de *restitutio*), por vía de la reclamación al superior, en este periodo, sin embargo, podían los decretamos de los Magistrados, encontrar un obstáculo en la *intercessio* de la *par maiorve potestas*, esto es, en el derecho que tenía el Magistrado igual o superior, de paralizar los efectos de un acto realizado por el Magistrado igual o inferior, además es importante hacer notar que este derecho de *intercessio*, correspondía en general, a todos los Magistrados y en cualquier campo, por lo que asumió una especial importancia en los tribunales de la plebe.

Pero la *intercessio*, no llegó a producir efectos reformativos positivos, sino meramente negativos, haciendo perder su eficacia a los decretamos de los Magistrados, y en este sentido puede calificarse a esta situación, como una verdadera garantía individual de tipo prohibitivo o rescisorio, como una especie de garantía de legalidad.

¹⁸ Clamandrei, Piero. Casación Civil. Tr. Santiago Setis Melendo. Buenos Aires. 1945. T. I. V. I. p. 87. nota 19

¹⁹ Briseño, Op. Cit. p. 21.

Por consiguiente, si el interdicto de *homine libero exhibendo*, tiene algún aplicación como antecedente de las mal llamadas garantías individuales, es sólo el sentido de proteger al hombre libre de sus semejantes; en cambio, la *intercessio*, significaba una ligera aplicación del control autoritario que puede considerársele como un verdadero control de legalidad.

2.2 Edad Media

En el periodo de la Edad Media, parte de la época Moderna los juicios de Dios, el tormento y el duelo como se prodiga bajo todas sus formas, aún para los delitos menos graves, la delación cobarde y calumniosa se pone al servicio de la justicia; la crueldad y el sarcasmo dominan la pena corporal; la afrenta sigue a la muerte del ajusticiado cuyos miembros se quiebran en los riscos del despeñadero, se descoyuntan en el potro, o se calcinan en la hoguera, tales barbaries reclamaban con ansia, que una voz se alzase poderosa y compasiva contra aquel tejido de infamias y errores, de fanatismo y de ignorancias y proclamarse de una vez los derechos del individuo frente al absolutismo del Estado. Esa voz fué de Beccaria. Su libro, "*Dei deliti e delle pene*" (1774), produjo una reacción contra el rigorismo de la penalidad en voga; desaparecieron los tormentos y se hizo de la obra del italiano, la columna en que descanso desde entonces la ciencia penal. El libro de Beccarias, suscitó como todas-- absolutamente todas-- las innovaciones, odios, insultos, resistencias y recelos; naturales y aún necesarios para depurar en el crisol de la discusión y de la lucha los progresos reales y conservar de lo viejo la parte acreditada como buena. ¡Nunca abandonan el campo las vetustas doctrinas ni los apolillados procedimientos que nacieron el calor de las necesidades de su tiempo y se arraigaron en el alma con todos los prestigios de su historia, sin reñir las últimas batallas contra las nuevas doctrinas o los nuevos procedimientos, que con todo el ímpetu de la juventud y con toda la pujanza de las revoluciones, pretenden ocupar el trono. Atacado, acusado y perseguido, Beccaria es el verdadero fundador de la Escuela llamada clásica, que respondió perfectamente a las necesidades de su

tiempo y triunfó en la lucha contra todos los sistemas de la Edad Media.

La Escuela Clásica estudia el delito como una abstracción, es decir, como algo sin vida, sin consistencia, sin realidad. Olvida al delincuente y sólo se preocupa del delito cometido, como si este no fueren sí un fenómeno revelador de un estado especialísimo. Dicha escuela persigue el imposible de una igualdad matemática absoluta entre la pena y el delito, devolviendo mal por mal; y tiene el carácter de venganza, se rige de la autoridad suprema para castigar al que infringe una Ley moral y pretende quiméricamente graduar la pena en cada caso por la libertad moral del reo, como si esta facultad, tan discutida e imponderable, pudiera medirse o pesarse exactamente como se mide la tensión del vapor o se pesan los miligramos de sustancia en un análisis cuantitativo.

Este periodo, queda comprendido entre el año 476 Después de Cristo, hasta 1453 aproximadamente. Los primeros siglos de esta etapa histórica fueron de un notorio obscurantismo jurídico, al derecho penal. se le lego y fue hasta el siglo IX cuando empezaron a reenriquecerse, algunas ciudades en las que destacan:

España.- El año 654, adoptó un Código de Leyes Unificado aplicable tanto para los visigodos como para los lebro-romanos, llamado El Fuero Juzgo.

Francia.- Nación que tuvo una reorganización política por Estados y entre los años 481 y 756, donde sus gobernantes eran las dinastías monárquicas de los merovingios y los carolingios y, es a partir de 756 hasta 1870, cuando Francia se consideró un Estado pontificio.

España.- Durante la Edad Media, el derecho en España atravesó por un largo periodo indefinible en cuanto a las tendencias que lo regían.

No es sino hasta el siglo XIII, que España adopta el derecho romano. Jiménez de Asúa, expone: "Las Siete Partidas , escritas en magnífico castellano, son un

documento maravilloso que, en su partida VII dá una definición del delito, de la pena, y sobre todo de las circunstancias, entre ellas, las que ahora denominamos causas de justificación".²⁰

Posteriormente en 1567 surge la Nueva recopilación, que regiría la legislación activa para las Colonias conquistadas en América, y en 1805 se elabora la Novísima Recopilación y, entre los preceptos penales más destacados de la historia española consideramos "El Ordenamiento de Alcalá"; "Las Ordenanzas Reales de Castilla", "Las Leyes del Toro", "La Nueva Recopilación", y "la Novísima Recopilación".

El jurista hispano Luis Jiménez de Asúa, para facilitar el estudio de la historia española, la divide en cinco periodos:

"I.- Epoca Primitiva y Romana. II. Periodo Visigótico. III. Periodo de Reconquista, que a su vez se expone, conforme a estos apartados: a) El Derecho Penal en el período de los fueros; b) Legislación Alfonsina (La Recepción); c) derecho territorial castellanos, d) Derecho Regionales. IV. Derecho Penal de los musulmanes españoles. V. Ordenamiento y Recopilaciones." ²¹

En el antiguo Derecho Español, con su enorme herencia romana, la detención tuvo escasa importancia como medio procesal, ya que las partidas (Partida 7a. título 29, Leyes 1a. 2a. y 4a), señalaban que la detención preventiva, debía sólo aplicarse a los acusados de delitos graves y para que pudiesen continuar en libertad, se les aceptaban fiadores, por temor a su fuga u ocultamiento

Sin embargo, la detención no se imponía como castigo de los delitos, sino para guardar a los imputados hasta que fuesen juzgados; "cualquier persona podía

²⁰ Jiménez de Asua, Luis, Tratado de Derecho Penal, 3 ed., Editorial Lozada, P Buenos Aires, Argentina, 1964, tomo I, p 31.

²¹ Jiménez de Asua, Luis, Tratado de Derecho Penal, 2º ed., Editorial Lozada, Buenos Aires, Argentina, p. 650.

detener sin mandamiento judicial a los autores de ciertos delitos, pero se castigaba al que aprehendiese a una persona sin derecho o la mantuviera presa por más de veinte horas, considerándose el autor de dicha detención como responsable de plagio" ²²

Durante el reino de Aragón, se protegió la libertad individual mediante normas que se inspiraron en el interdicto romano de *homine libero exhibendo*, constituyéndose como antecedentes de nuestro juicio de amparo.

El "privilegio general", otorgado por el rey Don Pedro III y elevado a la categoría de Fuero en 1348, ha sido y con razón, comparado con la carta Magna Inglesa; en el se consigné el respeto a las garantías individuales, y después, en posteriores Leyes, esa institución se fue perfeccionando, hasta el extremo de superar en ese punto a la misma Constitución Inglesa.

En esas Leyes, se estableció el famoso *proceso foral*, llamado de manifestación de las personas, " por el cual , si alguno había sido preso sin hallarle en flagrante delito, o sin instancia de parte legítima, o contra Ley o fuero, o si a los tres días de prisión no se le comunicaba la demanda, por más que pesase sobre él acusación o sentencia capital, debía ser puesto en libertad por espacio de veinticuatro horas, en virtud de lo que se llamaba vía privilegiada". ²³

Además, de ese proceso de la manifestación, había el de jurisfirma, el de aprehensión y el de inventario; en el primero, podía la Justicia avocarse al conocimiento de cualquier causa incoada ante otro Tribunal, garantizado de los efectos de la condena impuesta por éste, con los bienes que recurrían a su asistencia.

²² Rodríguez y Rodríguez, Op. Cit. p. 20.

²³ Zamora Pierce, Op. Cit. p. 4

El de aprehensión, estaba destinado a asegurar los bienes inmuebles de todo acto de violencia, entre tanto se ventilaba el derecho entre las partes; y el de inventario, servía para asegurar los bienes muebles y papeles, de manera que con estos cuatro procesos, las personas y bienes de los aragoneses estaban garantizados contra toda suerte de violencia

Posteriormente, en 1527, el Fuero de Vizcaya protegió la libertad mediante su Ley en el artículo 26 fracción XI, que dice: "Que ningún prestamero ni merino, ni ejecutor alguno sea osado de prender persona alguna sin mandamiento de Juez competente, salvo el caso in fragantí delicto. Si así sucediere y el Juez competente ordena la libertad, se le suelte, cualquiera que sea la causa o deuda, porque esta preso".²⁴

Este último texto, es sin duda, el antecedente más antiguo de nuestro artículo 16 Constitucional, en él, encontramos claramente enunciada la regla de que sólo por mandamiento judicial puede privarse de la libertad a un individuo, misma que admite con excepción: el delito flagrante y la urgencia.

En España, ante una situación y un sistema legal complicados por la creación de los fueros especiales y donde el respeto y la libertad personal era confusión y abusos, la Constitución de Cádiz en 1812 (artículos 287,290 y 293), primero; y la Constitución de 1876 (artículos 4 y 5) después; limitaron la detención preventiva, la primera, en los casos de delitos sancionados por la Ley con pena corporal y, la segunda, a los casos y en la forma prescritos por la Ley; ambas la condicionaron a la expedición de un mandamiento escrito por parte de la autoridad judicial, el cual, según la primera, debía notificarse al inculpado en el acto mismo de las detención; las dos señalaban como plazo para poner al imputado en libertad o a disposición del Juez competente, las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención.

La primera requería un auto motivado en caso de confirmación de la detención y, la segunda, fijaba un termino de setenta y dos horas, para decidir la puesta en libertad del detenido, y se dá confirmación de su detención, plazo dentro de cual, debía notificarse al interesado, la decisión respectiva.

²⁴ Zamora, Op Cit. p 5

Francia.- En 1453 se aprobó el Grand Coustumier de Carlos VI. Posteriormente las Ordenanzas Criminales de Francisco I, en el año de 1539 y para finales del siglo XVII, la Ordonnance Criminelle o Código Criminal de Luis XIV. Estos tres cuerpos de Leyes Penales fueron los antecedentes del Derecho Penal de la revolución, manifestándose en todos los Códigos Penales, el primero del año de 1791 y el otro de 1798. Sus principales características:

- a) Consagran las Garantías individuales
- b) En su contenido existen principios penales sustantivos, aspectos de derecho procesal; esto es, no hay Códigos diversos como en la actualidad.

En 1810 se aprobó un nuevo Código Penal, y muchos de sus principios perduran todavía hasta nuestros días y han servido de base para infinidad de legislaciones.

Desde la Edad Media, el pueblo francés tenía los siguientes derechos, indispensables para la convivencia, unas veces se recurrió a negociaciones para arrancar privilegios intocables en favor de la persona humana, otras veces, por medio de la violencia, se lograron positivas conquistas del menos sobre el más poderoso.

Por estos derechos se dá origen al Derecho Cartulario, "compuesto por franquicias", cartas, privilegios, mercedes, inmunidades, salvoconductos, los cuales consiguieron un régimen en favor de la libertad, por lo menos con límite a la autoridad del gobierno.

Surge la garantía de la legalidad, conforme a los compromisos de respeto a las normas jurídicas y, en particular, tocante a la administración de justicia.

Al consolidarse la Monarquía, paulatinamente con el Absolutismo, en el siglo XVIII, en Francia comenzó una gran transformación social, para la cual cooperaron las obras de Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Diderot y D'Alambert, pero sin lugar a dudas, son las doctrinas de Montesquieu y Rousseau, las que más destacan en esa transformación social.

En el *Espíritu de las Leyes*, Montesquieu sostuvo la idea de la división del poder en tres ramas, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, como el único medio de frenar el Absolutismo; por su parte Rousseau, en el *Discurso sobre la Desigualdad del Hombre*, atacó los privilegios de la época y en el *Contrato Social*, sostuvo la idea de la soberanía popular, afirmando que la voluntad general se conocía a través de las Asambleas, reunión de representantes del pueblo, únicos capaces de dar normas a la colectividad.

Fueron esas ideas, las determinantes en la Asamblea Constituyente francesa de 1789, ya que el pensamiento de la Asamblea Nacional estuvo influido por las ideas de los teóricos franceses que reflejaban el sentimiento popular, como lo demuestran los discursos pronunciados en los debates, girados alrededor de los valores de libertad e igualdad.

Montesquieu, Rousseau y también el abate José Manuel Sieyès, fue ese apoyo ideológico que tuvo la Asamblea, al formular su Declaración de Derechos.

Probablemente haya sido Rousseau, quien más arraigo alcanzara en el pueblo francés, y quien más comentarios contradictorios haya provocado posteriormente, sobre todo respecto a su utopía del *Contrato Social*, pero con acierto decía que la "Libertad no puede substituir sin la igualdad, ésta es condición de aquella; juntas constituyen el mayor bien de todos", es por ello que destaca la directa influencia que tuvo entre los asambleístas.

Ahora bien, desde el punto de vista de los textos Constitucionales, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, preveía que la detención no tendría lugar, sino en los casos determinados por la Ley y en las formas por ella descritas.

El mérito de la Declaración de Derechos, consistió en la verdad y en la precisión, en ella se dijo lo que todo el mundo sabía y lo que todo el mintió en ese momento.

Desde la sesión del 18 de agosto, Mirabeau propuso que la Asamblea resolviese que la Declaración de Derechos, era parte integrante de la Constitución y debería formar su primer capítulo, y en la sesión del día 27 de mismo mes, quedó aprobada la Declaración con sus diecisiete artículos, que expresan "los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre", comenzaron por establecer en su artículo 1º, que "Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común.

La Constitución de 1791, a la cual se integró la anterior Declaración, precisaba además los mandamientos de detención (artículo 10); la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, nunca entro en vigor, a más de reproducir en idénticos términos, en su artículo 10, la regla establecida por el artículo 7 de la Declaración de 1789, señalando que "ningún hombre libre puede ser acusado, arrestado, ni detenido sino en los casos determinados por la Ley según las formalidades que ella describe. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar ordenes arbitrarias deben ser castigados; en virtud de que la Ley debe obedecer al instante. Se hace culpable si resiste",²⁵ reconocía además el derecho a repeler, incluso por la fuerza, toda detención fuera de los casos descritos y sin las formas previstas por la Ley (artículo 11).

²⁵ Briseño, Op. Cit p. 54

La Constitución del año III, estipulaba que los mandamientos de detención, debían expresar los motivos de esta y la Ley en la cual se fundaban en las que debían figurar también la copia dirigida al interesado (artículo 223).

Por otro lado, la Constitución del año VIII, recogió estas reglas, precisando que las ordenes de detención no podrían ser expedidas, sino por las autoridades expresamente facultadas para ello, (artículo 77).

Asimismo, las Cartas de 1814 y 1830, mantuvieron intacta la regla esencial del artículo 7 de la Declaración de 1789.

La Constitución de 1848, en forma más escueta, señalaba que nadie podía ser detenido sino según las prescripciones de la Ley (artículo 2).

Por otra parte, el proyecto de Declaración de 1946, regresó, en su artículo 9, a la regla esencial del artículo de la Declaración de 1789.

De lo anterior podemos concluir que alguna de éstas Constituciones prohibían expresamente todo rigor innecesario en la detención de una persona, entre ellos citamos, por ejemplo:

El artículo 9 de la Declaración de 1789; el 13 de la Declaración de 1793; el 232 de la Constitución del año III; el 82 de la Constitución del año VIII; y el 9 del proyecto de Declaración de 1946.

Otras organizaron un cierto control de legalidad en la detención, verbigracia, la Constitución de 1791, artículo II; la Constitución del año III, artículos 224 y 225; y los textos posteriores, con excepción del proyecto de Declaración de 1946, artículo 9, donde no encontramos reglas al respecto, dado que la tarea de fijar las garantías

correspondientes fue confiada a las Leyes Penales Ordinarias.

En cuanto al deseo de limitar la duración de la detención preventiva, hubo también algunas manifestaciones, aún cuando más bien tímidas, en algunos textos fundamentales, (Constitución de 1791, artículo 12; Constitución del año III, artículo 226; proyecto de Constitución de 1793, artículo 6; el Senado-Consulta del 16 termidor año X, artículo 55; y el 28 floreal año XII, artículo 4 permitían a las personas detenidas, cuyo proceso no se iniciara diez días después de su detención, a recurrir a la Comisión Senatorial de la Libertad Individual, a fin de obtener su puesta en libertad; aquí también con expresión del proyecto de Declaración de 1793, artículo 9, párrafo segundo; las Constituciones posteriores nada dispusieron respecto a la duración de la detención preventiva, ya que confiaron su reglamentación a las Leyes Ordinarias).

2.3 Edad Contemporanea

Los pensamientos que originan esta corriente, procedieron de Emmanuel Kant, Federico Hegel, Pablo Juan Anselmo Von Feuerbach, Giandomenico Romagnosi y Francisco Carrara. Ellos en general, sostuvieron los propios lineamientos de Beccaria pero plantearon de manera especial, las siguientes ideas: La pena debía ser proporcional al delito ; todos los hombre son iguales, sin privilegios; y el hombre goza del libre albedrío, o sea, de la facultad de decidir como actuar en la vida, si comete un delito es porque esa decisión no fué influenciada por nada ni por nadie

Kant, define la redistribución moral de la pena. Para él, castigar al delito es un deber, un imperativo categórico, el fundamento de derecho castigar (just puniendi) será ese imperativo categórico; por medio de la pena se retribuye el mal inferido por el delito.

Federico Hegel, apoya respecto a la pena la teoría moral de redistribución jurídica; le dá a su teoría una dirección dialéctica. Asegura que el delito es la negación del

derecho y la pena a su vez es la negación del delito.

Feuerbach, es precursor de las doctrinas de Kant, y de la teoría utilitaria, considera que la pena es una coacción psicológica; y a él se le atribuye ser el autor del principio "nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege".

Romagnosi, coincide en que la pena se basa en una teoría utilitaria donde su prevención se dá por defensa. Por la aplicación de la pena se debe preservar el bienestar social; asegura que el delito debe prevenirse en lugar de castigarse.

Carrara, fué el más brillante expositor de la Escuela Clásica, autor de una obra extraordinaria denominada "Reforma del Curso del Derecho Criminal". Su definición de delito, es más representativa que este concepto. Según este maestro italiano, delito es la infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. El pensamiento de Carrara se sintetiza de la siguiente manera:

- a) Distingue al delito de otras infracciones no jurídicas (morales o religiosas);
- b) El delito sólo se produce por violación a la Ley;
- c) El pensamiento no produce consecuencias en mundo jurídico;
- d) Considera que la inactividad en ocasiones puede producir delito; y,
- e) Las penas deben fundarse en criterios jurídicos.

Jiménez de Asúa, señala que la Escuela Clásica tiene características comunes, las cuales transcribimos:

- a) Método lógico-abstracto, puesto que el Derecho Penal, por ser derecho, había de trabajarse con esa metodología.
- b) Imputabilidad basada sobre el libre albedrío y la culpabilidad moral: Carrara dijo ya, que no podía concebirse el derecho penal sin ser construido sobre esas bases.

- c) El delito como ente jurídico, ya que para los clásicos la acción delictiva no es un "ente de hecho", sino el concepto jurídico del que, según Carrara, se derivan todas las consecuencias de su sistema de Derecho Penal.
- d) La pena se concibe por los clásicos como un mal y como un medio de tutela jurídica.²⁶

Escuela Clásica

Comprende:

- 1.- Igualdad en derechos
- 2.- Libre Albedrío (capacidad de elección)
- 3.- Entidad delito (con independencia del aspecto interno del hombre).
- 4.- Responsabilidad moral (consecuencia del libre arbitrio)
- 5.- Pena proporcional al delito (retribución señalada en forma fija).
- 6.- Método deductivo, tecnológico o especulativo (propio de las ciencias culturales).

