



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES**

**CAMPUS ARAGÓN**

**DEROGACIÓN AL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 193  
DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES  
POR DECRETAR ILEGALMENTE LA RETENCIÓN.**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

**LICENCIADA EN DERECHO**

**P R E S E N T A :**

**VERÓNICA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

**ASESOR:**

**LIC. JOSÉ EDUARDO CABRERA MARTÍNEZ**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

Todo el material contenido en esta tesis 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.

**I P N**  
**ESCUELA SUPERIOR DE INGENIERÍA MECÁNICA Y ELÉCTRICA**  
**UNIDAD CULHUACAN**

**REPORTE TÉCNICO**

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE : INGENIERO EN COMUNICACIONES Y ELECTRÓNICA

POR LA OPCIÓN DE TITULACIÓN: SEMINARIO

DENOMINADO: "TELEFONÍA CELULAR Y PROTECCIÓN DE SUS ENLACES DE TELECOMUNICACIONES"  
NÚM. DE VIGENCIA D.E.P. FSN35099/03/2000

DEBERÁN DESARROLLAR LOS C.C.: GARCÍA GUADARRAMA JESÚS  
RAMÍREZ DE JESÚS EULOGIA  
RAMOS RODRÍGUEZ ALBERTO

**"INTRODUCCIÓN"**

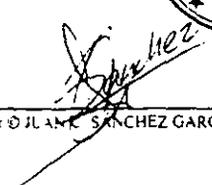
ESTE TRABAJO ES SOBRE LAS COMUNICACIONES MÓVILES. LOS SIGUIENTES CAPÍTULOS TRATARÁN EN FORMA DETALLADA Y PROFUNDA LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES EN DICHA MATERIA.

- I PANORAMA DE LAS COMUNICACIONES
- II COMUNICACIONES MÓVILES
- III SERVICIOS DE TELEFONÍA CELULAR
- IV HACIA DONDE VAN LAS COMUNICACIONES
- V CONCLUSIONES

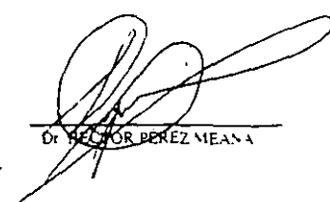
MÉXICO D.F. SEPTIEMBRE DE 2000



ASESORES

  
Dr. J. A. SÁNCHEZ GARCÍA

  
M.C. JOSÉ E. PÉREZ CARMONA

  
Dr. HECTOR PÉREZ MEANA

## **AGRADECIMIENTOS**

**Gracias a Dios** por concederme la dicha de conocerlo en vida, personificado en Ustedes mis seres queridos, a quienes agradezco, admiro y respeto por ser quienes son:

**Gracias Mamá**, porque además de darme vida, has dado a mi mundo la mayor muestra de amor, sabiduría y bondad convirtiéndome en un hombre feliz y convencido de tratar de regresar al mundo algo de esto que tu me has dado.

**Gracias Papá**, porque además de darme vida, me has enseñado a soñar en grande y sobre todo, gracias por recorrer conmigo el camino hacia la realización de estos grandes sueños.

**Gracias a los Papás de mis papás**, por las proezas que realizaron en vida, las cuales han trascendido a su partida y se han convertido en una gran fuente de inspiración en mi vida.

**Gracias Hermanas** (Mago, Isabel, Caro y Maricruz), por darme el lugar que merezco, el de uno más en la familia, sin preferencias ni tratos especiales, de esa manera aprendí a quererlas, admirarlas y respetarlas como mujeres grandiosas que han demostrado ser en todo lo que hacen. También gracias por: las balconeadas; los regaños, los gritos, las groserías, los pleitos, los financiamientos, los consejos, los celos, los sacrificios, las porras, los aplausos, las lágrimas, los abrazos, las navidades, los novios, los esposos, los hijos, los ahijados, los sobrinos, y todo lo que me han brindado.

**Gracias Sobrinos** (Jesús, Diana, Jorge, Ana Isabel y David), por motivarme a ser una buena persona digna de su amistad y confianza y si de algo les sirve, un tío ejemplar con el que siempre podrán contar.

**Gracias Amigos**, (Patos y otros géneros) por haber estado ahí, compartiendo proyectos y sobre todo algunos buenos momentos de nuestras vidas. Gracias a todos ustedes: Alejandro, Daniel, Juan Manuel, Benjamin, Angélica, Arturo, Luis Arturo, Tato, Tacha, Emilio, Ricardo, Lázaro, Mauricio, Noé, Evelia, Chuck, Polo, Lázaro, Gustavo, Héctor, Carlos, Alejandra, Mónica, Eleazar, Pedro, Tico, Susana y los que faltan. Afortunadamente esta es una larga lista por lo que espero comprendan cualquier omisión.

**Gracias Berenice**, por aquel beso que nos convirtió en novios, ya que a partir de entonces me has brindado con tu compañía, un gran amor y apoyo en estos proyectos tan importantes en mi vida.

**Gracias a mis compañeros de equipo** (Eulogia y Alberto), por hacer de este proyecto de titulación, que tanto me tarde en realizar, una tarea sencilla y divertida. Espero seguir contando con ustedes como colegas y amigos.

**Gracias IPN e Instituciones de Educación Pública de México**, por brindarme la oportunidad de formarme profesionalmente en sus aulas para ser partícipe en la construcción de un mejor País.

JESÚS GARCÍA GUADARRAMA

A DIOS :

TE DOY GRACIAS DIOS MÍO POR ESTAR VIVA Y HABERME PERMITIDO CULMINAR MI CARRERA A PESAR DE LOS OBSTÁCULOS Y OTRAS CIRCUNSTANCIAS QUE SE HAN INTERPUESTO EN SU MOMENTO . PERO NO ME CANSARE DE DARTE LAS GRACIAS PORQUE SIEMPRE ME HAS ESTADO A MI LADO GUIÁNDOME HASTA ESTE MOMENTO EN QUE POR FIN CONCLUIRÉ LO INICIADO HACE VARIOS AÑOS . MI EDUCACIÓN . ESPERANDO ME DEJES SEGUIR ADELANTE PARA LOGRAR NUEVAS METAS . SIENDO ESTE SOLO EL PRINCIPIO DE UNA NUEVA VIDA EN OTRO NIVEL DE VIDA

A MIS PADRES:

LUIS LAURENCIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ  
FRANCISCA HERNÁNDEZ ZAPOTITLA

LES AGRADEZCO HABERME BRINDADO EL MILAGRO DE LA VIDA  
Y ENSEGUIDA EL GRAN APOYO QUE ME HAN BRINDADO , ASI COMO  
SU AMOR , COMPRENSIÓN Y CONFIANZA , CON TODO ESTO ME HAN  
GUIADO POR EL CAMINO DEL ESTUDIO , TRABAJO . POR TODO ESTE  
APOYO E INSISTENCIA QUE ME HAN DADO PARA QUE FINALMENTE  
PUEDA LOGRAR MI OBJETIVO.