Escuela Positivista

La Escuela Positivista surge en Francia, posterior a la Escuela Clásica, basándose en la filosofía de Augusto Comte, se sustenta en tres principios fundamentales: a) la Clasificación de la Ciencia; b) la Religión de la Humanidad y, c) la Clasificación de los de tres Estados.

Los principales representantes de esta doctrina son: César Lombroso, quien consideró que el delincuente era un ser atávico con regresión al salvajismo y fundamentó la Antropología Criminal, Enrique Ferri, creador de la Sociología

²⁶ Jiménez de Asua, Luis, La Ley y el Delito, 3° ed, Ed. Sudamericana, p. 46

Criminal, expone que el medio ambiente es el que crea al delincuente, un medio hostil impulsa al individuo a cometer delitos, ese medio ambiente influye en él y las circunstancias lo orillan a delinquir. Sigmund Freud, fórmula una teoría sobre el psicoanálisis, y se refiere a los complejos del individuo, a los cuales considera como las causas del delito. Es autor de la psicología criminal.

Otro importante de la Escuela Positiva, es Nicole Pende, quien realiza importantes estudios sobre la Endocrinología Criminal.

El más brillante expositor del positivismo es Rafael Garofalo quien diferenció al delito natural del delito legal. Define al delito como la violación de los sentimientos altruistas de piedad y probidad en la medida en que son indispensables para la adaptación del individuo a la colectividad.

Los positivistas en realidad equivocaron su camino, en lugar de estudiar el Derecho Penal, analizaron el tema de como evitar la comisión de delitos. La idea fue buena, pero definitivamente no hicieron Derecho Penal sino Ciencias Causales Explicativas, tales como la Antropología Criminal, Biología Criminal, Psicología Criminal y Endocrinología Criminal, creada por César Lombroso.

Sociología Criminal.- Su autor es Enrique Ferri. Analiza como causa en la comisión de los delitos los factores exógenos del ambiente físico y social. Trata de investigar las causas sociales del delito.

Psicología Criminal.- Es una derivación de la Antropología Criminal, su mejor exponente es Sigmund Freud, pero también destacan Lavastine y Stanciu; estudió la psique del hombre delincuente, y sus procesos, particularmente su reacción frente al delito. Y crea la tesis sobre los complejos.

Endocrinología Criminal.- Su principal expositor es Nicole Pende, según él, el delito se origina por un mal funcionamiento en las glándulas endocrinas.

Según Jiménez de Asua, las características de la Escuela Positivista son opuestas con la Clásica y en ellas se destacan:

- a) Método Experimental. Si el delincuente es un hombre hay que entender, que el delito es un producto de factores, para su estudio y para el hallazgo de remedios puede y debe utilizarse ese método y no el lógico-abstracto.
- b) Responsabilidad Social, derivada del determinismo y temibilidad del delincuente. Enrique Ferri dedicó su tesis doctoral a la negación del libre albedrío, y como determinante, tuvo que basar la responsabilidad en un hecho meramente objetivo; vivir en sociedad. Antes, por Garofalo, y luego por los positivistas, se ha intentado fundar la responsabilidad en el Estado.
- c) El delito, para los positivistas, es un fenómeno nacional y social producido por el hombre.
- d) Y la pena no debe ser castigo, sino un medio de defensa social."²⁷

Tanto en la Escuela Clásica como en la Positivista, tuvieron sus momentos de éxito y de decadencia; los últimos provocaron la presencia de autores que trataron de unir el pensamiento clásico y positivista, por lo menos pretendieron tomar lo que consideraron más importante de cada una de ellas; a estos autores y a la escuela que fundaron se les conoce con el nombre de Eclécticos. Entre los más destacados tenemos a:

- a) Teoría Correccionalista.
- b) Terza Scuola
- c) Escuela Sociológica
- d) Escuela Técnico-Jurídica
- e) Tendencia Dualista

²⁷ Jiménez de Asua, Luis, La Ley y el Delito, 3^o ed, Ed Sudamericana pp -51-52

f) Teoría Penal Humanista

g) Idealismo Activista

- a) Teoría Correccionalista.- Representantes: Carlos David Augusto Roeder, en Alemania y en Francia, Marquet Vasselot. Se defendió la idea de la conexión moral de la pena.
- b) Terza Scuola.- Representantes: Carnevale y B. Alimena. Sostiene que el Derecho Penal no depende de nadie y que el Estado está obligado a realizar la reforma social.
- c) Escuela Sociológica.- Representante: Franz von Listz. Acepta tanto los métodos jurídicos y los experimentales; reconoce al delito como entidad jurídica y como fenómeno natural.
- d) Escuela Técnico-Jurídica.- Representante Manzini. Se opone a la filosofía, el Derecho Penal sólo se dedica a realizar la exégesis del Derecho Positivo.
- e) Tendencia Dualista.- Representante. Birkmeyer. Consideró prudente crear dos Códigos: el Penal Retributivo y otro Preventivo donde debían estar las medidas de seguridad.
- f) Teoría Penal Humanista.- Representante.- Vicente Lanza. La dirección del sostenimiento es la única que vale en la conducta humana; todos lo que viole nuestros sentimientos morales, es delito.
- g) Idealismo Activista.- Representantes: Spirito, Orestes y Maggiore. Aseguran que la única realidad es el espíritu, entre responsables e irresponsables no hay diferencia, los dos son imputables, la diferencia es la punición.

Notas Comunes del Positivismo Actual

- 1.- El punto en la mira de la justicia penal es el delincuente.- El delito es sólo un síntoma revelador de su estado peligroso.
- 2.- Método experimental.- (Se rechaza lo abstracto para conceder carácter científico sólo a lo que pueda inducirse de la experiencia y de la observación.)
- 3.- Negación del libre albedrío.- (El hombre carece de libertad de elección). El delincuente es un anormal.
- 4.- Determinismo de la conducta humana.- Consecuencia natural de la negación del libre albedrío. La conducta humana esta determinada por factores de carácter físico - biológico, psíquico y social.
- 5.- El delito como fenómeno natural y social.- Si el delito es el resultado necesario de las causas apuntadas, tiene que ser forzosamente un fenómeno natural y social.
- 6.- Responsabilidad social.- Se substituye la imputabilidad moral por la responsabilidad social. Si el hombre se halla fatalmente impedido a delinquir, la sociedad se encuentra también fatalmente inclinada a defenderse.
- 7.- Sanción profesional al estado peligroso .- La sanción no debe corresponder a la gravedad objetiva de la infracción, sino a la peligrosidad del autor.
- 8.- Importa más la prevención que la represión de los delitos.- La pena es una medida de defensa cuyo objeto es la reforma de los delincuentes readaptados y la segregación de los inadaptables; por ello interesa más la prevención que la represión; son más importantes las medidas de seguridad que las mismas penas.

2.4. Epoca Actual

México

En el derecho prehispánico, sobre el cual la información en muchos aspectos es incompleta y oscura, se recluía en la cárcel a los inculpados, como se sometía a prisión a los condenados a muerte y a los prisioneros de guerra, "si bien la prisión nunca se imponía como castigo".²⁸

Entre los aztecas, había tres tipos de prisiones de miserable condición: se llamaban quauhcalli, la destinada a los presuntos responsables de delitos graves; petlalcal-li, la reservada a los inculpados de infracciones leves; y teilpiloyan, donde eran recluidos los acusados por deudas.

La detención de los nobles se cumplía en su domicilio; la persecución de ciertos delitos se llevaban a cabo de oficio, es decir, aunque no mediara acusación, pues bastaba el simple rumor público para proceder a la indagación; eran los calpulelque, los encargados de arrestar a los delincuentes.

Los delitos graves, eran sentenciados inmediatamente después de la rendición de pruebas, y únicamente se permitía la tortura en el caso de adulterio, si existían graves sospechas para poder establecer la verdad.

Ahora bien, cabe hacer mención que cada ochenta días, todos los jueces del reino, bajo la presidencia del monarca, se reunían en Audiencia Suprema (nappoal-latol-li), o Tribunal de los Ochenta días, el cual debía decidir especialmente sobre los delitos graves durante cada sesión, que se prolongaba de diez a doce días.

²⁸ Rodríguez y Rodríguez, Op Cit. p 25.

Entre los texcocanos, cuyo procedimiento penal presenta notables semejanzas con el Pueblo Azteca, había jueces ordinarios dotados con poderes restringidos, pero que, sin embargo, podían detener preventivamente a los delincuentes debiendo informar de ello a los Jueces superiores, o bien, turnarle los asuntos para su decisión en el nappoal-latol-li

Por otro lado, los Tarascos presentaban un régimen de encarcelamiento preventivo, que era más frecuente que en otras partes; los jueces locales practicaban la investigación de los delitos; existía un Tribunal Penal Supremo (petamuti), sin embargo, los casos más graves eran turnados al rey para su decisión.

Apenas iniciada la conquista, "hubieron de bosquejarse las primeras instituciones de Justicia Española en nuestro país, debido a circunstancias especiales",²⁹ superponiéndose la Legislación Castellana sobre los nativos.

Sin embargo, la conquista no condujo a una combinación de ordenes jurídicas, ni siquiera a una mezcla legislativa, el español, fascinado ante la fortuna al alcance de su mano y alejado de su autoridad peninsular, deformó sus controles, frustrando los intentos legales de protección a los nativos, e impidió definitivamente la igualdad social a través de castas y jerarquías.

De la conquista siguió la colonización, y el Estado Español, continuó con el esfuerzo de velar porque la justicia fuera la base del nuevo régimen, al grado de imponer respeto a sus viejas normas, por ello, la civilización traída de Europa no dejó de pensar en los nativos como conquistados, merecedores de protección.

Lo anterior, debido a que, durante el periodo colonial español, es decir de Fray Gerónimo de Mendieta, "la cárcel estaba reservada a los delincuentes sentenciados a pena de muerte; para los demás detenidos era innecesario, ya que en tal época huir y no aparecer, era imposible, es decir, era absolutamente imposible sustraerse a la acción de la justicia".³⁰

²⁹ Del Toro, Alfonso. Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. T.I México 1934 p. 60

³⁰ Rodríguez, Op Cit p. 26.

A pesar de ello, durante este periodo existía un régimen de injusticia que predominó en esta etapa, siendo Don Miguel Hidalgo y Costilla, quien formulara un programa social, que se concretó en el bando que promulgó en Guadalajara el 6 de Diciembre de 1810, aboliendo la esclavitud.

Consideró el bando proclamado por dicho caudillo, el remedio en lo más urgente, para cumplir los fines por los cuales la Nación Americana había tomado las armas, puesto que el pueblo decidió cambiar tal injusticia, a través de un movimiento armado, y se dijo que. "todos los dueños de esclavos deberán darles la libertad dentro del término de 10 días, so pena de muerte, la que se aplicará por la transgresión de este artículo".³¹

De lo anterior, podemos observar, que una de las primeras medidas que tomo en consideración este bando, fué la de proteger la libertad de los habitantes que tenían la calidad de esclavos.

Por otro lado, dentro de los antecedentes Constitucionales, que consagran esta garantía de libertad, y que la Constitución de 1917, lo establece en su artículo 16, hemos de señalar por su importancia jurídica los siguientes:

1.- Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, la cual protegía la libertad ambulatoria, en los artículos 287 y 292, estableciendo el primero de los preceptos mencionados que: "Ningún español podrá ser preso sin que proceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la Ley ser castigado con pena corporal y así mismo un mandamiento del Juez por escrito, en que se le notificara en el acto mismo de la prisión".³²

³¹ Tena Ramírez, Felipe. Leyes fundamentales de México 1808-1987. 14 ed México 1987. Ed. Porrúa, p 22.

³² Zamora, OP. Cit p. 5.

Cabe hacer notar, al respecto, que este precepto a pesar de haber tenido vigencia en nuestro país, se refería, no al hombre en general, sino a los españoles exclusivamente.

Este artículo, habla de la aprehensión material del presunto reo, que no podía decretarse, sin la sumaria información, que previamente se hubiere formado, podía conducir a la formal prisión, si de la investigación arrojaba a la luz suficiente contra persona determinada, o podía ser simplemente detención en caso diverso.

Era requisito indispensable, que el mandamiento de aprehensión fuera dado por un Juez, de manera escrita, haciendo el conocimiento de tal orden al presunto reo, cumpliéndose así el requisito de legalidad.

Por otro lado, el artículo 292, hizo referencia al delito cometido en flagrancia, al señalar: In fraganti todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del Juez: presentado o puesto en custodia, se procederá en todo como se previene en los artículos precedentes".³³

Del precepto mencionado nos percatamos que por desgracia la práctica no ha correspondido a tan brillantes teorías, y que el mexicano antes y después de ésta Constitución, fué reducido impunemente a prisión, sin previa información sumaria, sin orden escrita de la autoridad competente, y sin notificación en forma, aún cuando tal orden existiera escrita.

En esta Constitución se advierte, la diferencia que existe entre los términos de prisión, detención, arresto, aprehensión, así como lo que debe entenderse por el auto de formal prisión.

³³ Idem.

2.- Decreto Constitucional para la Libertad de América Mexicana, sancionada en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, en el que de igual manera, se contempló la protección en sus artículos 21, 22, 28, 30 y 166; diciendo el primer precepto que : "solo las Leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido un ciudadano".³⁴

A su vez, el artículo 22, hizo énfasis en que: "Debe reprimir la Ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar a las personas de los acusados".³⁵

Nótese, que en los mencionados artículos, ya se prescribe la detención, aún cuando todavía en forma muy desdibujada, y sin señalamiento de los requisitos que se deben cumplir para su procedencia.

En el artículo 28 de este Decreto, se dijo "Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de Ley",³⁶ volviéndose a destacar el principio de legalidad que había sido establecido en la Constitución de los Estados Unidos y en la Declaración Francesa de 1789, poniendo de esta manera un límite al acto frecuentemente tirano que atentara contra el ciudadano.

En el campo del derecho penal, esto se tradujo en la idea de que se necesita pro forma para sujetarse estrictamente a la observancia de ciertos requisitos legales, y para que un procedimiento, sea considerado legal, pues de lo contrario sería ilegal cuando no cumpla con aquéllos requisitos que señale la Ley, atentando de esta manera todo tipo de garantía.

Por otro lado, el artículo 30 estableció: "todo ciudadano se reputa inocente mientras no se declare culpable",³⁷ siendo dicho principio tomado de la Declaración Francesa a que ya hemos hecho mención.

³⁴ De Gonzalez Manscal, Olga Islas La Prisión Preventiva. Doctrina y Constitución Mexicana, Artículo en la Obra jurídica Mexicana. T. IV P G R. México 1987 p 3305

³⁵ Op Cit. P. 3306.

³⁶ Zamora-Pierce, Op. Cit p 5.

³⁷ De González, Op Cit p. 3306

Jurídicamente, decir que se presume la inocencia del imputado, quiere decir que se le reconoce en posesión de un derecho a su vida, a su libertad y a su patrimonio, y que el Estado podrá privarle de tales derechos únicamente cuando, seguido un proceso penal en su contra, el Juez pronuncie sentencia declarándolo culpable y esa sentencia quede firme; idéntico principio expresa la máxima nulla poena sine iudicio.

Es importante destacar, que el principio de presunción de inocencia, no vuelve a señalarse en ningún otro texto constitucional y que lamentablemente no se han vuelto a legislar más que ordenamientos secundarios.³⁸

Por último, el artículo 166 del este Decreto, señaló: "No podrá el Supremo Gobierno: Arrestar a ningún ciudadano en ningún caso más de cuarenta y ocho horas, dentro de cuyo término deberá remitir al detenido al tribunal competente con lo que se hubiere actuado".³⁹

Del precepto antes citado, se establece ya un límite para el Estado, tendiente a proteger la libertad personal de cualquier persona, sin embargo, la Carta de Apatzingán careció de vigencia práctica, y aunque fueron designados a los titulares de los tres poderes que instituyó al respecto de la misma, las condiciones que prevalecían en el país, impidieron su actuación normal.

3.-Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la Ciudad de México, el 18 de diciembre de 1822, en cuyos artículos 11, 72, 73 y 74 dijo lo siguiente:

³⁸ Por ejemplo, el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, señala: "En caso de duda debe absolverse. No podrá condenarse a un acusado sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa

³⁹ Zamora, Op Cit p 5.

Artículo 11. "La libertad personal es igualmente respetada. Nadie puede ser preso ni arrestado, sino conforme a lo establecido por la Ley anterior o en los casos señalados por este reglamento".⁴⁰

En este precepto, volvió a reafirmar el principio de legalidad, que implica en materia penal, que una Ley posterior pene una conducta anterior, marcando de esta manera junto con los siguientes artículos, la prohibición de arrestos y prisiones fuera de los casos establecidos en la Ley o reglamento.

En el artículo 72, se estableció que: "Ningún mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto o el quejoso se obligue a probarlo dentro de seis días, y en su defecto a satisfacer el arrestado los atrasos y perjuicios que se le sigan de aquélla providencia".⁴¹

Por otra parte el artículo 73, señaló que: "En caso de denuncia, el que la diera no se ofrezca a probar, y el Juez pensando atentamente las circunstancias de aquel y del denunciando, a la gravedad y trascendencia del delito, y el fundamento de la denuncia, formara entonces un proceso instructivo. Si de éste resulta semiplena prueba o vehemente sospecha, procederá el arresto; así como si obrando de oficio teme fundadamente que se fugue el presunto reo antes de averiguar el hecho. In fraganti todo delincuente debe ser preso y todos pueden arrestarle conduciéndole a la presencia del Juez".⁴²

Cabe hacer mención por último, que el artículo 74 de este reglamento, señaló de una manera especial, que: "Nunca será arrestado el que de fiador en los casos en que la Ley no prohíbe admitir fianza".⁴³

⁴⁰ Idem pp 5-6

⁴¹ De González Mariscal, Op. Cit. p. 3306.

⁴² Zamora, Op. Cit. P. 6.

⁴³ De González Mariscal, Op. Cit. p. 3306

Así observamos, que este reglamento dió un trato distinto al presunto responsable de un ilícito, según el delito que persiguiera por denuncia o "queja", además de que se reservó la prisión preventiva para aquéllos delitos perseguidos por queja en los casos de que la pena fuera corporal.

Fué una innovación de este reglamento, autorizar la libertad bajo fianza en los delitos que no tuvieran pena corporal al mismo tiempo prohibió arrestar al que de fiador, tratándose de delitos cuya pena no fuera de prisión.

También, facultó el arresto cuando el Juez tenía fundadamente que pudiera fugarse el presunto reo, y por otra parte, se exigió que se contara con pruebas de la comisión del delito.

No es por demás señalar, que en cuanto al delito cometido en flagrancia, dicho reglamento facultó a todas las personas a capturar al delincuente, con la obligación de conducirlo a la presencia del Juez y con tal de que no cometieran abusos, se impuso al quejoso el pago de "atrasos y perjuicios", en caso de que aquél no probara el delito.

4.- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de Octubre de 1824, en donde encontramos la protección de la libertad personal en los artículos 112 fracción II y en el artículo 150.

En el artículo 112, en su fracción II, se señaló una restricción de las facultades del Presidente de la República, al establecer que no podía privar "a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna; pero cuando lo exija el bien y la seguridad de la Federación, podrá arrestar, debiendo poner a las personas arrestadas, en el término de cuarenta y ocho horas a disposición del tribunal o Juez competente".⁴⁴

⁴⁴ Zamora, Op Cit. p 6

De esta manera, hemos de observar que el bien y la seguridad de la Federación han estado por encima de todo, y que para no alterar el orden público, siempre se ha tratado de reprimir al infractor de la Ley. Por lo que como caso excepcional, señalaba este artículo que el Presidente de la República, sí podía en consecuencia privar de la libertad a una persona cuando los intereses de la Federación se hubieren visto afectados.

En el artículo 150 de esta Carta Magna, se estableció que: "Nadie podrá ser detenido sin que haya semiplena prueba, o indicio de que es delincuente".⁴⁵

A este propósito nuestra Legislación Constitucional, adelantó mucho en la corrección de la teoría, puesto que tuvo una forma más precisa al requisito previo a la expedición de la orden de detención, sin embargo, en este artículo estuvo desacertado el legislador, porque si a su juicio bastaba cualquier indicio para justificar la expedición de la orden de detención, entonces fué inútil que prescribiera la necesidad de la prueba semiplena. Si por el contrario, era necesaria la prueba semiplena, entonces evidentemente no es un indicio cualquiera lo que llega a constituir una semiplena prueba.

5.- Leyes Constitucionales de la República Mexicana suscritas en la Ciudad de México, el 29 de diciembre de 1836, donde se ofrecieron disposiciones semejantes, reconociendo como del derecho del mexicano, esa protección a su seguridad personal.

La Ley Primera, manifestó al respecto lo siguiente.

Artículo 2o. "Son derechos del mexicano:

⁴⁵ Idem.

I.- No poder ser preso, sino por mandamiento de Juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido por disposición de las autoridades a quienes corresponda según la Ley. Exceptuándose el caso del delito in fraganti, en el que cualquiera puede ser aprehendido, y cualquiera puede aprehenderle, presentándole desde luego a su Juez o a otra autoridad pública.

II.- No poder ser detenido más de tres días por autoridad ninguna política, sin ser entregados al fin de ellos, con los datos para su detención, a la autoridad judicial, ni por ésta más de diez días sin proveer auto motivado de prisión. Ambas autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos".⁴⁶

Es preciso decir, que la Nueva Legislación, corrigió los defectos de vaguedad e indeterminación que bajo cierto aspecto, tenía la Antigua Legislación, pues declaró de una manera precisa, que la orden de prisión, no puede partir sino de autoridad judicial que tenga la calidad de competente.

Declaró, como se observa, que ésta orden debía ser dada por escrito y firmada por Juez competente, y todo esto supone que con todas las formalidades de una notificación judicial, y debía hacerse saber a la persona contra quien se hubiere dictado, y también supone que debía asentarse lo que ella contestara, sin perjuicio, por su puesto, de ejecutarla.

Se señaló que la aprehensión, si bien, podía ser ordenada por otra autoridad que no fuere la judicial, era necesario siempre que la Ley le encomendara esta facultad.

También se puso de manifiesto, que sin orden de la autoridad judicial o política, podía procederse a la aprehensión de un delincuente, en el único caso de que fuera sorprendido in fraganti; y aún entonces, previno que era obligación presentar inmediatamente al detenido ante su Juez, o en su defecto ante la autoridad pública.

⁴⁶ De Gonzalez, Op Cit. p 3307

Declaró, que la detención verificada por orden de la autoridad judicial, no podía durar más de diez días de verificada la detención, fuera de la orden dada al efecto, hubiere precedido de la judicial, o fuera que hubiere partido de la política, en consecuencia, se penó generalmente toda infracción Constitucional

La Ley Cuarta, estableció lo siguiente:

Artículo 18: "No puede el Presidente de la República:

li.- Privar a nadie de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna; pero, cuando lo exijan el bien o la seguridad pública, podrá arrestar a los que fueren sospechosos, debiendo ponerlos a disposición del tribunal o Juez competente a los tres días a más tardar".⁴⁷

Así, volvemos a observar como caso de excepción, que el Presidente, cuando lo exija el bien y la seguridad pública, sí podía hacer lo contrario a lo que establece este último artículo.

Por su parte, la Ley Quinta señaló al respecto

Artículo 41: El mandamiento escrito y firmado del Juez, que debe preceder a la prisión, según el párrafo I, artículo 2º de la Ley Constitucional, se hará saber en el acto al interesado, este y todos deberán obedecer, cumplir y auxiliar estos mandamientos.

Artículo 42: En caso de resistencia o temor fundado de fuga podrá usarse la fuerza.

⁴⁷ Zamora-Pierce, Op Cit. p 7

Artículo 43: Para proceder a la prisión se requiere:

I - Que proceda información sumaria, que resulte de haber sucedido un hecho que merezca, según las Leyes, ser castigado con penal corporal.

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

Artículo 44: Para proceder a la simple detención basta alguna presunción legal o sospecha fundada, que incline al Juez contra la persona y por un delito determinado. Una Ley fijará las penas necesarias para reprimir la arbitrariedad de los jueces en esta materia.⁴⁸

Artículo 46: Cuando en el progreso de la causa, y por sus constancias particulares apareciera que el reo no debe ser castigado con la pena corporal, será puesto en libertad, en los términos y con las constancias particulares de que el reo no debe ser castigado con pena corporal, será puesto en libertad, en los términos y con las circunstancias que determinara la Ley.⁴⁹

En resumen podemos decir, que este conjunto de Leyes vino a introducir plazos, tanto para la autoridad administrativa como para la judicial; se exige a la autoridad judicial, un auto motivado para imponer la prisión preventiva; también se autoriza esta prisión preventiva, sólo para los delitos que merezcan ser castigados con pena corporal, siempre y cuando existan pruebas del hecho delictuoso, y algún motivo o indicio relativo a la autora; por último, se estipuló conceder la libertad, cuando en progreso de la causa, se advierta que la pena que amerite el delito, no es corporal.

6.- Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, fechada en la Ciudad de México en 30 de junio de 1840, en donde se dijo lo siguiente:

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ De Gonzalez Manscal, Op. Cit p 3308

Artículo 9° Son derechos del mexicano:

I.- Que nadie lo pueda aprehender ni detenerlo sino por disposición de las autoridades facultadas expresamente por la Ley, y en virtud de indicios de los menos, por los cuales se presume que ha cometido, o intentaba cometer algún delito, sólo en el caso de que las circunstancias no den tiempo para ocurrir a las autoridades, entonces cualquier individuo podrá aprehender al delincuente, con tal de que acto continuo lo presente a cualquiera de ellas, expresando los motivos, que lo hayan obligado al procedimiento.

II.- Que no pueda ser llevado a la cárcel o a otro lugar de prisión, ni mantenerse en ella fuera de los términos, que se expresará adelante, sin que se expida al efecto mandamiento por escrito, firmado de la autoridad respectiva, o se provea auto formal motivado, y se dé copia de uno y otro tanto al interesado como al alcalde o custodio de la prisión, y éstos no recibirán en ella ningún reo sin éste requisito.

III.- Que no pueda ser detenido más de tres días por ninguna autoridad política, sin ser entregados a fin de que ellos con los datos que hayan dado margen al procedimiento, a la autoridad judicial, no será por más de ocho días, sin proveer auto motivado de prisión".⁵⁰

IV.- "Que no puede ser declarado formalmente preso, sin que proceda información sumaria, de la cual resulte a lo menos semi plena prueba, de haber cometido algún delito.

V.- Que no pueda ser detenido, ni permanecer en prisión, dando fianza, siempre que por la calidad del delito, o por las constancias del proceso aparezca que no se le puede imponer, según la Ley, pena corporal".⁵¹

⁵⁰ Zamora-Pierce, Op Cit. p 7

⁵¹ De Gonzalez Mariscal, Op. Cit p. 3308

En resumen, éste proyecto señaló, para el internamiento en prisión, un mandamiento escrito, y para el mantenimiento en la prisión, más allá de los términos, un auto formal motivado; además, disminuyó el plazo relativo al mantenimiento en prisión a ocho días, en contraposición a los diez días que señalaba la constitucional de 1836; dispuso como necesaria para la procedencia de la prisión preventiva, semiplena prueba de haber cometido algún delito y por último estipuló la libertad bajo fianza en los delitos que no merezcan pena corporal.

7.- Primer proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 25 de agosto de 1842, en el artículo 7o., se dijo que: "La Constitución declara a todos los habitantes de la República el goce perpetuo de los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad contenidos en las disposiciones siguientes:

VI. Ninguno puede ser aprehendido, detenido, ni preso sino por previo mandato o auto escrito de Juez competente de su propio fuero; ni juzgado o sentenciado por otro, ni custodiado fuera de la residencia del que debe juzgarlo; ni preso en otro edificio que el que le señalare su Juez, conservándose en aquél a su absoluta disposición.

VII. Ninguno será aprehendido, sino cuando contra él obren indicios por los cuales se presuma ser el reo de un delito que se ha cometido; no será detenido por más de tres días, a menos que subsistan las presunciones que dieron causa a la detención; ni más de ocho, sin que se provea el auto motivado de su prisión".⁵²

VIII. "No puede declararse preso a un individuo sin que preceda una información sumaria por escrito, y sólo cuando de ella resulten nuevos indicios o se corroboren legalmente los anteriores; ni podrá conservársele en detención o prisión dando fianza, siempre que de la calidad del delito o de las constancias procesales, aparezca que no se le puede imponer pena corporal".⁵³

⁵² Zamora-Pierce, Op. Cit. p.8.

⁵³ De Gonzalez Mariscal, Op. Cit. p. 3309

IX.- "Las autoridades políticas pueden mandar aprehender a los sospechosos y detenerlos por veinticuatro horas; más al fin de ellas deben de ponerlos a disposición de su propio Juez con los datos para su detención. En cuanto a la imposición de las penas no pueden decretar otras que las pecuniarias o de reclusión, que en su caso establezcan las Leyes".⁵⁴

El primer proyecto de Constitución de referencia, establece por primera vez, la necesidad para la aprehensión, de un mandato previo o auto escrito por Juez competente (esto ya se requería para la detención y la prisión), también alude en forma destacada, a la jurisdicción y fuero del Juez, así mismo, conserva los plazos de detención anteriores a la prisión preventiva.

Por último, dicho proyecto de Constitución, introduce la exigencia de indicios en contra del acusado, para su aprehensión ya que se establecían como requisito para la prisión preventiva), y mantiene la libertad bajo fianza para los delitos que no tienen asignada pena corporal.

8.- Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842, fechado en la Ciudad de México, el 26 de agosto del mismo año, el cual, en su artículo 5o, señaló que: "La Constitución otorga a los derechos del hombre las siguientes garantías:

Seguridad:

VI.- Toda aprehensión debe verificarse por los funcionarios a quienes la Ley encomienda ésta facultad, en virtud de indicios de que se ha cometido determinado delito del que sea responsable el aprehendido, y previa orden escrita de la autoridad judicial de su propio fuero o de la política respectiva

⁵⁴ Zamora-Pierce, Op. Cit. p.8.

Exceptuase el caso del delito infraganti, en que cualquiera puede ser aprehendido y cualquiera aprehenderlo, presentándolo inmediatamente a su propio Juez o a otra autoridad pública.

VII.- El aprehendido no podrá ser detenido más de ocho días por la autoridad judicial sin proveer el auto de prisión, ni más de veinticuatro horas por la política, la cual lo entregará al fin de ellas a su Juez con los datos que tuvieren".⁵⁵

En el voto particular que se menciona, como se puede observar, se reduce a veinticuatro horas el plazo de detención política, manteniendo los requisitos de seguridad jurídica que debían guardar los actos de autoridad competente.

9.- Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México, el 2 de noviembre de 1842, en cuyo artículo 13 estableció que: "La Constitución reconoce en todos los hombres los derechos naturales, de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, otorgándoles en consecuencia las siguientes garantías:

Seguridad:

XII.- Ninguno será aprehendido, sino por agentes o personas que la Ley establezca y en virtud de orden escrita del Juez de su propio fuero, o de la autoridad política respectiva y cuando contra él obren indicios por los cuales se presuma ser reo de un determinado delito que se ha cometido, y no podrá ser detenido más de ocho días por la autoridad judicial, sin proveer el auto de prisión, ni más de veinticuatro horas por la política, la cual lo entregará dentro de ellas a su Juez con los datos que tuviere".⁵⁶

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Zamora-Pierce, Op Cit. p.9

Este segundo proyecto de Constitución, reproduce las garantías consagradas en el Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842, pues en esencia no varió en mucho los requisitos para poder privar de la libertad a una persona como probable responsable de un hecho delictuoso sin especificar que éste tuviera o no pena corporal.

10.-Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la Honorable Junta Legislativa, establecida conforme a los Decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionados por el Supremo Gobierno Provisional con arreglo a los mismos decretos el día 12 de junio de 1843, y publicados por el Banco Nacional, el día 14 del mismo, las cuales establecieron en el correspondiente artículo 9º, los derechos de los habitantes de la República:

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

VI.- Ninguno será detenido más de tres días por la autoridad política sin ser

VII.-entregado con los datos correspondientes al Juez de su fuero, ni éste lo tendrá en su poder más de cinco días sin declararlo preso. Si el mismo Juez hubiere verificado la aprehensión o hubiere recibido al reo antes de cumplirse los tres días de su detención, dentro de aquél término se dará el auto de bien preso, de modo que no resulte detenido más de ocho días. El simple lapso de estos términos, hace arbitraria la detención, y responsable a la autoridad que la cometa, y a la superior que deje sin castigo éste delito".⁵⁷

⁵⁷ De Gonzalez Mariscal, Op. Cit p. 3312

11.-Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, dado en el Palacio Nacional de México, el 15 de mayo de 1856, en cuyos artículos 40 al 44 y 49 al 51, se dijo lo siguiente:

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

Artículo 41.- El delito in fraganti, el reo que se fuga de la cárcel o del lugar en que se ha cometido el delito, y el reo ausente que sea llamado por pregones públicos, pueden ser aprehendidos por cualquier particular, quien el acto lo presentará a la autoridad política.

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

Artículo 43.- La autoridad política deberá poner a los detenidos a disposición del Juez de la causa dentro de sesenta horas. Pasadas éstas, el Juez podrá reclamar la entrega del detenido y los datos que obren contra él; y si no los recibiere dentro de veinticuatro horas después de pedidos, dará la orden de la libertad de aquél; la cual será obedecida por el encargado de la custodia del supremo reo a disposición de algún Juez".⁵⁸

⁵⁸ Zamora-Pierce, Op Cit p 9-10.

"Artículo 44.- La autoridad judicial no puede detener a ningún acusado por más de cinco días, sin dictar el auto motivado de prisión, del que se dará copia al reo y a su custodio, y para el cual se requiere: que se este averiguando el cuerpo del delito; que haya datos suficientes , según las Leyes, para creer que el detenido es responsable, y que se le haya tomado declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión y de quién es su acusador, si lo hubiere.

Artículo 49.- Se arreglarán las prisiones de manera que los detenidos estén separados de los presos y que a ninguno se obligue a la comunicación con los demás detenidos ; y ni a unos ni a otros podrá sujetarse a tratamiento alguno que importe alguna pena. Las Leyes fijarán los trabajos útiles a que puede obligarse a los presos y los medios estrictamente necesarios para la seguridad y policía de las prisiones.

Artículo 50. En los delitos en que las Leyes no castiguen con pena corporal, se pondrá en libertad bajo fianza.

Artículo 51. El término de la detención, para los efectos que expresa el artículo 44 y con excepción de lo previsto en el artículo 45, se comenzará a contar desde la hora en que el Juez mismo haga la aprehensión del reo, o desde la hora en que se le reciba, si otra persona lo hiciere. El reo será declarado preso en la cárcel del lugar de la residencia del Juez, de oficio o a petición de la autoridad política. "Trasladarlo cuando la cárcel no sea segura, a la más inmediata que lo sea, quedando el preso sujeto, en todo caso, a las expresivas órdenes de su Juez".⁵⁹

⁵⁹ De Gonzalez Mariscal, Op Cit. p. 3312-3313.

Este Estatuto es preciso, en cuanto al término que tiene la autoridad política para poner a los detenidos a disposición del Juez de la causa, dentro de las sesenta horas.

Además, sostiene el plazo de cinco días para la detención ante la autoridad, (ya dispuesto en las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843); introduce como novedad el momento en que se inicia el cómputo de la detención, pero es omiso en cuanto al plazo de la detención ante la autoridad política o administrativa.

Señala por primera vez, la necesidad de que esté "averiguado" el cuerpo del delito, y que existan datos suficientes para creer que el detenido es responsable y dictar el auto motivado de prisión; así mismo, continúa con el señalamiento de que los detenidos quedarán separados de los presos; y vuelve a prescribir la libertad bajo fianza.

12 -Proyecto de Constitución Política de República Mexicana, fechada en la Ciudad de México, el 16 de junio de 1856, el cual en su artículo 5o., estableció que: "Todos los habitantes de la República, así en sus personas y familias, como en su domicilio, papeles y posesiones están a cubierto de todo atropellamiento, examen o cateo, embargo o secuestro de cualquier persona o cosa, excepto por los casos prefijados por las Leyes y con la indispensable condición de que se proceda racionalmente y que la autoridad competente exprese en su mandato escrito la causa probable del procedimiento, sostenida por la afirmación, al menos de un testigo, y señale y describa el lugar que deba ser registrado o la cosa o persona que debe ser secuestrada. En caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata."⁶⁰

Fue enfático en su artículo 27, al decir que: "A todo procedimiento del orden criminal debe proceder querrela, o acusación de la parte ofendida, a instancia del Ministerio Público, que protege los derechos de la sociedad."⁶¹

⁶⁰ Zamora-Pierce, Op Cit. p. 10

⁶¹ Idem.

Se observa en éste proyecto de Constitución, que la garantía de seguridad comienza a perfeccionarse, requiriendo que a todo procedimiento del orden criminal, proceda una denuncia, querrela o acusación de la parte ofendida a instancia del Ministerio Público.

También dicho proyecto señaló, que sólo en los casos prefijados por las Leyes, las autoridades competentes podrán conculcar las garantías que protege éste proyecto, requiriendo sin embargo, además de un mandamiento por escrito, la afirmación de al menos un testigo que señale el lugar que debe ser registrado o la cosa o persona que debe ser secuestrada.

13.-Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857, la cual establece en su artículo 16 que: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento por escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

"En el caso del delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata."⁶²

En ésta Constitución, como se observa, se siguen contemplando los requisitos de competencia, fundamentación y motivación que expresen el motivo de legalidad que debe regir para todo acto de autoridad, que implique molestia a los gobernados en sus derechos.

14.-Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en el Palacio de Chapultepec el 10 de abril de 1865, mismo que debemos mencionar aunque no forme parte de la tradición jurídica nacional por contener previsiones sobre la materia en sus artículos 60 y 61.

⁶² Zamora-Pierce, Op Cit p. 10.

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

Artículo 61. Si la autoridad administrativa hiciere la aprehensión, deberá poner dentro de tercero día al presunto reo a disposición de la que deba juzgarle, acompañado de los datos correspondientes; y si el Juez encontrara mérito para declararlo preso, lo hará a más tardar dentro de los cinco días; siendo su responsabilidad, la detención que pase de éstos términos.

Por si la aprehensión se hiciere por delitos contra el Estado, o que perturben el orden público, la autoridad administrativa podrá prolongar la detención hasta dar cuenta al Comisario Imperial o al Ministro de Gobernación, para que determine lo que convenga."⁶³

15 -Mensaje y Proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la Ciudad de Querétaro el 1o de diciembre de 1916, en cuyo artículo 16 de dicho proyecto se estableció que: "No podrán librarse órdenes de arresto contra una persona, sino por la autoridad judicial y siempre que se haya presentado acusación en su contra por un hecho determinado que la Ley castigue con pena corporal o alternativa, pecuniaria y corporal, y que éste, además, apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable su responsabilidad, con excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata".

⁶³ Zamora-Pierce, Op. Cit p. 11

“Solamente en los casos urgentes podrá la autoridad administrativa decretar, bajo su más estrecha responsabilidad, la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.”⁶⁴

Como puede observarse, El Presidente Venustiano Carranza, modificó, antes de ser electo el proyecto que presentara, los conceptos básicos del artículo 16 y propuso que sólo la autoridad judicial quedase facultada de librar órdenes de arresto contra las personas, siempre que se hubiese presentado acusación fundada en su contra, por hechos que la Ley castigue con pena corporal o alternativa, apoyada en declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por otros datos que hicieren probable la responsabilidad, con excepción hecha en los casos de flagrante delito o en casos urgentes en que correría a cargo de la autoridad administrativa y bajo su responsabilidad decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

La Comisión que dictaminó sobre el proyecto, integrada por los diputados Francisco J. Múgica, Enrique Recio, Enrique Colunga, Alberto Román y Luis G. Monzón, estimó por ésta razón, que toda orden de aprehensión debía ser girada por escrito, por autoridad competente, expresándose en ella, el motivo y fundamento legal en que se apoyara, para que el aprehendido pudiera darse cuenta exacta de la acusación hecha en su contra. En cuanto a la autoridad administrativa, estimaron peligrosas las facultades que se le otorgaban para dictar órdenes de aprehensión,⁶⁵ concediendo en cambio a éstas, la posibilidad de realizar determinados actos que fortalecieran y legalizarán su actuación.

Fue en la sesión del 13 de enero de 1917, cuando la Comisión presentó un tercer proyecto que fue aprobado por 147 votos contra 12, y se convirtió en el texto establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ A este respecto, resulta interesante consultar el Diario de los Debates del Congreso Constituyente publicado bajo la dirección del C. Fernando Romero García, Oficial Mayor de dicho Congreso Tomo I México D.F., imprenta de la Camara de Diputados 1917. pp 619-635.

promulgada el 5 de febrero de 1917.

16.-La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos promulgada el 5 de febrero de 1917, estableció en su artículo 16, lo siguiente: Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la Ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración bajo protesta, de persona digan de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción en los casos de flagrante delito en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en los casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

De esta manera, vemos que la Constitución de 1917, recogió y ratificó algunas de las disposiciones establecidas por las anteriores (Decreto Constitucional de Apatzingán, y las Constituciones de 1824 y 1857), e introdujo otras a la vez, en donde observamos que la garantía consignada en la primera parte de éste artículo, así como las que establece el artículo 14 Constitucional, son la base sobre la que descansa el procedimiento judicial, protector de los derechos del hombre (juicio de amparo).