A MIS HERMANAS:

IRMA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ  
GLORIA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ  
MARIA DE JESÚS HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ  
MARIA DE LOURDES HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ  
MARIA DE LOS ÁNGELES HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ  
FRANCISCO ISAÍAS HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

A USTEDES TAMBIÉN HE DE AGRADECERLES EL APOYO QUE ME  
HAN BRINDADO A TRAVÉS DE TODA MI VIDA , ESPERANDO  
CONTINÜEN APOYÁNDOME EN TODO LO QUE EMPRENDA ASÍ  
COMO YO LO HARÉ CON USTEDES

A LA UNIVERSIDAD :

A ELLA QUE LE PUEDO DECIR SI ME HA BRINDADO SUS  
INSTALACIONES PARA PODER ADQUIRIR LOS CONOCIMIENTOS  
NECESARIOS PARA MI FORMACIÓN ACADÉMICA, SOLO PUEDO  
DECIRLE QUE LE AGRADEZCO TODO LO QUE ME BRINDO  
ESPERANDO NO DEFRAUDAR LA CONFIANZA QUE ME HA DADO  
SI NO QUE AL CONTRARIO ESTE ORGULLOSA DE UNA SERVIDORA

A LA ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"CAMPUS ARAGÓN".

MI QUERIDA ESCUELA QUE RECUERDOS TENGO DE ELLA PUES EN  
ELLA HE ADQUIRIDO LOS CONOCIMIENTOS CON LOS QUE CUENTO  
Y ELLA MISMA AHORA ME DARÁ LA SATISFACCIÓN DE CONCLUIR  
MI LICENCIATURA PARA SER ALGUIEN EN LA VIDA.

A MIS MAESTROS

A USTEDES PROFESORES DE ESTA MI GRAN ESCUELA, LES  
AGRADEZCO SUS ENSEÑANZAS, SU PACIENCIA Y SU ENTREGA  
LO QUE HA HECHO EN MI SE CUMPLA MI SUEÑO DE SER  
PROFESIONISTA.

A MI ASESOR :

LIC. JOSÉ EDUARDO CABRERA MARTÍNEZ  
LE AGRADEZCO SU APOYO INCONDICIONAL  
QUE ME BRINDO PARA LA REALIZACIÓN DEL  
PRESENTE TRABAJO YA QUE CON ELLO ME  
DA LA OPORTUNIDAD DE ALCANZAR MI META  
TAN ANHELADA .

A MI HONORABLE JURADO:

AGRADEZCO SU GENTILEZA POR HABER ACEPTADO SER PARTE DE  
MI JURADO Y CON SU APOYO PODRÉ FINALMENTE LOGRAR EL  
TITULO EN LA LICENCIATURA EN DERECHO CON LO CUAL SE  
TERMINA UNA ETAPA EN MI VIDA E INICIO UNA NUEVA  
RESPONSABILIDAD ANTE LA SOCIEDAD. DONDE ESPERO CONTAR  
CON USTEDES PARA QUE ME SIGAN GUIANDO CON SU  
CONOCIMIENTO Y EXPERIENCIA

A MIS AMIGAS:

OLIVIA GAMBOA  
AIDEE SANDOVAL SÁNCHEZ  
LETICIA MENDOZA LÓPEZ  
NORMA TAPIA LÓPEZ  
VICTORIA SOLIS NAVA

AUNQUE SUENE REPETTIVO, TAMBIÉN LES DOY LAS GRACIAS POR  
LOS MOMENTOS EN QUE ME APOYARON Y ESPERO LO SIGAN  
HACIENDO A PESAR DE LA DISTANCIA QUE MUCHAS VECES NOS  
SEPARA PERO NO HA PERMITO EL OLVIDARNOS.

A MI AMIGO:

A TI MIGUEL ÁNGEL COMO PUEDO EXPRESARTE MI  
AGRADECIMIENTO . YA QUE SIN TU APOYO INCONDICIONAL  
NO HABRÍA LOGRADO ESTA META . DESDE QUE NOS VOLVIMOS  
A ENCONTRAR ME HAS AYUDADO A INSISTIDO MUCHO PARA  
SALIR ADELANTE.

A MI AMOR:

ÁNGEL AL IGUAL QUE A TODOS LOS QUE HE MENCIONADO  
A TI TAMBIÉN TE DEBO ESTE LOGRO POR QUE HAS INSISTIDO  
PARA SALIR ADELANTE Y CON TU AMOR ME HA SIDO MUCHO  
MAS SENCILLA ESTA VIDA

## ÍNDICE

	Págs.
INTRODUCCIÓN.....	1

### **CAPITULO 1** **LA DETENCIÓN Y LA RETENCIÓN**

1.1. La Detención y la Retención .....	5
1.1.1 Concepto .....	16
1.1.2 Diferencia entre Retención y Detención .....	20

### **CAPITULO 2** **LA DETENCIÓN Y LA RETENCIÓN EN EL DERECHO** **POSITIVO MEXICANO**

2.1. Artículo 16 Constitucional párrafos Quinto y Séptimo .....	22
2.2. El artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales .....	25
2.3. Requisitos para decretar la Detención y la Retención .....	27
2.3.1. El Ministerio Público como autoridad facultada .....	32
2.3.2. Delito grave calificado por la ley .....	38
2.3.3. Riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la Justicia ..	46
2.3.4. Que por razón de hora, lugar u otra circunstancia, el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.....	49
2.3.5. Plazo para ejecutar la Retención .....	52