Es tajante la prohibición de ocasionar molestar a las personas, a sus familias, papeles o posesiones, sino es con una orden escrita, fundada y motivada en una disposición legal y expedida por una autoridad que de acuerdo con una Ley en vigor, tenga facultades expresas para realizar esos actos.

La segunda parte de éste artículo 16, ordena que sólo la autoridad judicial, puede librar orden de aprehensión o detención, cuando se reúnan los requisitos que el mismo establece, es decir:

- a) Que haya una denuncia, acusación o querrela, respecto de un hecho que la Ley sancione con pena de prisión.
- b) Que ésa denuncia, acusación o querrela, debe estar apoyada por declaraciones de personas dignas de todo crédito o por otros datos que lleven al juzgador al convencimiento de la probable responsabilidad del sujeto autor de los hechos puestos en conocimiento de la autoridad, y
- c) Que el delito que se atribuye al presunto responsable, se castigue con la pena de prisión.

Estas reglas un caso de excepción: cuando alguien es sorprendido en el momento de cometer un delito, esto es, *in fraganti*; cualquier persona puede detener al infractor y ponerlo de inmediato en manos de la autoridad.

En la tercera parte del artículo, prevé la posibilidad de que la autoridad administrativa pueda dictar una orden para detener a una persona, pero deben cumplirse las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de "casos urgentes", en los que no sea posible realizar los trámites normales para que se dicte la orden por una autoridad judicial, sin embargo, éste requisito, como lo señala el maestro Ignacio Burgoa, "abre un ilimitado campo propicio al subjetivismo de las autoridades administrativas, incluyendo dentro de su tipo funcional y orgánico, al Ministerio Público, para atentar contra la libertad personal de los gobernados."

En efecto, la estimación de cuando se está en presencia de un "caso urgente", queda al arbitrio de cualquier autoridad que pretenda detener a una persona sin orden judicial.

Bien es cierto, que el legislador ordinario, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículo 268), estableció un criterio de calificación de la "urgencia"; pero también es verdad, que éste no sólo eliminó el subjetivismo, sino que lo reafirmó al disponer que "existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente, cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se practica la detención no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existan serios temores de que el responsable se sustraiga a la acción de la justicia". Por tanto, es suficiente que cualquier autoridad administrativa abrigue esos temores en su insondable fuero interno, para que por sí y ante sí, estime que se trata de un "caso urgente" y proceda a detener a la persona que en su concepto, sea la autora de un delito que se persiga de oficio..."⁶⁶

b) Que sean delitos que se persigan de oficio.

c) Que no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y,

d) que se ponga al detenido de inmediato, a disposición de la autoridad judicial para que ésta siga el procedimiento.

Sin embargo, como acertadamente señaló el maestro Ignacio Burgoa, "la obligación de poner "inmediatamente" al detenido a disposición de la autoridad judicial, es notoriamente impráctico, desajustado de la realidad y en esencia violable por los imperativos de la función persecutoria a cargo del Ministerio Público. Por ello, el artículo 16 Constitucional atenta contra la libertad de los gobernados, sujetando ésta al criterio de la autoridad administrativa, e imposibilita el debido y elebado ejercicio de las atribuciones de dicha institución social, ambos defectos deben corregirse..."⁶⁷

⁶⁶ Burgoa O Ignacio Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo 3 de. México 1992 Ed Porrúa pp. 73-74

⁶⁷ Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales 18 ed. México 1984 Ed. Porrúa p. 613.

A éste artículo 16, hasta el 3 de febrero de 1983, le fueron adicionados otros dos párrafos que formaron parte del mismo, uno, relacionado con el manejo de correspondencia; otro, con el impedimento de exigir alojamiento en casa particular en tiempos de paz, contra la voluntad del propietario; o para imponer a cualquier persona alguna prestación y sólo en tiempos de guerra se permita a los militares la requisición; anteriormente esos párrafos eran del texto de los artículos 25 y 26 Constitucionales.

Pero sin lugar a dudas, el artículo 16 Constitucional, sufrió importantes reformas en 1993, mismas que son de notable importancia, ya que corrigen acertadamente, en la terminología jurídica, y fortalece la garantía de seguridad jurídica, tendiente a proteger la libertad personal, reformas que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación, tomo CDLXXX, Número 3, fechado el viernes 3 de septiembre de 1993, en donde también se publicaron las reformas de los artículos 19, 20, 119 y se derogó la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Capítulo III

La Retención y Detención en el derecho y procesal penal mexicano

3.1. Antecedentes Constitucionales

Primer antecedente

Elementos Constitucionales elaborados por Ignacio López Rayón, de 1811:

“Cada uno se respetará en su casa como en un asilo sagrado, y se administrará con las ampliaciones, y restricciones que ofrezcan las circunstancias”, la célebre Ley Corpus habeas de la Inglaterra

Segundo antecedente

Artículo 287, 292 y 306 de la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812:

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

Artículo 292. In fraganti todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del Juez: presentado o puesto en custodia, se procederá en todo como se previene en los dos artículos precedentes.

Artículo 306. No podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la Ley para el buen orden y seguridad del Estado.

Tercer antecedente

Los Sentimientos de la Nación o a los 23 puntos sugeridos por José María Morelos para la Constitución de 1814, suscritos en Chilpancingo el 14 de septiembre de 1813.

"Que a cada uno se le guarden las propiedades y respete en su casa como en un asilo sagrado señalando penas a los infractores."

Cuarto antecedente

Artículos 28, 32 y 166 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814:

Artículo 28. Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la Ley.

Artículo 32. La casa de cualquier ciudadano no es un asilo inviolable; sólo se podrá entrar en ella cuando haya un incendio, una inundación o la reclamación de la misma casa haga necesario esté acto. Para los objetos de procedimiento criminal deberán proceder los requisitos previstos por la Ley.

Artículo 166. No podrá el supremo gobierno: arrestar a ningún ciudadano en ningún caso más de 48 horas, dentro de cuyo término deberá remitir al detenido al tribunal competente con el que se hubiere actuado.

Quinto antecedente

Artículos 10, 11, 72 y 73 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la ciudad de México el 18 de diciembre de 1822:

Artículo 10. La casa de todo ciudadano, es un asilo inviolable, no podrá ser allanada sin consentimiento del dueño o de la persona que en el momento haga veces de tal, (que no podrá negar la autoridad pública para el desempeño de sus oficios). Esto se entiende en los casos comunes; pero en los delitos de esa majestad divina y humana, contra las garantías, y generalmente en todos aquellos en que el Juez, bajo su responsabilidad, califique que la ligera tardanza que demandan estas contestaciones pueden frustrar la diligencia, procederá al allanamiento del modo que estime más seguro, pero aún en esta calificación quedará sujeto a la misma responsabilidad.

Artículo 11. La libertad personal es igualmente respetada. Nadie puede ser preso ni arrestado, sino conforme a lo establecido por la Ley anterior, o en los casos señalados en este reglamento.

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

Artículo 73. En caso de denuncia, quien la hiciere no se ofrezca a probar, el Juez pensando atentamente en las circunstancias de aquél y del denunciado, la gravedad y trascendencia del delito, y el fundamento de la denuncia, formará proceso instructivo. Si de éste resulta semiplena prueba o vehemente sospecha, procederá al arresto; así como si obrando de oficio teme fundadamente que se fugue el presunto reo antes de averiguar el hecho. In fraganti todo delincuente debe ser preso y todos pueden arrestarle conduciéndole a la presencia del Juez.

Sexto antecedente

Artículo 112, fracción II, 150 y 152 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824.

Artículo 112 Las restricciones de las facultades del presidente (de la República), son las siguientes:

I.- No podrá el presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna; pero cuando lo exija el bien y seguridad de la Federación, podrá arrestar, debiendo poner las personas arrestadas, en el término de 48 horas, a disposición del tribunal o del Juez competente.

Artículo 150. Nadie podrá ser detenido sin que haya semiplena prueba, o indicio de que es delincuente.

Artículo 152. Ninguna autoridad podrá librar orden para el registro de las casas, papeles y otros objetos de los habitantes de la República, si no es en los casos expresamente dispuestos por la Ley, y en la forma que ésta determine.

Séptimo antecedente

Providencia de la Secretaría de Hacienda, fechada el 20 de marzo 1829:

"Respecto a que no hay disposición en qué apoyar la práctica de abrir la correspondencia que se encuentra en el buzón sin dirección alguna y con el sobre en blanco, de acuerdo con el informe de la carta del 13 de ese mes, el presidente, conociendo que es absolutamente inviolable el secreto de una carta, y que mucho menos debe quebrantarse por los empleados del ramo, se ha servido mandar que

por un aviso permanente se dé al público, quede esto entendido de que no podrá darse curso a carta, paquete o pliego alguno cuyo sobre se reciba en blanco, y que las que de este modo caigan en el buzón se pasen al Juez de distrito para que sin abrirse se quemen al público.

Octavo antecedente

Artículos 2º, fracciones I y II, 18 fracción II, 41, 42, 43, fracciones I y II, y 44, de la Quinta, de las Leyes Constitucionales de la República Mexicana, suscritas en las ciudad de México el 29 de diciembre de 1836:

Artículo 2º. Son derechos del mexicano:

I.- No poder ser preso sino por mandamiento del Juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido sino por disposición de las autoridades a quienes corresponda según la Ley.

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

II.- No poder ser detenido más de tres días por ninguna autoridad competente, sin ser entregado, con los datos para su detención, a la autoridad judicial, ni por más de 10 días, sin proveer auto motivado de prisión. Las autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos.

Artículo 18. No puede el presidente de la República:

II.- Privar a nadie de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna; pero, cuando lo exija el bien o la seguridad pública, podrá arrestar a los que le fueren sospechosos, debiendo ponerlos a disposición del tribunal o Juez competente a los tres días a más tardar.

Artículo 41. El mandamiento escrito y firmado del Juez, que debe proceder a la prisión, según el párrafo I, artículo 2º de la primera Ley Constitucional, se hará saber en el acto al interesado; éste y todos deberán obedecer, cumplir y auxiliar los mandamientos, y cualquier resistencia o arbitrio, para embarazarlos o eludirlos, son delitos graves, que deberán castigarse según las circunstancias.

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

Artículo 43. Para proceder a la prisión se requiere:

I.- Que proceda información sumaria, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las Leyes, ser castigado con pena corporal.

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

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

Noveno antecedente

Artículo 9º fracciones I, II y III, el Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, fechado en la ciudad de México el 30 de junio de 1840:

I.- Que nadie pueda aprehender ni detener sino por disposición de las autoridades facultadas expresamente por la Ley, y en virtud de indicios a lo menos, por los cuales se presuma, que se ha cometido, o intentaba cometer algún delito. Sólo en el caso

de que las circunstancias no den tiempo para ocurrir a las autoridades, cualquier individuo podrá aprehender al delincuente, con tal que acto continuo lo presente a cualquiera de ellas, expresando los motivos, que lo hayan obligado al procedimiento.

II.- Que no pueda ser llevado a la cárcel o a otro lugar de prisión, ni mantenerse en ella fuera de los términos que se expresarán adelante, sin que se expida al efecto mandamiento por escrito, firmado de la autoridad respectiva o se provea auto formal motivado y se dé copia de uno y otro, tanto al interesado, como al alcalde o custodio de la prisión. Éstos no recibirán en ella, ningún reo sin ese requisito.

III.- Que no pueda ser detenido más de tres días por ninguna autoridad política, sin ser entregado con los datos que hayan dado margen al procedimiento, a la autoridad judicial, ni por ésta más de ocho días, sin proveer auto motivado de prisión.

Décimo antecedente

Artículo 7º, fracciones VI, VII, IX, y XIV, del Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 25 de agosto de 1842:

“La Constitución declara a todos los habitantes de la República el goce perpetuo de todos los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, contenidos en las disposiciones siguientes:

VI.- Ninguno puede ser aprehendido, detenido, ni preso, sino por previo mandato o auto seguido por Juez competente de su propio fuero; ni juzgado o sentenciado por otro; ni custodiado fuera de la residencia del que debe juzgarlo; ni preso en otro edificio que el que le señale su Juez, conservándose en aquél a su absoluta disposición.

VII.- Ninguno será aprehendido, sino cuando contra él obren indicios por los cuales se presume ser el reo de un delito que se ha cometido; no será detenido más de tres días, a menos que subsistan las presunciones que dieron causa a su detención, ni más de ocho, sin que se provea el auto motivado de su prisión.

IX.- Las autoridades políticas pueden mandar aprehender a los sospechosos y detenerlos por 24 horas; más al fin de ellas, deben ponerlos a disposición de su propio Juez con los datos de con su detención. En cuanto a la imposición de las penas, no pueden decretar otras que las pecuniarias o de reclusión, que en su caso establezcan las Leyes.

XIV Solamente en los casos literalmente previstos en las Leyes puede ser cateada la casa de un individuo, y sólo puede catearla su propio Juez en persona. Tampoco pueden serlo sus papeles, si no es en persecución de un determinado delito o de un hecho fraudulento, y sólo cuando aparezca una semiplena prueba de que aquéllos pueden contribuir a su esclarecimiento.

Undécimo antecedente

Artículo 5º, fracciones VI, VII y XIV, del Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842, fechado en la ciudad de México el 26 de agosto del mismo año:

"La Constitución otorga a los derechos del hombre, las siguientes garantías:

Seguridad

VI.- Toda aprehensión debe verificarse por los funcionarios a quienes la Ley encomienda esa facultad, en virtud de indicios de que se ha cometido determinado delito y que sea responsable del ilícito, previa orden escrita de la autoridad judicial de su propio fuero o de la política respectiva se girará orden aprehensión.

Exceptuando el caso de delito in fraganti, en que cualquiera puede ser aprehendido y cualquiera aprehenderlo, presentándolo inmediatamente a su propio Juez o a otra autoridad pública.

VII.-El aprehendido no podrá ser detenido más de ocho días por la autoridad judicial sin proveer el auto de prisión, ni más de 24 horas por la política, la cual, lo entregará a su Juez con los datos que tuviere.

XIV Ninguna casa puede ser cateada sino de día, por los funcionarios a quienes la Ley cometa esa atribución y previa la orden del Juez competente, dada en virtud de una información de que resulte semiplena prueba de que en ella se oculta o comete algún delito. La correspondencia y los papeles privados, son inmunes de todo registro.”

Duodécimo antecedente

Artículo 13, fracciones XII y XXIII, del Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 2 de noviembre de 1842:

“La Constitución reconoce en todos los hombres los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, otorgándoles en consecuencia, las siguientes garantías:

Seguridad

XII.- Ninguno será aprehendido, sino por los agentes o personas que la Ley establezca y en virtud de orden escrita del Juez de su propio fuero, o de la autoridad política respectiva y cuando contra él, obren indicios por los cuales se presuma ser reo de un determinado delito que se ha cometido, y no podrá ser detenido más de ocho días por la autoridad judicial, sin proveer el auto de prisión, ni más de 24 horas por la policía, la cual lo entregara dentro de ellas a su Juez con los datos que tuviere.

XIII Ninguna casa puede ser cateada sino por los funcionarios a quienes la Ley encomienda esa atribución, y previa la orden por escrito del Juez competente, dada en virtud de una información que resulte semiplena prueba de que en ella, se comete algún delito, o se ocultan las pruebas de él o la persona delincuente."

Decimotercer antecedente

Artículo 9º, fracciones VI, VII y XI, De las Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la honorable Junta Legislativa establecida conforme a los decretos de 19 y 23 de diciembre de 1843 y publicadas por el bando nacional el día 14 del mismo:

"Derechos de los habitantes de la República:

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

VII.- Ninguno será detenido más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al Juez de su fuero, ni éste lo tendrá en su poder más de cinco sin declararlo bien preso. Si el mismo Juez hubiere verificado la aprehensión, o hubiere recibido al reo antes de cumplirse tres días de su detención, dentro de aquel término se dará el auto de bien preso, de modo que no resulte detenido más de ocho. El simple lapso de estos términos hace arbitraria la detención, y responsable a la autoridad que la cometa, y a la superior que deje sin castigo el delito.

XI.- No será cateada la casa, ni registros los papeles de ningún individuo, sino en los casos y con los requisitos literalmente previstos en las Leyes."

Decimocuarto antecedente

Artículos 40 al 43 y 59 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, dado en el Palacio Nacional de México el 15 de mayo de 1856:

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

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

Artículo 42. La autoridad judicial puede liberar órdenes para la aprehensión de reos de otro fuero, siempre que aparezcan como cómplices de algún delito de su conocimiento, poniendo al detenido, dentro de 48 horas, a disposición del Juez competente.

Artículo 43. La autoridad política deberá poner a los detenidos a disposición del Juez de la causa dentro de 60 horas. Pasadas éstas, el Juez podrá reclamar la entrega del detenido y de los datos que obren contra él; y si no los recibiere dentro de 24 horas después de pedidos, dará la orden de la libertad de aquél; la cual será obedecida por el encargado de la custodia del supuesto reo, sin oponer pretexto alguno, a no ser que antes haya recibido orden de dejar al reo a disposición de algún Juez.

Artículo 59. El cateo de las habitaciones sólo podrá hacerse por la autoridad política superior de cada lugar, o por el Juez del fuero del que habita la casa, o en virtud de su orden escrita y mediante una información sumaria o datos fundados para creer que en aquellas se encuentra algún criminal, o las pruebas o materia de algún delito.

Decimoquinto antecedente

Artículo 16 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857:

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata."

Decimosexto antecedente

Decreto del cuartel-maestre del Ejército que declara que nadie puede catear casas sin orden escrita del cuartel general, fechado el 28 de diciembre de 1860.

"Ignacio Zaragoza, general segundo en jefe y cuartel-maestre del Ejército federal, a los habitantes de esta ciudad, hace saber:

"Que teniendo noticia de que algunas personas se han presentado en diversas casas, con el fin de catearlas, pretextando ocultación de armas o municiones en ellas, se hace saber: que nadie podrá cometer estos actos sin expresa orden firmada por éste cuartel general, y el que lo hiciere, será castigado ejemplarmente, sea cual fuere su categoría.

Decimoséptimo antecedente

Código postal de los Estados Unidos Mexicanos vigente desde el 1º de enero de 1884:

Capítulo VI. Inviolabilidad de la correspondencia.

Artículo 247. La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, está libre de todo registro. La violación de esta garantía es un atentado que la Ley castigará severamente.

Artículo 248. El respeto a la inviolabilidad de la correspondencia, es el primero y más sagrado de los deberes de todo empleado de correos en el desempeño de su cargo.

Artículo 249. Se ataca la inviolabilidad de la correspondencia por los particulares, en los casos siguientes:

I.- Por abrir voluntaria y fraudulentamente alguna pieza cerrada de la correspondencia que se confía al correo

II.- Por destruir o sustraer de alguna oficina del ramo, o valija, cualquiera de los objetos a que se refiere la fracción anterior.

Artículo 250. Se incurre en el mismo delito por los empleados del ramo, en los casos del artículo anterior, y además:

I.- Por hacer saber maliciosamente qué personas mantienen entre sí, relaciones por el correo.

II.- Por consentir, pudiendo impedirlo, que alguno de los delitos a que se refieren éste y el anterior artículo, se cometan por otras personas.

Artículo 251. Cualquiera particular que cometa el delito de violar la correspondencia, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión.

Artículo 252. Si algún funcionario público o empleado cometiere el delito mencionado en el artículo anterior, lo mandare cometer o consintiere que otro lo cometa, sufrirá la pena de dos a seis años de prisión; y si fuere federal, quedará destituido de su cargo e inhabilitado para obtener algún otro empleo de la Unión, por un término que no baje de cuatro años ni exceda de seis.

Artículo 253. Las penas de prisión a que se refieren los artículos anteriores, se duplicarán en caso de reincidencia.

Artículo 254. Si la violación de una carta o pliego cerrado tuviere por objeto apropiarse alguna libranza, letra de cambio o cualquier documento contenido en la carta o pliego, o cometer algún otro delito, se observarán las reglas de acumulación.

Artículo 255. Los empleados y agentes del correo están estrictamente obligados, hasta donde alcance la órbita de su competencia, a tomar toda clase de precauciones, a fin de que sea efectiva la garantía la inviolabilidad de la correspondencia; y cualquier negligencia trascendental en este respecto, será considerada como falta grave, que se castigará con la pena desde la suspensión por tres meses hasta la destitución del empleo, o hasta un mes de prisión, sin perjuicio de las penas a que el empleado se haya hecho acreedor en caso de delito

Artículo 256. Los mismos empleados y agentes, cuando supiesen que alguna persona haya cometido un atentado contra la expresada garantía, están obligados a avisarlo desde luego a su inmediato superior, o al Juez respectivo, para que se persiga y castigue al delincuente. Si no cumplieren con esta obligación, se les castigará con la pena señalada en el artículo anterior.