### **CAPITULO 3** **PROPUESTA PARA LA DEROGACIÓN DEL ÚLTIMO PÁRRAFO** **DEL ARTÍCULO 193 DEL CÓDIGO FEDERAL DE** **PROCEDIMIENTOS PENALES**

3.1. La Garantía de Legalidad contenida en el párrafo primero del artículo 16 Constitucional. ....	63
3.2. Decreto de reformas al artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales del día 08 de febrero de 1999 .....	85

3.3.	La ilegalidad de la Retención sin haberse iniciado la averiguación previa .....	86
3.4.	Derogación al último párrafo del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales .....	91
	CONCLUSIONES .....	99
	BIBLIOGRAFÍA .....	102

## *INTRODUCCIÓN*

El presente trabajo se realiza por la inquietud que tenemos después de haber revisado las últimas reformas publicadas el día 08 de febrero de mil novecientos noventa y nueve, donde notamos que el último párrafo del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales habla de una retención sin haberse iniciado la averiguación previa correspondiente, es decir sin llevar a cabo las diligencias necesarias para en su caso retener a una persona cuando ha cometido un delito grave así señalado y contemplado por la ley. Al actuar en estas circunstancias se estarían violando las garantías de legalidad contempladas en nuestra constitución política, la cual es la ley suprema dentro de nuestra legislación además que esta conducta daría por resultado una deficiente aplicación de la ley por carecer de congruencia con nuestro ordenamiento fundamental, lo que conllevaría a dar la oportunidad a los presuntos delincuentes de ampararse y no ser sancionados debidamente a pesar de ser detenidos o asegurados en el momento de la comisión de un delito, o en los otros casos previstos por la ley. Por tal motivo, es nuestra preocupación de que debe modificarse este último párrafo o en su caso de ser posible derogarse del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, ya que al estar contemplada en la ley tiene un valor, aún cuando se encuentra en contra de los principios que combaten las leyes penales, toda vez que con ello no se logra así combatir la

delincuencia que afecta a nuestra sociedad, que se encuentra cansada de que no se sancione debidamente a aquellos que infringen la ley que nosotros mismos hemos establecido para que se regulen las conductas de todos los hombres, mujeres y niños que forman parte de esta sociedad donde vivimos y queremos vivir en paz con toda la gente que nos rodea y no vivir atemorizados por lo que puedan hacernos ese grupo de personas que se dedican a robar y a cometer otros delitos, ya no nos sentimos seguros en ningún lugar, ya que en cualquier momento podemos ser víctimas de estas personas y si no se aplican debidamente las leyes, estamos expuesto a que nos roben o a otros delitos incluso a represalias por parte de los mismos delincuentes que al verse libres tratan de vengarse de aquellas personas que los señalaron como aquellos que cometieron el delito afectando con ello su seguridad y su integridad en esta gran ciudad. Por eso nuestra preocupación de que se reforme a la brevedad posible el último párrafo del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales para que no exista posibilidad de que esto ocurra, porque de lo contrario, motivaría un mayor incremento de la delincuencia, porque al suceder esto, sabrían dichos delincuentes, el mecanismo legal para quedar impunes impidiendo con ello el actuar de las autoridades que los van a sancionar, quedando en entredicho su actuar ante la sociedad quien no creería mas en ellas y esto podría tener como resultado, que las víctimas tomen justicia por su propias mano, lo cual es

totalmente contrario a derecho.

Así pues, es que la presente investigación se compone en un primer capítulo, de los conceptos doctrinales, jurisprudenciales y legales, así como la diferencia que existe entre DETENCIÓN, RETENCIÓN, con lo que se procura la debida comprensión para todo aquel lector que se interese en conocer las instituciones que dan origen al presente trabajo de investigación.

En el capítulo 2, el lector podrá tener una visión más amplia y objetiva de lo que en nuestro derecho positivo vigente regula respecto a las figuras de detención y retención, analizando desde luego, el artículo 16 del Pacto Federal, así como el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual norma la figura jurídica de la flagrancia, elemento fundamental para la detención de todo sujeto activo, de quien se presume la comisión de un delito al momento mismo de que se cometa la conducta típica y antijurídica; en este mismo capítulo, el lector podrá conocer los requisitos indispensables para decretar la detención y retención, las autoridades facultadas para realizar tales actos, en fin los elementos de fondo y de forma indispensables que contiene la legislación correspondiente.

Continuando con el fondo del presente trabajo, tal y como se

menciona en líneas anteriores, la preocupación que motivo esta investigación, se desarrolla en el capítulo 3, en efecto, es en este capítulo en el que se proponen las posibles soluciones que se le puede dar a este problema, y sobre todo, se expresan en una manera objetiva y práctica los motivos por los cuales se propone la derogación del artículo 193 del Código Adjetivo Penal Federal, el presente capítulo, constituye la columna vertebral de esta tesis.

Toda tesis quedaría inconclusa sin un capítulo de Conclusiones; en este último, se concretiza el objetivo primordial, los fines y propuestas que se formulan en nuestro trabajo, fundando por último, todo el aparato que constituye esta tesis, con la bibliografía en la que apoyamos nuestra investigación, sin la cual correría el riesgo de caer en un subjetivismo impropio de un trabajo de esta naturaleza.

**CAPITULO I**  
**LA DETENCIÓN Y LA RETENCIÓN**

**1.1. LA DETENCIÓN Y LA RETENCIÓN.**

En esta investigación no identificaremos estrictamente el desarrollo del régimen jurídico de la pretensión punitiva con el desenvolvimiento de las relaciones –admisiones y exclusiones- entre el Estado y los particulares, y de los órganos del Estado entre sí. empero, existe un curso paralelo que conviene considerar y que está impulsando –a nuestro modo de ver- los pasos más recientes del derecho mexicano –constitucional y secundario- en esta materia.

Hay un movimiento dialéctico en la atribución de poderes persecutorios a los órganos del Estado. La corriente más liberal, a la luz de cierta realidad delictiva. Mantuvo reducidas las facultades de la policía y del Ministerio Público, a cambio de privilegiar las jurisdiccionales. Otra corriente (que no es necesariamente autoritaria, pero carga el acento en la defensa social, bajo una realidad delictiva diferente), tiende a conceder mayores espacios al

Ministerio Público.