Artículo 257. Si el caso a que se refiere el artículo que antecede, tuviere lugar de superior a inferior entre empleados del correo, esta circunstancia se considerará como agravante para calificar la falta de los primeros, por no haber dado cuenta del atentado que su inferior o subalterno hubiere cometido en contra de la inviolabilidad.

Artículo 258. Los empleados del correo tienen absoluta prohibición de imponerse del contenido de las tarjetas postales, y están obligados a impedir que cualquiera otra persona se imponga de dicho contenido. La infracción de estas prevenciones se castigará con la pena que se señala en el artículo 255.

ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

En el artículo 16 Constitucional los derechos consignados brindan una gran protección a las personas ya que en él, se consagra el principio de legalidad, se protege no sólo al hombre de la aplicación arbitraria de la Ley: si no que impide que le sea aplicada una Ley inexistente

Esta garantía dada su extensión y efectividad jurídicas pone a la persona a salvo de todo acto de mera afectación a su esfera de derechos que solo sea arbitrario, es decir, que no este basado en norma legal alguna, y contrario a cualquier ordenamiento a que pertenezca.

Es por ello, que sin exageración, se puede afirmar que el alcance ampliamente protector de éste artículo, está a la vanguardia de cualquier sistema o régimen jurídico extranjero, a tal punto, que no es dable aseverar que en ningún otro país el gobernado encuentra su esfera de derechos, tan liberalmente protegido como en México, cuyo orden jurídico total, desde la Ley Suprema, hasta el más minuciosos reglamento administrativo, registra su más eficaz tutela en las disposiciones implicadas en dicho precepto.

En éste artículo, se mira en forma directa a la actuación estatal, lo que no impide que marginalmente se contemple la actividad privada en los supuestos de detención en flagrante de delito, sin embargo, existen condiciones para que tanto la autoridad, como el particular, puedan legalmente actuar.

Dicho precepto al igual que los artículos 19, 20 y 119 Constitucionales, recibió en 1993, reformas de notable importancia, y otras de menor relevancia, acaso innecesarias, marcado de esta manera, como dice Benítez Treviño, "Una nueva etapa que en el procedimiento penal para la defensa de los derechos humanos".⁶⁸

La reforma a este artículo como los otros citados, tienen un sentido profundamente humano, porque se fundamentan en que el Estado, es el primer obligado a respetar los derechos humanos, por que se fundamentan en que el Estado, es el primer obligado a respetar los derechos humanos, en virtud de ser el hombre, la vida y razón de cualquier sistema político, por lo que no puede, bajo ninguna circunstancia, vulnerar arbitrariamente los derechos de quien ha dado esencia y existencia.

Por consiguiente, en este precepto, se consideró instrumentar mecanismos, por los particulares encontrasen en la norma jurídica, tutela y protección respecto de los actos de autoridad encargadas de la búsqueda e impartición de justicia fortaleciendo la garantía de seguridad jurídica.

Lo anterior, concuerda con lo señalado en el dictamen que suscribieron las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia, respecto a las iniciativas de reforma de los preceptos señalados, lo cual indicó: "Como objetivos la búsqueda del perfeccionamiento de nuestras garantías individuales, con la consecuente salvaguarda de los derechos humanos, en materia de procedimientos penales, considerando los ámbitos legítimos de actuación de la autoridad, tanto en la etapa indagatoria y persecutoria de los delitos, como en la etapa propiamente procesal de todo juicio de este orden..."⁶⁹

⁶⁸ Benítez Treviño, Humberto V. Filosofía y Praxis de la Procuración de Justicia Prol Jorge Carpizo. 2ed. México 1994. Ed. Porrúa p.210.

⁶⁹ Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia, de fecha 8 de julio de 1993.

Claro está, que también se tomó en cuenta las nuevas conductas antisociales cometidas por organizaciones e individuos, que han hecho de ésta labor ilegal, su modus vivendi, con el consecuente daño a los bienes individuales y colectivos, de cuya salvaguarda depende de una sana convivencia humana.

La reforma clarificó conceptos, plazos y condiciones, buscando el absoluto respeto de las garantías individuales de quienes se ven involucrados en un proceso penal.

Por todo esto, podemos afirmar que las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 3 de septiembre de 1993, constituyen un paso muy sólido en la defensa de los derechos humanos de México.

Dicho lo anterior, procederemos a hacer el estudio del artículo 16 constitucional, párrafo por párrafo, indicando de igual manera, las variaciones que tuvo:

A. Primer Párrafo.

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento". Se mantuvo el texto vigente, de dicho dispositivo, mediante el cual se prevén los requisitos de mandamiento escrito, competencia, fundamentación y motivación que expresan el principio de legalidad que debe regir para todo acto de autoridad que implique molestia a los gobernados en sus derechos

Por ser éste un principio que orienta los actos de autoridad que se verifican prácticamente en todos los ámbitos de derecho, se presenta un párrafo separado a las disposiciones que se circunscriben a la materia penal, porque tiene como finalidad señalar los elementos que dan validez y licitud a los actos de autoridad, con independencia de que afecte o no la esfera jurídica de los gobernados.

1. Acto de Molestia

Inicialmente, se establece la prohibición de inferir molestias a la persona, familia, papeles o posesiones, a menos que medie mandato escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

La molestia "es una simple inquietud; es una incomodidad, una extorsión, un fastidio, una desazón física o moral; en fin es una falta de comodidad, un impedimento o dificultad para actuar libremente".⁷⁰

Por tanto, ésta incomodidad o desazón, es diferente a la privación a que alude el artículo 14 Constitucional; en éste, se pierde la vida, la libertad, las propiedades, las posesiones o derechos.

En la hipótesis del artículo 16, la falta de comodidad, se produce en la persona, familia, papeles o posesiones; el único punto de coincidencia es la posesión que, al mismo tiempo, puede ser impedida o dificultada, es susceptible de ser privada.

Consecuentemente, hemos dicho que para que se infiera tales molestias válida y lícitamente, es necesario que todo acto de autoridad revista las siguientes formalidades:

- a).- Que se consagre por escrito.
- b).- Que sea dictado por autoridad competente, y
- c).- Que se funde y motive el acto.

2. Mandamiento Escrito

Por lo que hace a la garantía del mandamiento escrito en relación a la autoridad, diremos que la voluntad de los órganos del Estado, adquiere la calidad de acto de autoridad, siempre y cuando se consagre por escrito.

⁷⁰ Briseño Sierra, Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano. 2ª reimp. México 1985 Ed. Trillas. p 71.

Si el titular de la entidad pública no cumple con esta formalidad, su actividad sólo reflejará la existencia de anhelos personales, pero no dará nacimiento al acto de autoridad formulando por el órgano del Estado que representa.

El acto de autoridad constitucional, produce efectos jurídicos cuando se establece por escrito; es su calidad de mandamiento escrito, que le permite nacer a la vida jurídica; si no se cumple éste requisito, estaríamos en presencia de una expectativa de derecho, pero no de un acto de autoridad.

Su explicación la encontramos, en que las facultades del poder público, consagradas en la Ley, son atribuciones abstractas, generales e impersonales, en tanto no se materialicen, y esto último sólo es posible cuando la autoridad formula el acto por escrito, para hacer o dejar de hacer lo que la Ley manda.

La garantía individual que se estudia, se complementa con la interpretación, en el sentido de que todo acto de autoridad debe ser firmado por el titular del órgano que lo dicta; la firma tendrá que ser auténtica, sin que su omisión pueda suplirse, por el notificador de la determinación o cualquier trabajador de la institución pública.

El efecto jurídico de la firma en el mandamiento escrito, desde el punto de vista constitucional, es darle autenticidad, por lo que si el acto de autoridad consta por escrito y no está firmado por el titular del órgano del Estado, carece de validez constitucional, por adolecer de autenticidad y su contenido no obliga a los particulares.

Sus consecuencias son:

- a).- Que se tenga por no aplicada la Ley al caso concreto; y
- b).- Que no se consagren derechos y obligaciones de los particulares, de manera que sus términos no obligan.

Por lo que hace a esta garantía de mandamiento por escrito en relación a los particulares, los efectos jurídicos son distintos:

El acto de autoridad que afecta la esfera jurídica del particular, debe notificarse mediante el procedimiento que prevenga la Ley; es el momento en que se dá a conocer al ciudadano el mandamiento público, a que términos lo sujetan y que está obligado a cumplirlos.

El que el acto de autoridad se consagre por escrito, va a permitir al gobernado probar su existencia, a través del instrumento que le contenga; la garantía de mandamiento escrito, dá certeza jurídica al particular, porque le brinda un medio de prueba, que le permite acreditar la existencia de acto de autoridad en sus términos.

El acto de autoridad consagrada en forma escrita, dá oportunidad al gobernado de conocer los alcances de los derechos y obligaciones que se consagran a la luz de la Ley que se aplica, sin que pueda variar su contenido.

Será a partir del momento en que se tenga por conocido el acto de autoridad, cuando legalmente le corra el plazo al gobernado, para que lo impugne a través de los medios de defensa que la Ley le brinda, siempre y cuando materialmente conozca la disposición pública, lo que logra a través de su contenido por escrito.

3. Autoridad Competente.

Por lo que hace a la garantía de que el acto de autoridad debe ser dictado por el órgano público competente, diremos que la competencia "es la facultad que la Ley brinda al poder público para satisfacer las necesidades sociales para las que fué creada".⁷¹

Sin embargo, la figura de la competencia puede estudiarse desde dos aspectos: con fundamento en la legitimidad del nombramiento del servidor público que representa el órgano del Estado, examinándose así la validez de los actos que dicta a nombre de la institución; y, con base en los actos de autoridad, analizando si se hace una correcta aplicación de la Ley en concordancia con sus ámbitos de validez.

⁷¹ Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. Estudio Constitucional del Proceso Penal 3 ed. México 1990 Ed. Porrúa. p 59

La primera de ellas, es denominada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como incompetencia de origen; consiste en el exámen de la legitimidad de quien ocupa el cargo público y dicta los actos de autoridad que afectan la esfera jurídica de los gobernados.

El argumento contundente de los que pregonaban la Teoría de la Incompetencia de Origen y sus efectos, versa en la afirmación de que toda autoridad ilegítima es incompetente de origen, pues si no cumple con las formalidades que la Ley exige para el desempeño de la función pública, sus actos son sólo actos particulares, ya que no es representante del órgano del Estado.

Como bien lo interpreta la Corte, el Poder Judicial Federal, no tiene la facultad expresa de examinar la legitimidad de quien ocupa un cargo público, salvo que se trate de nombramientos dados dentro de ése mismo poder, esto se desprende del estudio de los artículos 103 al 107 de nuestra Carta Magna.

Al ciudadano de la República, no le causa ningún agravio la incompetencia de origen; sus derechos y obligaciones, son las que establecen y emanan de la Ley, de tal forma, que el acto de autoridad que aplica la norma jurídica, sólo lo materializa.

De ahí que resulte intrascendente quien dicta el acto; lo que va afectar la esfera jurídica del particular, es la Ley en su aplicación, en donde la competencia se va a revisar a la luz del principio de legalidad y con base en los ámbitos de validez de la norma jurídica.

La competencia como requisito de validez constitucional y licitud de los efectos jurídicos de los actos de autoridad, debe estudiarse al amparo de la figura del principio de legalidad, y no en cuanto a la legitimidad de quien ocupa la titularidad del órgano público.

La segunda figura, es denominada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como competencia constitucional y consiste en el acatamiento del principio de legalidad.

Como requisito formal de validez constitucional de los actos de autoridad, la competencia, es realizar la función pública en los términos que manda la Ley.

El exámen de ésta competencia, se hace a la luz de los ámbitos de validez de la disposición legal por razón de su territorio, por razón de la vigencia, de la materia y del fuero, y de la calidad jurídica de la persona a quien se aplica la Ley, por lo que de ésta manera, se determinará si el acto de autoridad es constitucional, al ser formulado por autoridad competente o incompetente.

Los efectos jurídicos en la declaración judicial de la falta de competencia del órgano del Estado que dicta el acto de autoridad, determinan la inconstitucionalidad del acto en sí y de todas sus consecuencias legales.

En el ámbito doctrinal, se dá una tercera clase de competencia que se denomina jurisdiccional; ésta versa sobre los conflictos que pueden surgir entre los órganos de autoridad de su esfera de competencia, con anterioridad a la que dicte el acto que incida en la esfera de derechos de los gobernados.

La competencia jurisdiccional supone el debate de los órganos del Estado para delimitar a quien corresponde dictar los actos de autoridad, en términos de su esfera de atribuciones, por lo que ésta clase de controversias, se resuelve por el Poder Judicial de la Federación, en diferentes vías; juicio competencial para dirimir cual de los Tribunales Federales es competente, o qué jurisdicción, por razón del fuero, tiene la facultad de dictar justicia, cuando el conflicto surge entre los Tribunales Federales y locales, en términos del artículo 106 Constitucional y de la Ley de Amparo; y, en el juicio constitucional, donde se resuelven las controversias planteadas por los poderes públicos que integran el Gobierno Federal y el Gobierno de los Estados Federados, a la luz del artículo 105 de la Ley fundamental.

Esta competencia jurisdiccional, está inmersa en la figura de la competencia constitucional, su estudio por separado, es sólo para efectos ilustrativos, pues adquiere trascendencia para significar que se trata de una controversia competencial, que se plantea y se dirime, antes de que se dicte el acto de autoridad, y que se afecta la esfera jurídica de los gobernados.

En resumen, la falta de competencia constitucional de la autoridad que dictó el acto, produce la inconstitucionalidad de lo resuelto por ella. Si la Ley sigue vigente y consagra la expectativa de derecho por la autoridad con competencia, el acto de autoridad puede dictarse por el órgano del Estado, que así posea la atribución y su contenido será válido constitucionalmente y sus efectos jurídicos lícitos.

Mario A. Oderigo, al referirse a los conceptos de jurisdicción y competencia, dice que: "el primero representa la función, que el Juez ejercita, de aplicar el derecho; el segundo, la aptitud legal de ejercitar esa función con relación a un asunto determinado.

Continúa expresando dicho autor, que por extensión, también se denomina competencia, al mencionado ámbito de ejercicio de su jurisdicción, vale decir al conjunto de los asuntos, abstractamente determinados por la Ley, en que un Juez, conjunto o colegio de jueces pueda intervenir".⁷²

En materia penal, un órgano jurisdiccional penal, es competente en la medida en que puede actuar y actúa dentro de esos límites o criterios de atribución de competencia.

Varios son los criterios empleados por el legislador, para establecer o fijar en que casos puede actuar el órgano judicial penal, los cuales nos interesan enunciar y explicar brevemente:

⁷² Castillejos Escobar, Marcos. Decreto de Reforma y Adiciona el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, artículo en la obra, La Reforma Jurídica de 1983 en la Administración de Justicia. México 1984 Procuraduría General de la República. p. 690

a).- Por razón del grado, jerarquía o instancia, que toma en cuenta lo señalado por el artículo 23 Constitucional, el cual dispone que "Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias", pues normalmente nuestras Leyes procesales actuales, sólo utilizan dos instancias o grados, tendiéndose a evitar que los juicios de ese orden se prolonguen indefinidamente.

En la primera instancia, básicamente se dá el conocimiento y descripción, en tanto que la segunda, los actos por lo general son de revisión y decisión.

También podemos decir que en materia penal, la primera instancia la encontramos en los juzgados penales de paz y los llamados de primera instancia en el ámbito local; y en el federal, a los Juzgados de Distrito; y en ambos, al jurado popular; en la segunda instancia, quedan el Tribunal Superior de Justicia y los Tribunales Unitarios de Circuito.

b).- Por razón de la materia dentro del ámbito penal es clasificada por los estudiosos, como materia federal y local, clasificación que nos lleva a los tribunales locales y tribunales federales.

c).- Por razón de la gravedad de la pena, tenemos que hay juzgados que conocerán de delitos de penas leves o levísimas, y otros que conocerán de delitos con sanciones más graves.

d).- Por razón del territorio, el país se divide en porciones o demarcaciones territoriales, que en lo federal mexicano, se le suele llamar circuitos, los que a su vez se subdividen en pequeñas porciones denominadas distritos judiciales.

En el ámbito local, el Distrito Federal se divide en distritos o partidos judiciales; en algunos lugares aún se fracciona el partido judicial en municipios, y éstos en secciones.

En éste criterio, debemos recordar que en materia penal no cabe prórroga ni renuncia de jurisdicción, la regla del *forum comissi delicti* (el foro del lugar donde se comete el delito, conlleva a la división territorial y asigna competencia al órgano del sitio donde el delito se comete), aunque también se conocen otros criterios diversos, por ejemplo, la competencia asignada al tribunal del lugar donde se realiza la conducta o donde ésta produce efectos.

La llamada prórroga de competencia o pacto de foro prorrogado, no es aceptable en el ámbito penal, ésta es, donde las partes en conflictos deciden cual es el órgano territorialmente competente.

e).- Por razón de la persona, ésta considera que la persona misma, ésta vinculada con el litigio, también es llamado fuero personal, en éste sentido han llegado a existir el Consejo de Menores, Tribunales para Militares, para Universitarios; sin embargo, algunos sostienen que aquí no existe el criterio personal, sino naturaleza del delito.

f).- Por razón del turno, señala Gómez Lara "es un fenómeno de afinación de competencia que se presenta cuando en el mismo partido o distrito judicial. o en la misma población, existen dos o más jueces que tienen ña misma competencia tanto por la materia como por el territorio, grado y cuantía".⁷³

Así encontramos turnos cronológicos y turnos numéricos, siendo los primeros los más conocidos en México que tienen en cuenta la fecha en que se promovió la acción y no la fecha en que se realizó el hipotético delito.

⁷³ Silva Silva, Jorge Alberto *Derecho Procesal Penal*. México 1990. Ed. Harla. p 140.

g).- Por razón de la atractividad o atracción, viene a ser la cualidad competencial por la que, "el tribunal que es competente respecto de un asunto asume competencia respecto de un asunto que normalmente no le pertenece, pero que por razón de conexidad con el asunto que ya conoce, desplaza al segundo órgano".⁷⁴

Esta atracción, puede consistir, ya sea por la mayor entidad colectiva, o por la mayor jerarquía del órgano.

h).- Por razón de la prevención, se aplica cuando existen dos o más tribunales que son igualmente competentes para el conocimiento de algún asunto, en este caso, la prevención implica que el Juez que primero conozca del asunto, es el que determinará a su favor la competencia excluyendo a los restantes.

i).- Por razón de la elección, una de las partes en el proceso, que en lo penal es el Ministerio Público, es el que decide, agotada la prevención, cuál es el órgano competente.

Estudiada así la competencia en materia penal, las sentencias de estos juicios, deben ser dictadas por autoridades competentes, "porque de no ser así, se otorgará la protección federal, para el efecto de que sea juzgado por autoridad competente, sin que ello implique violación al principio NON BIS IN IDEM".⁷⁵

Si embargo, es conveniente que el Juez o tribunal que se estima incompetente para conocer de una causa, después de haber practicado las diligencias más urgentes, y haber dictado si procediere el auto de formal prisión, remitirá de oficio las actuaciones a la autoridad que juzgue competente, tal punto de vista se obtiene de la lectura del artículo 449 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

⁷⁴ Silva Silva, Op Cit pp. 140-141.

⁷⁵ Castillejos Escobar, Op. Cit p 690

4. Fundamentación y Motivación.

Por lo que hace a esta garantía consagrada en el artículo 16 Constitucional, diremos que: "Fundar, es la exigencia Constitucional que obliga al titular del órgano del Estado a señalar en su mandamiento, el artículo de la legislación que establece su esfera de competencia y la facultad de consagrar derechos en favor de los particulares, o de exigir el cumplimiento de las obligaciones que le correspondan".⁷⁶ La cual debe ser precisa y exactamente aplicable al caso concreto.

Motivar es, "exponer con claridad los argumentos lógicos que peritan adecuar la conducta o hecho a las normas jurídicas invocadas".⁷⁷

Al establecer los elementos que se describen en el acto de autoridad, éstos brindan al gobernado seguridad jurídica, porque le permiten conocer que codificación consagra la esfera de competencia del órgano del Estado, si la atribución es realmente facultad de ese poder público, y si la aplicación de la ley es correcta, por encontrarse en los supuestos de la hipótesis legal, determinando así la validez del acto de autoridad.

La falta de fundamentación y motivación en consecuencia, produce la invalidez del acto de autoridad, pero no le quita la atribución a la institución pública de dictar un nuevo acto donde cumpliendo con los requisitos constitucionales, sujete al particular al contenido de su mandamiento.

La declaración de inconstitucionalidad del acto de autoridad y sus efectos, por falta de fundamentación y motivación, constituye una violación de garantías que debe repararse en todo momento, ello en virtud de que nuestra Carta Magna establece que se respeten las formalidades esenciales en todo procedimiento.