Por otra parte, en la persecución penal se ha marcado, dicho sea en líneas generales, de una etapa de máxima potestad del pueblo y el sujeto agraviado por el delito, a otra de máxima potestad del Estado. A partir de aquí se ha venido reconstruyendo el tema de la persecución penal mediante el avance de los poderes particulares, que condiciona el desempeño de los poderes públicos. Como se ve, la “privatización” no se reduce a la economía. En este campo juegan un papel notable, así mismo, otros datos relevantes de la evolución jurídica, que no examinaremos ahora: tales son el derecho penal mínimo y las alternativas no judiciales para la solución de los litigios penales.

En la mediatización o condicionamiento de la persecución penal a cargo del Ministerio Público, que en México se ha disciplinado al principio de legalidad, es preciso tomar en cuenta asimismo las diversas formas de “moderación” o “alteración” persecutoria, consecuencia de “negociaciones” entre el acusador y el inculcado, que conforman una nueva versión del principio de oportunidad. En el derecho comparado hay diversas expresiones de esta tendencia, como es el plea bargaining del sistema anglosajón.<sup>1</sup> En el derecho

---

<sup>1</sup> Sergio García Ramírez, “Poder Judicial y Ministerio Público”, Editorial Porrúa, México, 1996. Primera Edición pp. 155.

patrio, esa inquietante consideración del principio de oportunidad se abrió paso cuando entro en vigor Ley Federal contra la Delincuencia organizada.

Sobre este mismo asunto vale decir que hay varios planos en el control de la persecución penal, vía para la actualización del jus puniendi. En el primero, figuran las facultades dispositivas sobre la averiguación y eventualmente sobre el proceso, que se expresan en el flujo y reflujo de los principios de oficialidad y dispositividad. En el segundo, aparece el ejercicio de la acción penal, en sus diversas vertientes practicadas: pública, popular, particular, privada. En el tercero cuenta la injerencia de particulares en el despliegue de la acción pública, que puede ser no determinante (cuando el propio Ministerio Público, organizado jerárquicamente, retiene el control final de sus determinaciones) o determinante (cuando es posible vencer la resistencia del Ministerio Público a través de una decisión externa).

Todas estas circunstancias, insuficientemente estudiadas en nuestro medio, se hallan presentes en las reformas constitucionales de 1993 y 1994. En ambas se quiso establecer un mejor equilibrio entre los intereses de los personajes del enjuiciamiento penal: sociedad, víctima e inculpado, más el defensor que actúa con éste. De ahí --entre otros factores, cuyo examen

distraería de la descripción panorámica que ahora pretendemos- el carácter heterogéneo de tales reformas, que mueven sus piezas en sentidos aparentemente discrepantes: cada personaje avanza algunos pasos y retrocede otros. No podemos ocuparnos ahora de los cambios en cada uno de estos extremos. Nos limitaremos a los que conciernen al Ministerio Público.

Pero ya hablamos de avatares: en los últimos años las cosas variaron. Declinó el crédito del acusador oficial y se elevó, discretamente, el del juzgador. El Ministerio Público afrontó y resistió su propia crisis, de la que no ha salido todavía.

Esa crisis tuvo sus manifestaciones más severas hace unos cuantos años. De ellas surgieron el Ombudsman mexicano, por un lado, y diversas correcciones procesales, por el otro. Entre éstas, las relativas a la prueba confesional. Pero también de ellas resultó un ensayo interesante y discutible por clarificar actividades o facultades del Ministerio Público que habían permanecido en claroscuro, y dotarlo con otras que se creyeron convenientes para la persecución eficaz de los delitos.

En la reforma constitucional de 1993 se enfrentó un viejo problema:

¿qué hacer cuando es manifiesta la responsabilidad penal del indiciado?, ¿hay riesgo de que se sustraiga a la acción de la justicia y se carece de orden judicial de captura? Entonces se amplió el supuesto de detención de indiciados por orden del Ministerio Público en la llamada hipótesis de urgencia. De esta suerte se quiso favorecer la defensa de la sociedad contra el crimen. Empero, las fórmulas no fueron afortunadas. Se aludió, muy cautelosamente, a la imposibilidad de ocurrir a la autoridad judicial “por razón de la hora, lugar o circunstancia”. Quedaron soslayadas las verdaderas causas de la detención administrativa: la falta de flagrancia y la imposibilidad de ejercitar acción penal por insuficiencia de la averiguación. Por ende, la reforma se quedó a medio camino. Hoy se advierte claramente.

En algunos documentos preparatorios de aquella reforma se afirmó, de manera asombrosa, que con el cambio constitucional quedaría afianzado el principio de que “se investiga para detener; no se detiene para investigar”. El régimen de la detención –así como el de la denominada “retención”, con un curioso eufemismo- contradice frontalmente esa afirmación: en realidad quedó establecido que se detiene para investigar. De lo contrario sería inexplicable el periodo de retención, tanto el ordinario de cuarenta y ocho horas, como el extraordinario, con plazo duplicado, que sobreviene en el supuesto de lo que

nuestra Constitución denomina “delincuencia organizada”, concepto errático todavía, que las leyes secundarias han buscado perfilar, sin acierto que persuada.

En 1996 se reanimó la consideración sobre la delincuencia organizada. A este respecto se promovió una reforma constitucional de 18 de marzo de ese año; dicha reforma abarcaría los artículos 16, 21, 22 y 73, fracción XXI. El mismo 18 de marzo se hizo llegar al Congreso otra iniciativa para reformar la fracción I del artículo 20 de la ley fundamental. Ambos documentos fueron objeto de un solo dictamen por comisiones de la Cámara de Senadores, el 1 de abril siguiente. La reforma fue publicada en el Diario Oficial del 3 de julio de 1996.

En éste momento no examinaremos las modificaciones incorporadas en los cuatro preceptos que citamos en primer término, expresamente vinculadas con el tema de la delincuencia organizada. Han suscitado serias reservas y enconados debates. Asimismo, existe -al tiempo de redactar estas adiciones, en julio de 1996- un proyecto de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, pendiente de consideración por el Poder Legislativo.