El acto fundado y motivado, permitirá a los Tribunales de Amparo, examinar su validez constitucional a la luz del principio de la legalidad, si el fundamento no

⁷⁶ Mancilla Ovando, Op. Cit. p. 66

⁷⁷ Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La averiguación Previa. 6 ed. México 1992. Ed. Porrúa. P.35.

demuestra que resulta la disposición legal exactamente aplicable al caso, se declarará la inconstitucionalidad del acto de autoridad, ello se puede apreciar apropiadamente, en los motivos que sustentan los argumentos con los que se concluye que la hipótesis de la norma encuadra en la conducta material en la que se aplica.

La falta de constitucionalidad en el acto reclamado, por falta de fundamentación y motivación será absoluta e impedirá a ese poder público, dictar un nuevo mandamiento en los mismos términos.

B. Segundo Párrafo

En el segundo párrafo del artículo 16 Constitucional, se hace referencia a la formalidad que debe cumplir la orden de aprehensión, reafirmando que la misma emana del Juez como regla general para que un gobernado pueda ser afectado en su libertad, para los fines del proceso penal, siendo excepciones, las disposiciones previstas en los párrafos cuarto y quinto, relativas a la flagrancia y a los casos urgentes.

Por ello, a fin de distinguir esta regla general de sus excepciones se suprimió la expresión "...o detención...", que como sinónimo se empleaba, y ahora con propiedad alude solamente a "orden de aprehensión", manteniéndose los requisitos de procedibilidad de denuncia, acusación o querrela, de un hecho determinado que la Ley señale como delito.

También se sustituyó el término "pena corporal", por el de "cuando menos privativa de libertad", como criterio limitador de la sanción que amerite el delito, para posibilitar la orden de aprehensión, sin embargo, el término "pena corporal", se siguió manteniendo después de la reforma de 1993, en el artículo 18 Constitucional, en virtud de no generar confusión en relación a lo que dispone en su primer párrafo, respecto a la prisión preventiva.

Otra de las aportaciones al concepto de orden de aprehensión, es la precisión de los extremos de prueba que se tienen que acreditar para motivar la afectación de la libertad de un gobernado, con el fin de someterlo a la jurisdicción penal, al establecer que deberían existir "datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

El párrafo que analizamos, establece: "no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la Ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

Señalado lo anterior, se procede de manera general, a dar una explicación de lo que se entiende por orden de aprehensión, requisitos de procedibilidad, elementos del tipo y probable responsabilidad.

1. Orden de Aprehensión

El término de aprehensión, es de origen latino, "este vocablo expresa la idea básica de coger o asir alguna persona o alguna cosa para retenerla. (del latín apprehensio, derivado del verbo apprehendere, de ad, a y prehendere, asir, tomar)"⁷⁷⁷⁸

En el proceso penal, la orden de aprehensión "es la providencia cautelar, dispuesta por el tribunal, para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona, con el fin de lograr los aseguramientos propios de las medidas privativas de la libertad que implican (asegurar eventual condena, presencia al proceso, impedir destruya pruebas, etc.)".⁷⁹

⁷⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba T. I. A Buenos Aires. De Bibliográfica Argentina, p 742.

⁷⁹ Silva Silva, Op. Cit p. 498.

Ahora bien, en virtud de la orden de aprehensión, se va a privar de su libertad al particular contra quien se gire, pero será aquella una prisión provisional, que puede suspenderse en virtud de la liberación caucional, y cuya duración se inicia desde el momento en que se practicó la detención, hasta que se resuelve la situación jurídica del indiciado.

Si la privación de la libertad perdura después de decretada la formal prisión, el acto de autoridad que le dá origen, ya no será la de orden de aprehensión, pues la prisión preventiva dimana de la formal prisión.

Por consiguiente, la orden de aprehensión, para que sea válida, tiene que cumplir con ciertos prerequisites y requisitos, entre los primeros encontramos:

- a).- Que se encuentren satisfechos los requisitos de procedibilidad, tales como la denuncia, acusación o querrela;
- b).- Que se halla promovido previamente la acción penal;
- c).- Que exista radicación del negocio procesal ante el tribunal;
- d).- Que exista petición del Ministerio Público y
- e).- Que se declare la existencia de los elementos del tipo y la probable responsabilidad.

Por lo que hace a los requisitos, éstos son:

- a).- Que la orden deberá constar por escrito y ser firmada por el órgano que la dicta;
- b).- Que sólo la autoridad competente la puede ordenar;
- c).- Que tiene que estar fundada y motivada;

d).- Que el delito que se califique con los hechos en que se basa el ejercicio de la acción, se encuentre sancionado abstractamente en la Ley, cuando menos con pena privativa de la libertad.

2. Requisitos de Procedibilidad: Denuncia, Acusación y Querrela

El inicio de un procedimiento penal, supone el cumplir con ciertos requisitos o condiciones previas que resultan necesarios para su apertura.

Estos requisitos se agotan en la etapa preprocesal, denominada averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público, tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal.

El artículo 21 Constitucional, otorga al Ministerio Público la función investigadora de "perseguir delitos", auxiliado por la Policía Judicial, la cual estará subordinada a aquél, y dicha investigación se inicia a partir del momento en el que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo, a través de una denuncia, acusación o querrela.

Sin embargo, estos requisitos de procedibilidad son tomados en cuenta por la autoridad judicial, a fin de que pueda obsequiar una orden de aprehensión, cuando el Ministerio Público haya ejercitado acción penal, pero requerirá que el hecho posiblemente delictivo, a que alude la denuncia, acusación o querrela, sea sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad.

La denuncia, "es la transmisión de un conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosa, que cualquier persona hace (o debe hacer) a la autoridad competente".⁸⁰

⁸⁰ García Ramírez, Sergio y Victoria Adato de Ibarra. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. 6 ed. México 1991. Ed Porrúa. P. 23

En este sentido, la denuncia es poner en conocimiento del Ministerio Público, la realización de actos que al parecer involucren la comisión de un delito en el que la sociedad o el interés social resulten afectados (delitos que se persiguen de oficio), y por eso, aún cuando el denunciante quiera retirar la denuncia, no podrá hacerlo.

Respecto al término acusación, la doctrina establece dos criterios, ya que para algunos consideran que se denuncian hechos, "pero solamente se acusa cuando se afirma que hay persona o personas a las cuales se señala concretamente como responsables de tales hechos, para los efectos de su formal procesamiento; otros consideran en cambio, que los términos son equiparables y que encierran exactamente el mismo contenido".⁸¹

Silva Silva afirma que, "en México se les llama acusados a aquéllos contra los que se han presentado conclusiones acusatorias y se dice así que acusado sólo lo hay en el plenario, mientras que en la instrucción sólo hay inculpados".⁸²

La querrela, en el derecho comparado, posee una doble acepción: como sinónimo de acción privada, y como simple requisito de procedibilidad.

En México, donde priva el monopolio acusado del Ministerio Público, la querrela es siempre requisito de procedibilidad, que se resume "en una manifestación de conocimientos sobre hechos delictuosos y una expresión de voluntad a efecto de que se lleve adelante la persecución procesal."⁸³

Este requisito, se plantea en el caso de los llamados "delito privados", para cuya persecución predomina el interés privado sobre el público, aún cuando dentro de la evolución general del sistema penal, la persecución privada, constituye una fase generalmente superada, razones de política criminal han mantenido cierto ámbito de vigencia en la querrela, que en ciertas hipótesis tienden a ampliarse.

En la denuncia cualquier persona puede poner en conocimiento del Ministerio Público hechos posiblemente delictuosos, e incluso éste puede proceder de oficio a

⁸¹ V. Castro, Juventino. Las Garantías Constitucionales y la Libertad Personal que ellas regulan. De la serie Varía Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. México 1990. ed Miguel Angel Porrúa. pp 9 y 10

⁸² Silva Silva, Op Cit p 180

⁸³ García Ramírez, Op Cit. p. 25.

la investigación de los mismos, tan luego tenga conocimiento de su realización, en cambio, en la querrela, siendo un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, sólo pueden formularla, las personas señaladas en el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual dice que cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la querrela de la parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea de menor edad, manifieste verbalmente su queja, para que se proceda en los términos de los artículos 275 y 276 del ordenamiento legal antes citado (los cuales señalan fundamentalmente, ante quien se debe formular la querrela y que formalidades se tienen que cumplir).

Se requerirá a la parte ofendida, para tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, por la conducta imputada al indiciado; tratándose de incapaces, a los ascendientes, y a falta de éstos, a los hermanos o a los que representen a aquéllos legalmente.

Cuando la víctima, por cualquier motivo, no se pueda expresar, los legitimados para representar la querrela, serán las personas previstas por el artículo 30 bis del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, (que señala quienes tienen derecho a la reparación del daño).

Las querellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas, con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios accionistas, ni poder especial para el caso concreto.

Para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de rapto, estupro o adulterio, en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere el artículo 30 bis del Código Penal.

Sin embargo, en la querrela, respecto a menores, suelen presentarse situaciones conflictivas cuando hay oposición de parte de algún ofendido, o del sujeto pasivo, como son:

- a).- Que el menor desea querellarse, pero los ascendientes no.
- b).- Que el menor y un ascendiente desean querellarse, pero otros no.
- c).- Que el menor no desea querellarse, pero los ascendientes si, y
- d).- Que el menor y un ascendiente no desean querellarse, pero otro si.

En todos los casos antes citados, se tiene por presentada la querrela, en razón de existir el principio del interés jurídico básico de una persona facultada normativamente para formular la querrela, puesto que de conformidad con el artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales, los Agentes del Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo de las ordenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio en la averiguación de los delitos de que tengan noticia, salvo que se traten de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, o la Ley exija algún requisito previo, donde cumplidas con dichas formalidades, se procederá a iniciar la averiguación previa.

Esto nos conduce a decir, que la querrela contiene la anuencia o permiso para los actos de investigación, procesamiento y ejecución, y como es un acto voluntario del querellante, éste puede no desear presentar querrela en los casos que se lo autorice la Ley (renuncia de querrela), o bien ,revocar su inicial anuencia luego de haberla dado (revocación de querrela).

Renuncia y revocación de querrela, han sido denominadas de diversas formas, tanto en la Ley, como en la doctrina; así se le llama desistimiento, perdón, remisión de la querrela, por lo que ésta sólo opera en relación a persona determinada.

En la denuncia no existen estas características de la querrela, pero la similitud de ambas, es que en ellas se describen conductas o hechos posiblemente delictivos, sin calificarlos jurídicamente, pudiéndose presentar en forma verbal o por escrito, en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición

Es importante señalar, que toda persona está obligada a denunciar cuando tenga conocimiento de que se va a cometer un ilícito, o éste haya ya ocurrido, so pena de incurrir en responsabilidad penal.

Por último diremos que afortunadamente el Constituyente suprimió lo relativo a la "declaración bajo protesta de persona digna de fe", ya que éste requisito suscitaba mucha controversia, dado que incluía una cuestión hasta cierto punto subjetiva, pugnando con el principio de credibilidad.

3.2. Código Penal de 1871

Historia

El primer momento histórico de la Codificación Penal Federal se inicia con la sanción del Código Penal 1871, Código "Martínez de Castro" o "Código Juárez", que se expide bajo el régimen del Gobierno de Benito Juárez después de triunfar del Partido Liberal contra la intervención francesa. Este ordenamiento de orientación clásica, influido someramente por un espíritu positivista, ya que en el se admiten algunas medidas preventivas y correccionales, tuvo una vigencia que se prolongó hasta 1929, en que se expidió un nuevo Código, iniciándose así como un segundo momento histórico de la legislación penal mexicana.

En ésta etapa de reemplazo del Código de Juárez, hubo en 1923 un Proyecto para Veracruz, elaborando por Almaraz, autor del Código Penal Federal de 1929; dos años después en 1925, el Poder Ejecutivo de la Federación designó una Comisión para que redactara un Código para el Distrito y Territorios Federales, a la que en 1926 se incorporó Almaraz, sancionándose en 1929 el Código que lleva el nombre de éste.

A partir de 1971, han sido llevadas a cabo reformas de gran trascendencia en el área penal sustantiva y procesal, así como también en la esfera de los menores infractores y en la materia penitenciaria, respondiendo a las nuevas directrices científicas, vitalizando las disposiciones penales y tratando de amortizar consecuentemente los institutos de la condena condicional, libertad preparatoria, conversión de la pena de prisión, régimen preliberacional, remisión de la pena y asistencia post-liberacional para todos los liberados; instituciones vinculadas por una íntima y sólida conexión criminológica. Se agrega a éste esfuerzo legislativo el Código Penal para los Estados de Guanajuato de 1978 y el Proyecto del Código Penal para el Estado de Guanajuato de 1978 y el Proyecto del Código Penal para el Estado de Veracruz de 1979, que representan un avance en el desenvolvimiento de las ideas penales.

En fin, en la actualidad impera en México, como en muchos otros países, la preocupación por una modificación a fondo de la legislación penal, para dar origen a un Código Penal y, en general, a una legislación penal unitaria, que corresponda a las exigencias ético-sociales actuales y dé cumplimiento a las exigencias de la política criminal moderna.

En la actualidad, se presencia un verdadero reajuste de los valores, en virtud de las nuevas exigencias y cambios de las ideas, y se hace cada vez mas perceptible la desconexión que existe entre el Derecho y las realidades sociales que hoy vive el mundo. Se advierte que los preceptos jurídicos están notoriamente retrasados

respecto de las exigencias de una sociedad moderna, y las elaboraciones teóricas continúan tendidas en torno de principios y supuestos propios de otras épocas. Los profundos cambios que se han operado en la realidad social mexicana, hacen necesarios cambios en el ordenamiento jurídico penal, pues este, como las otras Leyes, se encuentra rezagado frente al fenómeno delincencial.

Las revisiones e intentos de reforma han sido respuestas, en cierta medida, a las exigencias político-criminales de la época correspondiente, que de haber cuajado no corresponderían tampoco a las exigencias actuales en virtud de los cambios constantes que nuestra realidad social experimenta.

En el Código Penal del de 1871, se habla de retención en el proceso en los siguientes artículos y títulos:

Artículo 72.-La retención se hará efectiva cuando el condenado con esa calidad tenga mala conducta, durante la segunda mitad de su condena, cometiendo algún delito, resistiéndose a trabajar, o incurriendo en faltas graves de disciplina o en graves infracciones a los reglamentos de la prisión⁸⁴

Artículo 73.-La declaración de hallarse un reo en el caso de retención, la hará sumariamente el tribunal que pronuncie la condenación irrevocable, con audiencia del reo y vista del informe que el encargado de la prisión debe rendir sobre la conducta del condenado, acompañado de un testimonio de las constancias que sobre esto haya en el libro de registro.*

El Código penal de 1871 denominó el Título Primero del Libro Tercero "Delitos y violencias físicas (Capítulo VIII, artículos 446-456); Destrucción o deterioro causado en propiedad ajena por incendio (Capítulo IX, artículos 457-476); Destrucción o deterioro causado por inundación (Capítulo X, artículos 477-484); Destrucción,

⁸⁴ Los artículos 71 y 72 quedaron reformados en los términos transcritos por la Ley de 5 de septiembre de 1896.

* los procedimientos relativos a retención se fijan por el capítulo II (art. del 28 al 34) de la Ley de 8 de diciembre de 1897

deterioro y daños causados en propiedad ajena por otros medios (Capítulo XI , artículos 485-557).

El Proyecto de Reformas al Código de 1871 reglamentó los delitos contra la propiedad dentro del Título Primero del Libro Tercero, incluyendo a los siguientes: robo en general; robo sin violencia; robo con violencia a las personas, abuso de confianza; fraude contra la propiedad; quiebra fraudulenta y culpable; despojo de cosa inmueble o de aguas; de las amenazas, destrucción y deterioro causado por inundación; destrucción; deterioro y daños causados en propiedad ajena por otros medios.

Titulo Séptimo

De los trabajos forzados por diez años con retención

Artículo 80.- Los condenados a trabajos forzados por diez años con retención, no podrán tener consigo cantidad alguna de dinero, alhajas, ni ropas, muebles u objetos de lujo.

Artículo 90.-La pena de trabajos forzados con retención lleva consigo la pérdida de todos los derechos civiles. En consecuencia, al notificarse al reo la sentencia, se le prevendrá otorgue en término que se le señale por el juzgado, su testamento legal, que surtirá todos sus efectos, si muere el reo antes de salir de su destino. En este testamento, nombrará curador para sus hijos menores que estuviesen bajo su potestad: si no quisiere otorgar su testamento, el Juez proveerá a sus hijos de curador, con arreglo a lo que dispone la Ley, para el caso de la muerte abintestato del padre; y por fallecimiento del reo, pasarán sus bienes, derechos y acciones a sus herederos legítimos. Los curadores de los menores, cuidarán de sus personas en los términos que dispone la Ley respecto de los demás menores, sin mezclarse en la administración de bienes, que deberá correr a cargo del curador del reo, del que habla el art. 88, pudiendo únicamente vigilar y dar parte al Juez de las faltas que noten en la administración del expresado curador, para que se eviten y corrijan.

Titulo Undécimo

Arresto o Detención

Artículo 113.-Los condenados a arresto o detención serán puestos en la cárcel, cuartel, fortaleza o casa de Ayuntamiento, según las circunstancias del reo, delito o lugar que se determine por la sentencia. El local destinado a cumplir el arresto o detención será diferente, cuando sea posible, del que ocupen los sentenciados o acusados por delitos graves; donde esto no pudiere hacerse, se le destinarán piezas distintas y separadas.

Artículo 114.- Atendidos los casos y circunstancias de las personas, los jueces podrán imponer la pena de arresto o detención, ampliándola a la casa propia de los reos, o a la población en que residen.

Artículo 115.-La pena de arresto o detención durará desde un día hasta un año, y se cuenta desde la fecha de la primera sentencia en que se imponga.

Titulo Décimo Sexto (XVI)

Arresto o Detención

Artículo 77.-Los condenados a arresto o detención serán puestos en la cárcel, cuartel, fortaleza o casa de Ayuntamiento, según las circunstancias del reo, delito o lugar que se determine por la sentencia. El local destinado a cumplir el arresto o detención será diferente, donde quiera que sea posible, del que ocupan los acusados o sentenciados por delitos graves; donde esto no pudiere hacerse, se le destinaran piezas distintas y separadas.

Artículo 78.-Atendidos los casos y circunstancias de las personas, los jueces podrán imponer la pena de arresto o detención, ampliándola a la casa propia de los reos, o a la población en que residan.

Artículo 79.-La pena de arresto o detención durará desde un día hasta un año.

1.3. Código Penal de 1929

Historia

Dicho Código, según su principal autor, debía estar fundado en la Escuela Positiva, puesto que no se consideraba correcto presentar como reforma substancial, un Código retrasado que no pudiera luchar eficazmente contra la delincuencia; aspiración que no fué conseguida por razones de diversa índole, que hicieron que su vigencia sólo durara dos años.

Delitos contra la propiedad dentro del Título Vigésimo los siguientes delitos. Del Robo en general (Capítulo I, artículos 1112-1119); Del robo sin violencia (Capítulo II artículos 1120-1138); Del robo con violencia (Capítulo III, artículos 1139-1143); Del abuso de confianza (Capítulo IV, artículos 1144-1150); De la estafa (Capítulo V, artículos 1151-1170); De la quiebra culpable y fraudulenta (Capítulo VI, artículos 1171-1179); Del despojo de cosa inmueble o de aguas (Capítulo VII, artículos 1180-1183); De la destrucción y del deterioro de la propiedad por incendio (Capítulo VIII, artículos 1184-1199); De la destrucción y del deterioro causada por inundación (Capítulo IX, artículos 1200-1207); De la destrucción, del deterioro y de los daños causados en propiedad ajena por otros medios (Capítulo X, artículos 1208-1218).

5.- El criterio de clasificación de los delitos contra el patrimonio. Para agrupar o clasificar los delitos contra el patrimonio se siguen, principalmente, los siguientes criterios:

a).- El que se basa en la naturaleza de los bienes: muebles, inmuebles y semovientes. Los clasifica en: robo, hurto, abuso de confianza, fraude y daño en cuanto se trata de muebles, los bienes sobre los que recae la acción criminosa, o en despojo, fraude y daños si los bienes son inmuebles.

Este punto de vista apoya, según la idea de Carmignani, el mayor o menor peligro que entraña la lesión al derecho sobre tales bienes y en el grado de maldad con que tales hechos se cometan.

Acertada es la crítica, que niega la posibilidad de una clasificación semejante, pues aún reconociendo rasgos comunes en algunos delitos patrimoniales, salta a la vista su diversidad respecto al objeto mismo sobre el cual recae el atentado. Como lo ha observado Jiménez Huerta, en los delitos del robo y abuso de confianza se dá, como característica común, la naturaleza mueble de la cosa objeto de la acción, más otros delitos, como los de fraude y daños en la propiedad ajena, pueden tener por objeto material tanto las cosas muebles como las inmuebles.

b).- El que se apoya en el fin perseguido por el delincuente.

De acuerdo con este criterio, los delitos se clasifican en: robo, hurto, usurpación y estafa, atendiendo al ánimo de lucro, y en delitos de incendio y daños, en cuanto al móvil de venganza.

Esta clasificación, cuyo origen se sitúa en Carrara resulta inadmisibile por atender a un factor de carácter subjetivo que en nada interesa respecto a la estructura de los tipos. En el robo, en el abuso de confianza y en el fraude, aunque de común se manifieste el ánimo del lucro, puede darse igualmente el móvil de venganza. Semejante razonamiento puede hacerse respecto a los daños en propiedad ajena, delito en el cual es posible concebir un ánimo de lucro, aún en forma excepcional. El argumento más convincente contra ese criterio de clasificación, lo constituye el idéntico tratamiento dado por la Ley respecto a la impunidad de la acción delictuosa patrimonial, con indiferencia del ánimo específico del agente.

c).- El que se basa en la naturaleza de los derechos patrimoniales protegidos. Desde éste punto de vista la protección puede ser dada: 1) a los derechos reales, y 2) a los derechos de crédito.

No es unánime el asentamiento a las limitaciones impuestas por la clasificación anterior. Así Von Liszt se refiere a los derechos reales, a los derechos de ocupación y a los derechos personales, considerando que a los anteriores grupos de delitos podría agregarse un cuarto caracterizado por el medio de ataque consistente en la violencia y el fraude.

La heterogénea naturaleza de algunos tipos delictuosos patrimoniales hace, como sucede en los criterios anteriormente examinados, inadmisibles el nuevo punto de vista. En el fraude, por ejemplo, pueden ser lesionados tanto derechos reales como derechos de crédito.

d).- El que se basa en la violación del nexo patrimonial o en el ataque que comprende igualmente a otros bienes jurídicos. De acuerdo con este criterio, los delitos se dividen en simples, si únicamente violan la reacción patrimonial, y en complejos cuando atacan igualmente otros bienes jurídicos.

Como lo pone en claro Jiménez Huerta, el problema no es de clasificación o sistematización, "sino de delimitación y fijación de los perfiles y contornos típicos de cada delito patrimonial. Cuando esto se logra, se --afirma--, queda al descubierto el elemento activo del patrimonio que cada tipo autónomo protege, la forma específica de lesionar dicho elemento activo, alcance el sentido de la tutela penal".

6.- Notas comunes y diferenciales en los delitos patrimoniales. Ricardo C. Nuñez, afirma que son tres las características comunes a los delitos "contra la propiedad". 1º El delito recae siempre sobre un bien; 2º El autor es movido siempre por una intención específica, y 3º El perjuicio a la propiedad debe ser invito domino,

agregando que sólo la debida consideración a estas tres características comunes a todos los delitos contra la propiedad, permite delimitar claramente el margen del Título del Código Penal. Cuello Calón señala como nota común: “el daño o menoscabo que causan en las cosas o en los derechos que constituyen el patrimonio del hombre”.

Con relación a las notas diferenciales en los delitos contra el patrimonio Cuello Calón separa dos grandes grupos:

a).- Los delitos cuyas características son el enriquecimiento como fin, o la adquisición ilícita de bienes ajenos, señalando específicamente el robo, el hurto, la usurpación, las defraudaciones, las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, en cuanto estas son maniobras fraudulentas empleadas por especuladores ávidos para la obtención de lucros ilícitos; las infracciones relativas a la usura y a los casos de prestamos sobre prendas en cuanto facilitan o son ocasión de defraudaciones en provecho de los prestamistas, y el encubrimiento con ánimo de lucro.

b).- Los delitos caracterizados por lesión de la propiedad ajena, no con animo de apropiársela o de utilizarla en interés propio, sino mediante hechos encaminados a destruirla o deteriorarla, a menoscabar su valor, señalando entre ellos el incendio y otros estragos y los daños.

3.4 Código Penal 1931

Historia

El contenido del Código de 1931, ha sido constantemente modificado en los puntos particulares al correr de los años; se le han introducido muchas reformas, habiéndose elaborado varios proyectos para sustituirlo.

Una tercera etapa en la codificación penal mexicana, se inicia en Veracruz con un Código de 1944. Este Código llamado "Código de Defensa Social", cuya vigencia se inició el 15 de enero de 1945, fué suspendido poco después.

Después de someterlo a reformas,--- entre las cuales se destaca el cambio del nombre "Código de Defensa Social"--- por "Código Penal" y la voz "infracción" por la de "delito"--, aprobado el 22 de diciembre de 1947, el Código mencionado entró definitivamente en vigencia el primero de julio de 1948, iniciándose así un movimiento legislativo que aún no ha concluido, que se separa de la legislación federal de 1931 y que, sin desconocer la importancia de los antecedentes y tradición legislativa nacionales, tiende a la superación de este texto; corriente en la que se pueden afiliar los proyectos federales de 1949, 1958 y 1963, el Código de Sonora de 1949, el de Guerrero de 1953, el de Baja California de 1959, el del Estado de México de 1961, el de Michoacán de 1962, como también los mismos proyectos veracruzanos de 1951 (Parte general) y 1954.

En el año de 1963, finalmente, se redactó el Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana; en cumplimiento a una resolución tomada en el Congreso Nacional de Procuradores de Justicia que se llevó a cabo ese mismo año. Dicho Congreso Nacional, se pronunció por la uniformidad de las Leyes penales en sus aspectos sustantivo y adjetivo en todas las Entidades de la Federación. Como en la misma Exposición de Motivos se manifiesta, dicho Proyecto está inspirado predominantemente por la dirección técnico-jurídica; no obstante que mantiene la estructura tradicional, incluye muchas innovaciones.

7.- Destacando el Anteproyecto de Reforma del Libro Primero del Código Penal, se fecha 4 de diciembre de 1934; el Proyecto de reforma del año de 1942; el Proyecto de Código Penal de 1949 para el Distrito y Territorios Federales ; el Proyecto Chico Goerne de Código Penal de 1958; el Proyecto de Código Penal de 1958 para el Distrito y Territorios Federales; y el Proyecto de Código Penal Tipo de 1963.

Artículo 88.-Las sanciones privativas de libertad, siempre que excedan un año, se tienen impuestas en calidad de retención hasta una mitad más de su duración; sin que la omisión de éste requisito sea obstáculo para hacerla efectiva.

Artículo 89.-La retención se hará efectiva cuando, a juicio del Ejecutivo, el condenado con esa calidad, tenga mala conducta durante la segunda mitad de su condena, resistiéndose al trabajo, incurriendo en faltas graves de disciplina, o en graves infracciones a los reglamentos del establecimiento penal.

El Código Penal vigente, siguiendo la corriente moderna, ha cambiado la terminología usada por los códigos de 1871 y 1929 de "Delitos contra la propiedad" para adoptar el término "Delitos contra las personas en su patrimonio". En su Título Vigésimo Segundo y bajo el rubro indicado comprende los siguientes delitos: Robo (Capítulo I, artículos 367-381 bis); Abuso de confianza (Capítulo II artículos 382-385 bis); Fraude (Capítulo III, artículo 386-389 bis); extorsión (Capítulo III bis, artículo 390); De los delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso (Capítulo IV, artículos 391-394); Despojo de cosas inmuebles o de aguas (Capítulo V, artículos 395-396) y Daño en propiedad ajena (Capítulo VI artículos 397-399 bis).

3.5 Derecho Comparado Nacional

Derecho comparado nacional

Diversas Constituciones de los siguientes Estados

Estado de Durango, señala:

Artículo 15.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento: No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o de detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia,

acusación o querrela de un hecho determinado que la Ley castigue con la pena corporal y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de personas digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndoles sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en caso urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persiguen de oficio podrá la autoridad administrativa bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresarán el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o las personas que haya de aprehenderse y los objetos que se busquen, a lo que únicamente, levantándose al concluirla una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y de exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales sujetándose en estos casos a las Leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

Estado de México

Artículo 90.- El Gobernador carece de facultades para:

VII.- Ordenar la aprehensión o la detención de persona alguna, ni privarla de su libertad, sino en los casos que la Constitución Federal lo autorice, poniéndola inmediatamente y sin excusa alguna a disposición de la autoridad competente.

Nuevo León:

Artículo 15.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse ninguna orden de detención o de aprehensión sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado, que la Ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración bajo protesta de personas digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se busquen, a los que únicamente deben limitarse la diligencia, levantándose al concluirla una nota circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado, o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y de exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

Oaxaca:

Artículo 14.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de un mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Ninguna orden de aprehensión o detención podrá librarse, a no ser de que la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la Ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de in fraganti delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata y solamente al Tribunal Supremo de Justicia para que exija la responsabilidad correspondiente.

3.6 Las Últimas Reformas

Libertad Preparatoria y Retención.

Artículo 84.- "Se concederá libertad preparatoria al condenado, previo al informe a que se refiere el Código de Procedimientos Penales, cuando hubiere cumplido las tres quintas partes de su condena, si se trata de delitos intencionales, o la mitad de la misma en caso de delitos imprudenciales, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos:

- I.- Que haya observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia
- II.- Que el examen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir; y

III.- Que haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para dicho objeto, si no puede cubrirlo desde luego.

Llenados los anteriores requisitos, la autoridad competente podrá conceder la libertad, sujeta a las siguientes condiciones:

- a) Residir o, en su caso, no residir en lugar determinado, e informe a la autoridad de los cambios de su domicilio. La designación del lugar de residencia se hará conciliando la circunstancia de que el reo pueda proporcionarse trabajo en lugar que se fije, con el hecho de que su permanencia en él, no sea un obstáculo para su comienda;
- b) Desempeñar en el plazo que la resolución determine, oficio, arte, industria profesión lícitos, si no tuviere medios propios de subsistencia;
- c) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica;
- d) Sujetarse a las medidas de orientación y suspensión que se le dicten y a la vigilancia de alguna persona honrada, y de arraigo, que se obligue a informar sobre su conducta, presentándolo siempre que para ello fuere requerida.

Artículo 85.- La libertad preparatoria no se concederá a los sentenciados por alguno de los delitos contra la salud en materia de narcóticos previsto en los artículos 194 y 196-Bis; por delito de violación previsto en el primero y segundo párrafos del artículo 265 en relación con el artículo 266- Bis fracción I ; por el delito de plagio y secuestro

previsto por el artículo 366, con excepción de lo previsto en la fracción VI de dicho artículo en relación con su antepenúltimo párrafo y lo dispuesto en el penúltimo párrafo; por el delito de robo con violencia en las personas en un inmueble habitado o destinado para su habitación, conforme a lo previsto en el artículo 367 en relación con los artículos 372 y 381-Bis, de este Código, así como a los habituales y a quienes hubieran incurrido en segunda reincidencia.

Tratándose de los delitos comprendidos en el Título Décimo, la libertad preparatoria sólo se concederá cuando se satisfaga la reparación del daño a que se refiere la fracción III del artículo 30 o se otorgue caución que lo garantice.

Artículo 86.- La autoridad competente revocará la libertad preparatoria:

I.- Si el liberado no cumple las condiciones fijadas, salvo que se le dé una nueva oportunidad en los mismos términos que se establecen en la fracción IX del artículo 90 de éste Código;

II.- Si el liberado es condenado por un nuevo delito doloso mediante sentencia ejecutoriada, en cuyo caso será de oficio la revocación; pero si el nuevo delito fuere culposos, la autoridad competente podrá, según la gravedad del hecho, revocar o mantener la libertad preparatoria, fundando su resolución.

El condenado cuya libertad preparatoria haya sido revocada, deberá cumplir el resto de la pena.

Los hechos que originen los nuevos procesos a que se refiere este artículo interrumpen los plazos para extinguir la sanción.

Artículo 87.- Los sentenciados que disfruten de libertad preparatoria, quedarán bajo el cuidado y vigilancia de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social".⁸⁵

Cuando un individuo es privado de la libertad y sujeto a un proceso penal y la sentencia es condenatoria, lo único a que puede aspirar es a la obtención de un beneficio; pero la Ley habla de que aún estando en tiempo para obtenerlos; si de los estudios de personalidad se obtiene que no ésta socialmente readaptado puede la autoridad ejecutora aplicar la retención y efectuar en un lapso de seis meses una nueva valoración, pudiéndose obtener un resultado favorable.

En lo que respeta a la Detención y Retención, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en sus Capítulo segundo señala:

Artículo 12.-"El Juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalado en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo".⁸⁶

⁸⁵ Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la república en Materia Federal Editorial Sista S A. de C. V. 2° Edición México 1997. p 22 y 23

⁸⁶ Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, Publicación en el Diano Oficial de la Federación el día 11 de julio de 1996.

Capítulo IV

La Retención y Detención a la Luz de las Últimas Reformas Penales y Procesales.

4.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 14.-"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".⁸⁷

Es de suma importancia tomar en cuenta la garantía de audiencia que otorga este precepto; pues cualquier presunto responsable debe ser oído y vencido en juicio reuniéndose todas las formalidades que marca la Ley y ésta última debe haber sido expedida previamente al hecho cometido.

Artículo 16.-"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la Ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

⁸⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa S.A. 120° Edición México 1997 p 13.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su mas estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionado por la Ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en los casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la Ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado puede sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de Ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la Ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la Ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose, al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado, o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia ¹⁸⁸

¹⁸⁸ Ibid p. 14

Esta garantía de legalidad es de gran valor para toda persona que hay cometido un ilícito, pues las actuaciones de la autoridad deben estar fundadas y motivadas; es decir, apegadas a derecho así mismo es clara la distinción entre detención y retención; la primera antes de la segunda lógicamente; y se dá cuando, es físicamente detenida la persona y la segunda cuando es ya detenida la persona se le retiene no ejercitándose acción penal ante la autoridad jurisdiccional.

Artículo 17.- "Ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las Leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter civil."⁸⁹

La impartición de justicia en México esta basada en un marco de legalidad y por tal razón, las personas no pueden hacerse justicia solas ya que de lo contrario se estuviera haciendo una regresión a las etapas del derecho; dentro de la administración de justicia, la Ley señala a los encargados de su aplicación términos para su aplicación y para que no sea tornada tediosa; si una persona debe a otra dinero no podrá ser privada de la libertad a menos que su conducta esté encuadrada a la descripción típica de fraude.

Artículo 18.- "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva.

El sitio de ésta, es distinto del que se destinare para la expedición de las penas y estarán completamente separados.

⁸⁹ Idem

Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgaran sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto".⁹⁰

No debe olvidarse que toda descripción típica señala una pena alternativa o acumulativa y sólo cuando se señala esta última el Ministerio Público, debe solicitar en su pliego de consignación orden de comparecencia; en los reclusorios preventivos y penitenciarias existe clara la división entre hombres y mujeres lo mismo que menores de edad (Dirección de Prevención y Tratamiento para Menores Infractores) evitándose así la Contaminación Criminógena.

Artículo 19.-"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la Ley penal.

Todo proceso se seguirá forzosamente por los delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son los abusos, que serán corregidos por las Leyes y reprimidos por las autoridades".⁹¹

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid. p 17 y 18

Una vez que ejercitó acción penal el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional, este último debe resolver la situación jurídica del presunto responsable en un término de setenta y dos horas, para no dejarlo en estado de indefensión y precisamente la justificación de la detención preventiva del individuo es justificado con un Auto de Término Constitucional.

Artículo 21.- "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual, se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.

Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la Ley".⁹²

Es clara esta garantía; si se integra la averiguación previa con detenido o sin detenido el Agente del Ministerio Público consigna al Órgano Jurisdiccional quien ratificará la consignación, resolviendo posteriormente la situación jurídica del individuo.

Artículo 23 - "Ningún juicio Criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya osea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia".⁹³ Todo procesado privado de la libertad una vez que concluya su proceso, debe ser absuelto o condenado pero nunca debe quedarse en estado de indefensión; y es oportuno aclarar que no debe decirse nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, mas bien, es que nadie debe ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

⁹² Ibid. p 20

⁹³ Ibid p. 21

Nuestro régimen Constitucional sólo permite que una persona sea detenida por orden de aprehensión girada por autoridad judicial competente, por flagrancia o por caso urgente.

En una ciudad con las características urbanas de espacio y población tan complejas como los del Distrito Federal, resulta relativamente fácil para el delincuente permanecer en el anonimato, y consecuentemente, evadirse de la acción de la justicia.

El concepto actual de flagrancia, sólo permite la detención de una persona en el momento de estar cometiendo el delito, cuando es perseguido materialmente o bien, cuando se señala como responsable de su comisión en el momento de realizarlo y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento en que aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundamentalmente su culpabilidad.

Este concepto no abarca otros casos de flagrancia en los que el probable responsable es plenamente identificado por la víctima del delito, algún testigo presencial de los hechos o, incluso, por quien hubiese participado con él, en su ejecución, aún después de su comisión y dentro de un plazo establecido por la Ley; por ello, frecuentemente, a pesar de que el agente del Ministerio Público recabe las pruebas y huellas suficientes en corto tiempo, se encuentra impedido para detener rápidamente al probable responsable, el que muy posiblemente aprovechará ésta circunstancia para deshacerse de los objetos producto del delito o instrumentos con los que lo hayan cometido.

Por lo anterior, resulta claro que el concepto actual de flagrancia constituye un obstáculo para que el Ministerio Público actúe con mayor celeridad en la captura de los delincuentes

Cabe destacar que las legislaciones penales de otros países cuyos niveles de incidencia delictiva, incluso menores a los de nuestro país, contemplan dentro del concepto de flagrancia la facultad de la autoridad para detener a una persona aún después de cometido el delito, pero dentro de un plazo razonable posterior a su ejecución y bajo determinadas condiciones que garantizan el respeto a las garantías del individuo.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 16 Constitucional, la detención de un delincuente puede darse por "caso urgente", siempre que se trate de un delito grave, que exista riesgo fundado de que el sujeto pueda sustraerse a la acción de la justicia y que no se pueda ocurrir a la autoridad judicial, por razón de la hora, lugar o circunstancia. En estos casos el Ministerio Público bajo su responsabilidad ordenará la detención, fundando y expresando los motivos de su proceder. Estos instrumentos jurídicos constituyen las herramientas indispensables del Ministerio Público para perseguir con mayor celeridad y eficiencia a los delincuentes y, por ello, abatir la indignante impunidad que actualmente se vive en la capital del país.

Detención.- "El tiempo de la detención de un proceso debe ser computado, para el efecto de la pena, de acuerdo con el artículo 20, fracción X de la Constitución Federal de la República".⁹⁴

Penas aumentadas con retención.- "Si la Sala sentenciadora, en su fallo expresó que la sanción corporal impuesta, se entendía con el carácter de retención por un año más, aunque no lo haya pedido el Ministerio Público, esa decisión no es violatoria de garantías, ya que propiamente no impone pena alguna y queda sujeta a la conducta que observe el reo durante la duración de su condena en el penal respectivo. Menos aún, si tal determinación se encuentra legitimada por algún artículo del Código Penal aplicable".⁹⁵

⁹⁴ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época T XXXV, p. 1299 Amparo penal en revisión 938/31 González Villarreal David, 13 de julio de 1932, mayoría de 3 votos

⁹⁵ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época T.LXXV, p. 8634 Amparo penal directo 3286/42 Coutiño Ramiro, 19 de enero de 1943, unanimidad de 4 votos

Retención del Acusado .-" Los alcaides y carceleros que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión de un detenido, dentro de los setenta y dos horas que señala el artículo 19 Constitucional, deberá llamar la atención del juez a cuya disposición de las tres siguientes, lo podrá en libertad.⁹⁶

Detención.- " Las violaciones que hubieran cometido en la detención del quejoso, no pueden analizarse en el juicio de Amparo, si el acto es reclamado no es la detención , si no la sentencia de segunda instancia.⁹⁷

Detención.-" Los efectos de ésta cesan, cuando se dicte el auto de formal prisión."⁹⁸

Detención.- Sus efectos cesan cuando el detenido es consignado a la autoridad responsable, porque ha cambiado la condición jurídica de esa detención.

Detención.- "Aunque jurídicamente no se considera como una pena, de hecho sí lo es, y la misma Constitución previene que el tiempo de la detención se comporte en la sentencia definitiva, al imponerse la pena, si el acusado resulta culpable".⁹⁹

Detención.- "No es indispensable para ordenarla, que se oiga en defensa el delito, siendo, por otra parte, es necesario que el acusado se encuentre a disposición de la justicia, para tomarle su declaración y cumplirse con los demás mandamientos del artículo 20 Constitucional".¹⁰⁰

⁹⁶ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, VI, p. 876 Amparo Penal en revisión, Luque Salvador, el 21 de Junio de 1920, mayoría de 8 votos.