Por tanto ya hemos manifestado nuestro punto de vista sobre este

inquietante proyecto de ley secundaria, que verdaderamente instituye un nuevo derecho penal (en amplio sentido: normas sustantivas, adjetivas, ejecutivas y orgánicas), alejado en diversos puntos de la tradición democrática del orden jurídico punitivo mexicano. Recoge “negociaciones” entre el Ministerio Público y el inculpado, con vistas a la obtención de informes útiles para la persecución de los delitos, que se traducen en “ventajas” punitivas para el infractor constituido en testigo o informante. Adopta la posibilidad de remunerar a quienes suministren datos que conduzcan a la localización de delincuentes. Permite la recepción de denuncias anónimas, que recuerdan el antiguo sistema de delaciones, proscrito por el artículo 16 de la Constitución. Crea una oficina ad hoc en la Procuraduría General de la República para el despacho de estas preocupantes medidas.

En la cuenta favorable de la reforma de 1993 se halla la extensión de varios derechos del inculpado en los juicios del orden penal, que se actualizan ante el juzgador, y en la etapa de averiguación previa, que se desarrolla ante el Ministerio Público. De esta forma culmina un largo recorrido que comenzó, propiamente, en la reforma procesal secundaria de 1971, que permitió la libertad provisional bajo caución del indiciado, desde el primer momento de la averiguación previa, en la especie de delitos imprudenciales con motivo del

tránsito de vehículos. La ampliación aportada en 1993 abarca varias garantías del artículo 20. El texto, elaborado con premura, contiene algún galimatías que el Poder Revisor de la Constitución deberá corregir en el futuro.

Afortunadamente, la reforma constitucional de 1996 acerca de la fracción I del artículo 20, corrigió varios desaciertos de la reforma de 1993 y abrió la posibilidad de que el juzgador conceda o niegue la libertad del inculpado en los supuestos de delitos “no graves”. De este modo, se rescatan el razonado arbitrio y la responsabilidad del tribunal en este delicado sector de los temas justiciables, y con ello se milita contra el régimen de “prejuicio” o “predeterminación legal” de la libertad provisional bajo caución.

Otras rectificaciones e innovaciones pertinentes en la cuenta favorable de la reforma constitucional de 1996, por lo que atañe a libertad provisional del inculpado, son las siguientes: a) pedimento del Ministerio Público –no vinculante para el tribunal, obviamente- para la negativa de libertad provisional en las hipótesis de delitos “no graves”; b) precisión de los supuestos que fundan dicha negativa. En la inteligencia de que el juez no está “obligado” a negar la excarcelación, sino sólo “facultado” para ello, c) ponderación del riesgo para el ofendido y la sociedad como dato para conceder o negar la

liberación provisional del inculpaado; d) restablecimiento de los elementos a considerar para fijar la forma y el monto de la caución: delito e inculpaado; e) vinculación de la garantía con el cumplimiento de obligaciones procesales, ignorada por la reforma de 1993, que sólo mencionó el resarcimiento del daño; f) reincorporación de la referencia al perjuicio causado al ofendido; g) depuración del concepto de “sanción pecuniaria”, y h) precisión sobre modificaciones en el monto de la caución.

Por lo que hace al lenguaje confuso que mencionamos, la reforma de 1996 establece un texto razonable en el penúltimo párrafo del artículo 20 constitucional: durante la averiguación previa se observarán las garantías previstas en las fracciones I (libertad provisional bajo caución), V, VII y X de ese precepto, “en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan”; en tanto que “lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna”. Es decir, quedan incondicionales la prohibición de tortura o incomunicación y el derecho a declarar o abstenerse de hacerlo, pero no -como sucedía en la errónea formulación de 1993- el derecho a la libertad bajo caución.

Pues bien, en este mismo orden de ideas, nos corresponde señalar en este apartado lo que nos atañe respecto a la detención y a la retención,

iniciando desde luego, con el dispositivo constitucional que regula dichos supuestos, los que nos permitimos transcribir en los términos siguientes:

**“ARTÍCULO 16, PARRAFO SEPTIMO ... Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, lazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquéllos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”.** En este caso la intención del legislador fue el otorgar una protección al presunto infractor, por lo que dicho término se señala de manera específica al Ministerio Público para que pueda llevar a cabo la integración de la Averiguación Previa, alegándose de elementos para realizar la consignación a los juzgados penales o, en su defecto, dejar en libertad al presunto según corresponda.

Como podemos observar, existe aquí un término ordinario, que como se indica en este precepto, es un límite al Ministerio Público para mantener detenida a una persona en la fase de investigación la cual será hasta por cuarenta y ocho horas; y podrá duplicarse dicho término cuando presumiblemente se hayan cometido delitos por “delincuencia organizada” (figura jurídica introducida en reformas de septiembre de 1993), cuya tutela se

encuentra referida en el Código Federal de Procedimientos Penales. Aclarando que el plazo de 48 horas se refiere al tiempo que deberá transcurrir para otorgar la libertad del “presunto” a nivel Averiguación Previa, y no por cuanto a si se integre o no dicha averiguación.

Ahora bien, por lo que atañe a la figura penal de la *delincuencia organizada* los artículos 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y 268 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establecen que “es aquella en los que tres o más personas que se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos algunos de los delitos previstos en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal; Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; Ley General de Población y Código Fiscal de la Federación, respectivamente”.

Las organizaciones delictuosas tienen el propósito de delinquir, encuadrándose dentro del delito de asociación delictuosa sancionada por la legislación penal vigente, en donde existe un necesario concurso real de personas. Por lo que ésta nueva figura jurídica reviste algunas características de

aquella, interviniendo nuevos elementos como son cometer los delitos de forma reiterada, utilizando la violencia, así como puede ser predominantemente con fines de lucro.

### **1.1.1. CONCEPTO.**

El hablar de la palabra detener nos lleva a la definición de parar, detener algo, arrestar, poner en prisión, retener, guardar, o en su caso poner a disposición a alguna persona, y al pensar en la detención nos viene a la mente el arresto de alguien. La “detención” es acto en virtud del cual las personas que la ley determina pueden privar de libertad a una persona para ponerla a disposición de las autoridades judiciales. Es una medida que tiene carácter provisional. Constituye una medida cautelar dirigida a garantizar el resultado de un proceso penal y debe realizarse con las formalidades que establece la ley. De lo contrario se comete un delito de detención ilegal.

“La detención consiste en la privación de la libertad de una persona para ponerla a disposición de un juez o de una autoridad competente. Técnicamente es una medida transitoria que restringe la libertad de una persona, hasta en tanto una resolución judicial o de la autoridad que determino su

detención defina la situación jurídica causa de la misma Cabe también decir que privación de la libertad con el carácter , puede ser determinada por una situación meramente inquisitiva , o por otra inquisitiva preventiva .En ambos casos, la detención resultará un medio de instrucción legitimado por el propósito de que la verdad se averigüe, no se burle de la justicia y la ley penal se cumpla. ”<sup>2</sup>

Y por lo que respecta a la retención se define como detención, conservación, arresto o prisión preventiva <sup>3</sup>, o el impedir que uno se vaya , obligar a que alguien permanezca en un lugar o detener, parar, aguantar <sup>4</sup>, pero la definición que nos interesa mas es la que define a la retención como la facultad que tiene el ministerio público , en términos del artículo 16 párrafo séptimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para tener a su disposición a un indiciado por delito flagrante hasta por 48 horas , plazo en que deberá ordenar 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.

Las normas referentes a su regulación se dirigen ante todo a

<sup>2</sup> “Detencion.” Enciclopedia Jurídica Omeba página 749

<sup>3</sup> Retencion Diccionario Enciclopédico usual página 209

determinar qué personas pueden efectuarla, como es el caso de los particulares en circunstancias concretas (por ejemplo, ante la comisión de un delito infraganti o en el caso de que un preso se fugue al ser conducido a la cárcel), y qué personas deben efectuarla, como son los funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de la Policía Judicial. Por otro lado, la detención, como medida cautelar, tiene carácter provisional, y su condición legal exige que el detenido sea puesto a disposición de la autoridad judicial ajustándose a determinados plazos como ya se menciono. Si la policia no entrega el detenido al juez, deberá ponerlo en libertad. Una vez entregado a la autoridad judicial, será ésta la que decida si la detención se convierte en prisión o, por el contrario, si se decreta la puesta en libertad del detenido, resolución que debe adoptarse también dentro de un plazo determinado.

En las democracias constitucionales, a todo detenido deben respetársele derechos como el de guardar silencio, el de no confesarse culpable ni declarar contra sí mismo, el de ser asistido por letrado en las diligencias policiales ( y por intérprete si resultara preciso), así como el derecho a examen médico forense. A diplomática de su país de origen sea informada acerca de la detención. 4

Después de tener un panorama de lo que es la detención debemos

mencionar que la acepción que nos interesa en la presente investigación es la que se establece en el artículo 16 Constitucional, estableciéndose en su párrafo quinto donde refiere que existe **caso urgente** cuando se trate de delito grave calificado por la ley y ante el riesgo fundado que el indiciado pueda 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 cualquier otra circunstancia, el Ministerio Público podrá bajo su responsabilidad ordenar su **DETENCIÓN**, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

La orden de Detención ha quedado contemplada dentro de nuestro máximo Tribunal como una de las formas en las que se puede privar de la libertad a una persona, donde se menciona la detención, quien se ha pronunciado emitiendo la siguiente jurisprudencia que a la letra dice lo siguiente:

Séptima Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 97-101 Primera Parte

Página: 121

**LIBERTAD PERSONAL. RESTRICCIÓN DE LA (CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA).** La libertad personal puede restringirse por cuatro motivos: la aprehensión, **la detención**, la prisión preventiva y la pena; cada uno de los cuales tiene características peculiares. El conjunto de normas jurídicas que condicionan y rigen la restricción de la libertad, en los distintos casos de que se ha hablado, se

llama situación jurídica; de modo que cuando esta situación cambia, cesan los efectos de la situación Jurídica anterior pues cada forma de restricción de la libertad excluye a las otras, y por lo mismo, desaparecen los efectos del acto reclamado, y es improcedente el amparo contra la situación jurídica anterior. Esta tesis sostenida por la Primera Sala de esta Suprema Corte, bajo el número 186, pág. 389 de la Segunda Parte, del Apéndice de Jurisprudencia 1917-1975, la ratifica el pleno.

Amparo en revisión 4153/62. Sotero Duarte Martínez. 11 de enero de 1977.  
Unanimidad de 15 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo IV-  
Octubre de 1996, pág. 73, tesis por contradicción P./J.55/96.

### **1.1.2. DIFERENCIA ENTRE RETENCIÓN Y DETENCIÓN**

La diferencia esgrimida en este apartado, se desprende del análisis del párrafo séptimo del artículo 16 constitucional, que puntualiza la facultad del Ministerio Público para llevar a cabo la “retención” del sujeto cuando hay sido puesto a disposición por delito flagrante, podrá retenerse un hasta por cuarenta y ocho horas en cualquier hipótesis, y hasta noventa y seis, cuando se trata de los casos “que la ley prevea como delincuencia organizada” además se hayan reunidos los requisitos de procedibilidad y el delito merezca pena privativa de libertad ya que de lo contrario se deberá ordenar su inmediata libertad cuando no se encuentren reunidos estos. Por lo que hace a la detención es aquella que

realizara también el Ministerio Público por escrito, en los casos urgentes que de la misma manera deberá reunir ciertos requisitos como son que el indiciado haya intervenido en la comisión de un delito señalado como grave para la ley, que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia y que por razón de la hora, lugar o cualquiera otra circunstancia no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión. Algunos analistas de la nueva terminología constitucional manifiestan que la “detención” es un acto (acción de capturar), en tanto la “retención” es una situación que se prolonga por cierto tiempo (situación de retener al previamente detenido). En realidad, detención y retención son ambos casos; acto y situación. En realidad, la diferencia de una y otra parten precisamente del momento en que el Ministerio Público asegure a una persona conforme al señalamiento que hace al artículo 16 constitucional en sus párrafos quinto, sexto y séptimo, de donde derivan las facultades que tiene este órgano persecutor e investigador de los delitos en los términos que ya se han apuntado, en el entendido de que dicha facultad tiene por objeto específico de que el probables responsable o delincuente no se sustraiga a la acción de la justicia.