⁹⁷ Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, vol. XXII, 2. Parte, p.81

⁹⁸ Semanario Juducail de la Federación, Quinta Epoca, T III, p. 766 Amparo Penal Rev Del auto que negó la susp. Novoa Fernando, unanimidad de votos.

⁹⁹ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, T. IV, p 650, Amparo Penal en revisión, del auto de suspensión Suarez Marimo unanimidad de 8 votos.

¹⁰⁰ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, T IV, p 1063, Amparo Penal en revisión, Castillo Sánchez Unanimidad de 8 votos

Detención.- "Cuando el amparo se pida contra la detención sufrida por el quejoso, debe considerarse que han cesado los efectos del acto reclamado, si se han dictado ya el auto de formal prisión, porque éste cambia la condición jurídica del detenido".¹⁰¹

Retención, carácter de, en la pena de prisión, si causa agravio al quejoso cuando fué derogado el artículo que la establecía.

4.2 Código Penal del Distrito Federal en Materia del Fuero Común para toda la República en Materia del Fuero Federal.

Libertad Preparatoria y Retención

Artículo 88.- Las sanciones privativas de libertad, siempre que excedan de una año, se tienen impuestas en calidad de retención, hasta por una mitad más de su duración; así se expresará en la sentencia, sin que la omisión de éste requisito sea obstáculo para hacerla efectiva

Artículo 89 --La retención se hará efectiva cuando a juicio del Ejecutivo, el condenado con esa calidad tenga mala conducta durante la mitad de su condena, resistiéndose al trabajo, incurriendo en faltas graves, infracciones a los reglamentos del establecimiento penal.

¹⁰¹ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, T IV, p 452, Amparo Penal en revisión, Unanimidad de 10 votos

4.3 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Código Federal de Procedimientos Penales

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Aprehensión, detención o comparecencia del inculcado.

Artículo 132.-"Para que Juez pueda librar orden de aprehensión, se requiere:

- I.- Que el Ministerio Público lo haya solicitado; y
- II - Que se reúnan los requisitos fijados por el artículo 16 de la Constitución Federal

Artículo 133 - En los casos a que se refiere el tercer párrafo del artículo 271 de este Código, y en todos aquellos en que el delito no da lugar a aprehensión, al procedimiento del Ministerio Público se librarán la orden de comparecencia en contra del inculcado para que rinda su declaración preparatoria, siempre que estén acreditados los elementos del tipo y la responsabilidad del inculcado.

La orden de comparecencia y la de aprehensión se entregan al Ministerio Público

Artículo 133 Bis.- Se concederá al inculcado la libertad sin caución alguna, por el Ministerio Público, o por el Juez, cuando el término medio aritmético de la pena de la prisión no exceda de tres años, siempre que:

- I.- No exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia;
- II.- Tenga domicilio fijo en el Distrito Federal o en la zona conurbada con antelación no menor de un año;
- III.- Tenga un trabajo lícito; y

IV.- Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional.

La presente disposición no será aplicable cuando se trate de los delitos graves señalados en este Código.

Artículo 134.-Siempre que se lleve a cabo una aprehensión en virtud de orden judicial, quien la hubiere ejecutado deberá poner al aprehendido, sin dilación a disposición del Juez respectivo, informando a este a cerca de la fecha, hora y lugar en que se efectuó, y dando a conocer al aprehendido el derecho que tiene para designar defensor.

En caso de que la detención de una persona exceda de los plazos señalados en el artículo 16 de la Constitución Federal, se presumirá que estuvo incomunicada y las declaraciones que haya emitido el detenido no tendrán validez.

Artículo 13 Bis.- En los lugares de detención dependientes del Ministerio Público no existirán rejas y con las seguridades debidas funcionarán las salas de espera.

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

El Ministerio Público evitará que el probable responsable sea incomunicado, intimidado o torturado. En los lugares de detención del Ministerio Público, estará instalado un aparato telefónico para que los detenidos puedan comunicarse con quien lo estimen conveniente.

Los indicados, desde la averiguación previa, podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de una u otra, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio.

Artículo 134-2 Para la aprehensión de funcionarios federales o locales que incurran en la comisión de delitos del orden común, se procederá de acuerdo con lo que dispongan la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y las Leyes orgánicas y reglamentarias respectivas, sin perjuicio de adoptar las medidas conducentes para evitar que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia, si aquel intenta hacerlo, lo evitará la autoridad encargada de su vigilancia y solicitará inmediatamente instrucciones a quien este conociendo del asunto o deba expedir la autorización, ajustándose a las órdenes que de estos órganos reciba".¹⁰²

Lo fundamental para que el Ministerio Público pueda ejercitar acción penal es que exista una denuncia acusación o querrela, que existan elementos suficientes para comprobar la culpabilidad del activo y estén integrados los elementos del tipo, obviamente sea orden de aprehensión o comparecencia, el Ministerio Público la solicita y el Organismo Jurisdiccional la obsequia, así como la Institución del Ministerio Público, ejercita acción penal cuando existen elementos suficientes para acreditar la probable responsabilidad, como Institución de buena fe, debe en caso contrario no ejercitar acción penal e investigar a fondo los hechos.

Artículo 193 -"En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público".

Se considerara que hay delito flagrante cuando el indiciado es detenido en el momento de estarlo cometiendo, o si inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso:

a) aquél es perseguido materialmente; o

¹⁰² Legislación Penal Procesal Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. editorial Sista S.A de C.V. 22 Edición México 1998 p p 113 y 114

b) alguien lo señala como responsable y se encuentra en su poder el objeto del delito, el instrumento con que parezca cometido, o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito.

En esos casos el Ministerio Público iniciará, desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según pudiere, decretará la retención del indiciado si el delito es perseguible de oficio o perseguible previa querrela u otro requisito equivalente, que ya se encuentre satisfecho, o bien ordenará la libertad del detenido".¹⁰³

Por reforma de fecha 10 de enero de 1994, se estableció la siguiente disposición: La evaluación de lo antes mencionado, hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decrete indebidamente la retención y la persona así detenida será puesta en inmediata libertad.

Artículo 194.-"En casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de una persona, fundado y expresando los indicios que acrediten:

- a) Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en este artículo;
- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y
- c) Que por razones de la hora, lugar a cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir

¹⁰³ Legislación Penal Procesal Código Federal de Procedimientos Penales Editorial Sista S A. de C.V. 2° Edición 1998 p 42.

ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión."¹⁰⁴

De la misma manera que en el artículo anterior, la violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decreta indebidamente la detención y el sujeto será puesto en inmediata libertad.

Artículo 194 bis.-" En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de autoridad judicial.

Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, que serán aquellos en los que tres o más personas que se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y retirado o con fines predominantes lucrativos alguno de los delitos considerados como graves".¹⁰⁵

Si la integración de la averiguación previa requiriera mayor tiempo del señalado con anterioridad, el detenido será puesto en libertad, sin perjuicio de lo previsto por el artículo 133 bis.

Artículo 195.- "Cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 Constitucional, el tribunal librará orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia, según el caso, contra el inculpado, a pedimento del Ministerio Público.

La resolución respectiva contendrá una relación sucinta de los hechos que la motiven, fundamentos legales y la clasificación provisional que se haga de los hechos delictuosos, y se transcribirá inmediatamente al Ministerio Público para que éste ordene a la policía su ejecución".¹⁰⁶

¹⁰⁴ Ibid p 43

¹⁰⁵ Ibid. p. 44

¹⁰⁶ Ibid.p.

Artículo 196.- "Cuando se trate de la aprehensión de alguna persona cuyo paradero se ignore, el tribunal que dicte la orden la comunicará al Agente del Ministerio Público adscrito para que éste la transcriba a la Procuraduría General de la República, a fin de que la Policía Judicial Federal, o los auxiliares de ésta localicen y aprehendan a dicha persona. Lograda la aprehensión se procederá en los términos del artículo 52.

Artículo 197.- Siempre que se lleve a cabo una aprehensión en virtud de orden judicial, quien la hubiere ejecutado deberá poner al aprehendido, sin demora alguna; a disposición del tribunal respectivo, informando a éste acerca de la fecha, hora y lugar en que se efectuó, y dando a conocer al aprehendido el derecho que tiene para designar defensor".¹⁰⁷

Se entenderá que el inculcado queda a disposición del juzgador, para los efectos constitucionales y legales correspondientes, desde el momento en que la policía judicial, en cumplimiento de la orden respectiva, lo ponga a disposición de aquel en la prisión preventiva o en un centro de salud. El encargado del reclusorio o del centro de Salud asentará en el documento relativo a la orden de aprehensión ejecutada, que la presente la policía judicial, el día y hora del recibo del detenido.

Para reformar a ésta disposición de fecha 10 de enero de 1994, se determinó que las personas que se encuentren internadas en centros de reclusorios de alta seguridad, podrán ser trasladadas a otros centros, hospitales, oficinas o cualquier lugar, notificándolo al Ministerio Público Federal y su defensor.

Así mismo, por reformar de la fecha arriba mencionada el Artículo 198 quedó de la siguiente manera:

"Los miembros de la policía o de las Fuerzas Armadas Mexicanas, que tuvieren detenidas o sujetas a prisión preventiva deberán sufrir ésta en las prisiones

¹⁰⁷ Ibid

especiales, si existieren, o en su defecto en las comunes. Lo anterior, no será aplicable para los miembros de las Fuerzas Armadas Mexicanas que se encuentren en dicha situación por estárseles siguiendo un proceso penal, por la comisión de un delito en contra de la salud, en cualquiera de sus modalidades".¹⁰⁸

No podrán considerarse prisiones especiales los cuarteles u oficinas.

Artículo 199.-"Para dictarse orden de aprehensión no será obstáculo la circunstancia de que esté pendiente un recurso de apelación interpuesto contra resolución anterior que la hubiere negado".¹⁰⁹

Artículo 200 - Si por datos posteriores el Ministerio Público, estimare que ya no es procedente una orden de aprehensión, o que debe reclasificarse la conducta o hecho por los cuales se hubieren ejercitado la acción, y la orden no se hubiera ejecutado aún, pedirá su cancelación o hará la reclasificación, en su caso, con acuerdo del Procurador o del funcionario que corresponda, por delegación de aquel. Este acuerdo deberá constar en el expediente. La cancelación no impide que continúe la averiguación, y que posteriormente vuelva a solicitarse orden de aprehensión, si procede, salvo que por la naturaleza del hecho en el que la cancelación se funde, deba sobre leer el proceso. En los casos a los que se refiere este artículo, el Juez resolverá de plano".¹¹⁰

¹⁰⁸ Ibid pp 44 y 45

¹⁰⁹ Ibid. p 45

¹¹⁰ Ibid.

Artículo 201.-"Cuando se ejecute una orden de aprehensión dictada contra persona que maneje fondos públicos, se tomarán las providencias necesarias para que no se interrumpa el servicio y se haga entrega de los fondos, valores y documentos que tenga en su poder el inculpado, dictándose entretanto las medidas preventivas que se juzgue oportunas para evitar que se sustraiga a la acción de la justicia."¹¹¹

El día 10 de enero de 1994 fué reformado el artículo 202 quedando de la siguiente manera su contenido":

Al ser aprehendido un empleado o servidor público o un miembro de las Fuerzas Armadas Mexicanas, se comunicará la detención sin demora al superior jerárquico respectivo. También será notificado dicho superior jerárquico cuando el empleado o servidor público o el miembro de las Fuerzas Armadas Mexicanas, se le decrete formal prisión y cuando se le dicte sentencia definitiva, ya sea condenatoria o absolutoria en cualquiera de sus formas, remitiéndole al juzgador copia certificada de la misma.

Artículo 203.- "Cuando deba aprehenderse a un empleado oficial o un particular que en ese momento este trabajando en un servicio público, se procurará que éste no se interrumpa, tomándose las providencias necesarias a fin de que el inculpado no se fugue entre tanto se obtiene su relevo".¹¹²

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

¹¹¹ Ibid

¹¹² Ibid

Artículo 205.- Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no debe ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez, fundada y motivadamente, o éste disponer de oficio, con la audiencia del imputado el arraigo de éste, con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del máximo señalado en el artículo 133- bis o bien tratándose de la averiguación previa o bien en el proceso por el término Constitucional en que éste deba resolverse".¹¹³

¹¹³ Ibid

Conclusiones

Primera.- Es de considerarse la ampliación del término referido a la detención, tratándose de delitos graves, dado que las diligencias básicas hechas en averiguación previa, están limitadas al término de las 48 horas, insuficientes para poder determinar la situación jurídica del detenido.

Segunda.- Cuando se ordena la detención y decretan la retención de los probables responsables de la comisión de delitos en las materias que le compete, en los términos previstos en el artículo 16 constitucional, no hay tiempo suficiente para proponer el ejercicio de la acción penal, y se concede la libertad provisional a los indiciados, en los términos de la fracción I, y el penúltimo párrafo del artículo 20 Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos.

Tercera.- Se debe solicitar a través de la dirección general de control de procesos penales, las medidas precautorias de arraigo y las ordenes que sean necesarias, así como instruir a los agentes de la policía judicial y a los peritos que estén adscritos, sobre los elementos o indicios que se investiguen, así como recabarlos, para la integración del tipo penal, para la acreditación de la probable responsabilidad del indiciado.

Cuarta.- Así mismo, se deben asegurar los bienes, instrumentos o huellas objetos de los productos relacionados con los hechos delictuosos, y en los casos que corresponda, recabar de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y del Distrito Federal, así como de los Estados y Municipios de la República, en los términos de las disposiciones aplicables, los informes, documentos, opiniones y dictámenes necesarios para la integración de la averiguación previa, en base al artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Quinta.- Recabando lo anterior, podrá entonces decidirse y en su caso, se puede proporcionar la libertad provisional bajo caución a los indiciados con fundamento en los artículos 556 y 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño, y de las sanciones pecuniarias, que en su caso puedan imponerse al inculpado.

Sexta.- De acuerdo al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, el Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito que se trate y la probable responsabilidad; para lo cual se debe contar con el tiempo suficiente para que sea posible proponer el ejercicio de la acción penal, en averiguación previa cuando se esté trabajando con detenido en delitos graves.

Séptima.- La finalidad de la ampliación del término, versa en poder recabar los datos e información suficiente a fin de determinar conforme a derecho la situación jurídica del detenido.

Octava.- Tratándose de un caso concreto, en el que no se hayan recabado los datos suficientes y no habiéndose integrado los elementos del tipo, se proceda a dejarle en libertad al sujeto, no debiendo existir duda, si no plena convicción de que con la ampliación del termino de las cuarenta y ocho horas, se contó con el tiempo suficiente para poder determinar la situación del indiciado, habiéndose realizado las diligencias respectivas.

Novena.- La excepción a la propuesta, son los casos de delincuencia organizada, pues como lo establece el artículo 12 del Código de Procedimientos Penales en su Capítulo II, existe una ampliación del termino hasta por 90 días.

Decimo.- Conforme lo regula en nuestros códigos de procedimientos penales el Ministerio público es el órgano de la autoridad que ésta legalmente facultado para prescribir la averiguación previa. Las leyes procesales no establecen una reglamentación, acerca de los actos concretos que habrá de realizar el Ministerio Público con el manejo de la averiguación previa, tampoco hay una regulación en cuanto a la duración de este procedimiento penal cuando no exista detenido, esto en porcentaje, en casos mayoritarios solo hasta la reforma penal de 1993, en lo que se refiere a los casos de "flagrancia" y en los "urgentes" se encuentra establecido en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos toda vez que la averiguación previa requiere de los siguientes elementos: a) Denuncia, b) Requisitos de procedibilidad, c) La actividad investigadora, d) La resolución. Por lo anteriormente expuesto considero que es necesario la ampliación del término de las 48 horas para integrar debidamente la averiguación previa cuando se trata con detenido, ya que en la práctica este tiempo no es suficiente para poder integrar debidamente la averiguación previa, ya que algunas diligencias requieren de mayor tiempo para su desahogo como es el caso de los dictámenes periciales, investigación de la policía judicial, presentación de los testigos de los hechos, en su caso como de los propios ofendidos en donde el Ministerio Público debe participar directamente a fin de integrar una verdadera investigación y poder ejercitar la acción penal.

Bibliografía

ARRILA Baz, Fernando, "El Procedimiento Penal en México", México, Editores Unidos Mexicanos 1978.

BENITEZ Treviño, Humberto V. "Filosofía y Praxis de la Procuración de Justicia" Prol. Jorge Carpizo. 2º ed. México 1994 Ed. Porrúa S.A.

BRISEÑO Sierra, Humberto. "El Artículo 16 de la Constitución Mexicana". Edición Conmemorativa de la Constitución de 1917. México 1967 Ed. UNAM.

BRISEÑO Sierra, Humberto. "El Enjuiciamiento Penal Mexicano" 2º reimp. México 1985. Ed. Trillas.

BURGOA Orihuela, Ignacio. "Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo." 3 ed. México 1992. Ed. Porrúa S.A.

CALAMANDREI, Piero. "Casación Civil." Tr. Santiago Sentis Melendo T. I. Vol I Buenos Aires 1945.

CASTILLEJOS Escobar, Marcos. Decreto que Reforma y Adiciona el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, artículo en la obra "La Reforma Jurídica de 1983 en la Administración de Justicia." México 1984. P.G.R.

GARCÍA Cordero Fernando, La prisión preventiva y su legislación secundaria revista mexicana de Justicia, México vol III, número 19, julio - agosto de 1982

GARCIA Ramírez, Sergio. "Curso de Derecho Procesal Penal." 2 ed. México 1989. Ed. Porrúa.

GONZÁLEZ Bustamante, Juan José, "Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano", 6a. ed. México, Porrúa .1975.

DE GONZALEZ Mariscal, Olga Islas La Prisión Preventiva y Doctrina y Constitución Mexicana. Artículo en la "Obra Jurídica Mexicana." IV. P.G.R. MÉXICO 1987.

DEL TORO, Alfonso. "Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación" T. I. MÉXICO. 1934.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. T. I-0. 5ed. México 1992. ed . Porrúa.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. T. I. A. Buenos Aires. Ed Bibliográfica Argentina.

FLORIS Margadant, Guillermo S. "El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea." 13 ed. México, 1985., Ed. Esfinge

ISLAS de González Mariscal, Olga, "La Prisión Preventiva en la Constitución Mexicana." Revista mexicana de justicia, México, vol. III, número 19 julio - agosto de 1982; la detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado, México UNAM, 1981.

JIMÉNEZ de Asua, Luis. "La Ley y el Delito." 3 ed. Ed. Sudamericana.

JIMÉNEZ de Asua, Luis. "Tratado de Derecho Penal." 3 ed Ed. Lozada, Buenos Aires, Argentina, 1964 T. I

JIMÉNEZ de Asua, Luis. "Tratado de Derecho Penal." 2 ed. Ed. Lozada, Buenos Aires, Argentina, 1964 T. I.

MANCILLA Ovando, Jorge Alberto. "Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal." Estudio Constitucional del Proceso Penal. 3 ed. México, 1990. Ed. Porrúa. S.A.

MACEDO, Miguel. "Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano." Ed. Cultura. México 1931.

OSORÍO y Nieto, Cesar Augusto. "La Averiguación Previa". 6 ed. México 1992. Ed. Porrúa S A.

R. Von Ihering. "El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Fases de su Desarrollo." Tr. Enrique Príncipe Satorres. T. II. Madrid 1878.

RODRÍGUEZ y Rodríguez, Jesús "La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado." México 1981. Ed. UNAM.

ROMAN Lugo Cortés, María Delia. "Los Artículos 13, 14, 15, 16 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 Constitucionales. Ensayo Interpretativo de su Relación con el Derecho Penal Positivo (Sustantivo y Adjetivo)". México 1974.

SILVA Silva, Jorge Alberto. "Derecho Procesal Penal" México 1990. Ed. Harla.

TENA Ramírez, Felipe. "Leyes Constitucionales de México. 1808-1987." 14. ed. México 1987. Ed. Porrúa. S.A.

V. Castro, Juventino. "Las Garantías Constitucionales y la Libertad Personal que ellas regulan." De la serie Varía Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. México 1990. Ed. Miguel Angel Porrúa.

V. Castro, Juventino. "Lecciones de Garantías y Amparo." 2 ed. México 1978 Ed. Porrúa. S.A.

VELA, Fernando. "Abreviatura del Espíritu del Derecho Romano de R. Von Ihering." 2 ed. Madrid 1962. Rev De Occidente.

VITTORIO, Scalaja. "Procedimiento Civil Romano." Tr. Santiago Sentis Melendo y Mariano Ayerra Redin. Buenos Aires 1954. Ed. Eudeba.

ZAMORA Pierce, Jesús. "Garantías y Proceso Penal." 5 ed México 1991 Ed Porrúa.