**CAPITULO 2**  
**LA DETENCIÓN Y LA RETENCIÓN EN EL DERECHO**  
**POSITIVO MEXICANO**

**2.1. ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL PÁRRAFO SÉPTIMO.**

Como hemos expresado, el supuesto de detención por cualquier persona en caso de delito flagrante fue previsto originalmente en el artículo 16 de la Constitución de 1857, recogiendo el contenido del artículo 292 de la Constitución de Cádiz, que disponía: “En fraganti todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez...”

La segunda parte del artículo 16 de la Constitución de 1857 expresaba: “En el caso de delito infraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. “Esta parte del artículo 16 no ameritó ningún debate en el Congreso Constituyente de 1856-1857, pues nadie discutió ni su necesidad –a todas luces indiscutible- ni su contenido. Con algunas ligeras modificaciones de

estilo, pero también sin ningún debate, fue aprobado por el Congreso Constituyente de 1916-1917.

Con motivo de la reforma de 1993 esta parte del artículo 16 ha pasado a ser su párrafo cuarto, con algunas precisiones. En el nuevo texto se deja de emplear el verbo “aprehender” –que se reserva para la ejecución de una orden judicial de aprehensión- y en su lugar se utiliza el de “detener”; y la acción de detener ya no se refiere “al delincuente y a sus cómplices”, sino “al indiciado”, pues aun en el supuesto de delito flagrante debe respetarse el principio de presunción de inocencia, hasta que no se dicte sentencia condenatoria, así como los derechos que la Constitución y los tratados internacionales otorgan al inculpado. Por último en el nuevo texto se prevé el deber de la autoridad inmediata que reciba al indiciado, de ponerlo a disposición del Ministerio Público, también sin demora (“con la misma prontitud”, textualmente). Y en este momento si se encuentran reunidos los requisitos de procedibilidad y nos encontremos en el supuesto de que es un delito flagrante el Ministerio Público podrá decretar la retención.

Se considera que existe flagrancia cuando el indiciado es sorprendido en el momento mismo en que está cometiendo el delito. De acuerdo con Escriche, “flagrante es participio activo del verbo flagrar, que significa arder

o resplandecer como fuego o llama, y no deja de aplicarse con cierta propiedad al crimen que se descubre en el mismo acto de su perpetración. Se dice que un delincuente es cogido en flagrante cuando se le sorprende en el mismo hecho, como v.gr. en el acto de robar o con las cosas robadas en el mismo lugar en que se ha cometido el robo, o en el acto de asesinar o con la espada teñida en sangre en el lugar del asesinato”.<sup>5</sup>

“Manzini señala que la flagrancia se da cuando el autor del delito es sorprendido en el acto de cometerlo. No es, pues una condición intrínseca del delito, si no una característica externa resultante de un relación circunstancial del delincuente con su hecho. Su presencia en el lugar del hecho y en el instante de su comisión es lo que hace la flagrancia “ y no el cadáver todavía sangrante, ni la casa que se incendia”<sup>6</sup>. En si la situación de flagrancia en la comisión de un delito no sólo existe cuando el sujeto activo aprehendido en la comisión de ese delito, sino que se prolonga, en caso en que aquél se dé a la fuga, por todo el tiempo de la persecución.

En el derecho procesal penal mexicano se distinguen tres supuestos en los que procede la detención por flagrante delito: 1) la flagrancia en sentido e

<sup>5</sup> Escriche, Joaquín Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. México. Manuel Porrúa. 1970, t.II.

<sup>6</sup> Programa 200111 de capacitación y mejoramiento profesional para los oficiales secretarios de la P.G.J.D.F Instituto de Formación Profesional pags. 78 febrero 2001

estricto, que ocurre cuando el indiciado es sorprendido en el momento en que e está cometiendo el delito; 2) la cuasiflagrancia, que se manifiesta cuando inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso, el indiciado es perseguido materialmente, y 3) la presunción de flagrancia, que se actualiza cuando también inmediatamente después de cometido el delito, alguna persona señala al indiciado como responsable y se encuentra en su poder el objeto del delito, el instrumento con que aparezca cometido, o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito (arts. 193 del Código Federal de Procedimientos Penales del Distrito Federal ). <sup>7</sup>

Para cuando se detenga a una persona en alguno de estos supuesto de flagrancia (en sentido amplio), el nuevo texto del artículo 16 Constitucional párrafo sexto establece que el juzgador deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de la ley. De este modo, es el juzgador quien en definitiva debe resolver si la detención se llevó a cabo en alguno de los supuestos de flagrancia que la ley prevé.

## **2.2. EL ARTÍCULO 193 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.**

<sup>7</sup> Cfr. García Ramírez, op. Cit. Supra nota 104, pp 465-466

Desde luego, que el Código Federal de Procedimientos Penales como una ley secundaria reglamenta en su artículo 193 específicamente lo relativo a la detención y la retención señalados en el artículo 16 Constitucional párrafo quinto y séptimo, es por ello que ineludiblemente tenemos que abordar dicho precepto, sin embargo habrá que considerar que nuestra propuesta, sobre la que gira el presente trabajo de investigación, se refiere única y exclusivamente al último párrafo del numeral en comento por considerarlo ilegal, y no por ello constituye obstáculo para que podamos transcribir textualmente dicho precepto legal, toda vez que es importante mencionar todo su contenido para vislumbrar específicamente si el multicitado precepto cumple en su regulación con las exigencias que señala el dispositivo constitucional antes mencionado. Ahora bien, también cabe destacar que el contenido del artículo 193 del Código Adjetivo Penal en comento reglamenta la detención y la retención cuando existe flagrancia en la comisión de un delito, por ello, se transcribe dicho precepto al pie de la letra en los términos siguientes:

**ARTÍCULO 193.- Se entiende que existe flagrancia cuando.**

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

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

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

**En esos casos, el Ministerio Público decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad, o bien ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de la libertad o alternativa.**

**La violación a lo dispuesto en el párrafo anterior hará penalmente responsable a quien decreta la indebida retención y la persona detenida deberá ser puesta de inmediato en libertad.**

**De decretar la retención, el ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa correspondiente, si aún no lo ha hecho.**

### **2.3. REQUISITOS PARA DECRETAR LA DETENCIÓN Y LA RETENCIÓN.**

Es claro que de dicho dispositivo constitucional, se desprenden los siguientes requisitos, en los que el Ministerio Público puede ordenar la tanto la

retención detención de un indiciado, a saber comenzaremos con la detención:

Que sea sólo en casos urgentes;

Que se trate de delito grave así calificado por la ley;

Que exista el riesgo fundado de que el indiciado pueda substraerse a la acción de la justicia, y,

Siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia.

De la hipótesis que se comenta, se desprende claramente, que el único facultado para emitir dicha orden de detención, cumplidos los requisitos, lo es el Ministerio Público, quien lo hará bajo su responsabilidad, fundando y expresando, en su escrito, los indicios que motiven su proceder.

La parte final del párrafo quinto del artículo 16 Constitucional impone el deber al Ministerio Público que ordene la detención, de fundar su resolución y expresar los indicios que motiven su parecer. Como hemos señalado, los actos de autoridad regulados de manera específica en el artículo 16 quedan sujetos a los requisitos generales previstos en el párrafo primero y a los particulares que establezca el párrafo o los párrafos que se les apliquen. En este sentido, es evidente que la orden de detención del Ministerio Público debe constar en mandamiento escrito con firma autógrafa, debe provenir de autoridad

competente, debe ser entregada físicamente a la persona contra la que se dirija y tiene que estar debidamente fundada y motivada. La motivación, en este caso, comprende la valoración de las pruebas que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

La fundamentación específica que exige la parte final del párrafo quinto se refiere primordialmente a la primera condición que el mismo párrafo establece para que se pueda dictar la orden de detención: que se trate de delito grave así calificado por la ley. Por su parte, los indicios sólo conciernen a la segunda condición específica que dicho párrafo señala: que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia. Las circunstancias de hora, lugar o alguna otra similar que impidan al Ministerio Público acudir a la autoridad judicial a solicitar la orden de aprehensión, debe quedar plenamente acreditada en la resolución, pues de otra forma quedaría al arbitrio de dicho órgano decidir si solicita la orden de aprehensión o si ordena directamente la detención.

Seguramente habría resultado más claro que el propio párrafo quinto del artículo 16 Constitucional exigiese que para que el Ministerio Público pudiera ordenar la detención de un indiciado debía contar con datos que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad. Pero este

requisito está innegablemente implícito en la tercera condición que dicho precepto estatuye y en el carácter excepcional de la orden ministerial de detención frente a la orden judicial de aprehensión.

Lo anterior no podría desvirtuar esta interpretación el hecho de que el artículo 193 Bis, inciso a) del Código Federal de Procedimientos Penales establezca que los indicios también deben acreditar “que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en este artículo”, pues si se exigen indicios para acreditar la intervención del indiciado en la comisión de un delito de los calificados como graves, ello no impide sino que supone necesariamente que se debe comprobar la comisión de alguno de esos delitos, para lo cual se deberán acreditar los elementos del tipo penal, particularmente los previstos en la fracción I del artículo 168 del Código mencionado.

Al igual que cuando se trata de delito flagrante, en los casos de urgencia el juzgador que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. Se debe tener presente que el quinto párrafo del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que la violación a dicho precepto,

que regula los requisitos de la orden de detención, “hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decrete indebidamente la detención”, por lo que denuncia respectiva y el auto que decrete la libertad del indiciado podrían ser la base para iniciar una averiguación previa por la probable comisión del delito de privación ilegal de libertad (art. 364, fracción II, del Código Penal), abuso de autoridad (art. 215, fracción VII) o el que resulte.

Enseguida hablaremos de los requisitos para poder decretar una retención o una detención, en cuanto a la retención el Ministerio Público debe reunir los siguientes contar con el requisito de procedibilidad en este caso puede ser una denuncia o querrela dependiendo del que se trate, así como que nos encontremos en cualquiera de los supuestos señalados como flagrancia, que consiste en que el inculpado se encuentra en cualquiera de las siguientes circunstancias sea detenido en el momento de cometer el delito, inmediatamente después de haber ejecutado el delito y sea perseguido materialmente, o cuando sea señalado por el denunciante o querellante, o por testigos de los hechos y finalmente por los indicios que nos lleven a establecer que la persona detenida estuvo en el lugar de los hechos, que tuvo contacto con los objetos que se encuentran en el lugar o que por medio de elementos encontrados en el lugar se tenga la certeza de su presencia o participación en el delito cometido esto con ayuda de los indicios encontrados en el lugar, además de que el que el delito

del que se trate cuente con pena privativa de libertad ya que de no ser así si el delito cometido cuenta con sanción que no sea privativa de libertad o sea pena alternativa deberá ordenar la libertad del detenido esto se encuentra contemplado en el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como en los párrafos segundo y cuarto del artículo 16 Constitucional .

En tanto para realizar una Detención son ya que efectivamente el ya tengamos reunidos los requisitos mencionados anteriormente en la retención pero aquí le vamos a agregar ciertas circunstancias que harán que el ministerio público tenga que tomar la determinación de decretar una detención, como son el caso urgente en el cual ya contamos con los requisitos de que es un delito la acción cometida, tenemos al probable responsable, contamos con todos los indicios que nos hacen saber que esta persona realizo el delito o ilícito pero esta persona se ha sustraído de la acción de la justicia este intentando hacerlo ya que trata de irse del lugar donde vive para no ser puesto a disposición de la autoridad competente y sea sancionado por su conducta delictiva.

### **2.3.1. EL MINISTERIO PÚBLICO COMO AUTORIDAD FACULTADA.**

La facultad del Ministerio Público para ordenar la detención del indiciado en casos urgentes, fue introducida en los párrafos quinto, sexto y

séptimo del artículo 16, con motivo de la reforma constitucional de 1993.

Los casos urgentes, en que el Ministerio Público esta facultado para ordenar su detención siempre y cuando se trate de delito grave, así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la Acción de la justicia

En el texto original de la Constitución de 1917 también se preveía la detención en casos urgentes, pero decretada genéricamente por “la autoridad administrativa”, cuando no hubiera en el lugar ninguna autoridad judicial y se tratara de delitos que se persiguen de oficio. Esta fue la parte del artículo 16 que más se discutió en el Congreso Constituyente. En el texto del proyecto de reformas de Venustiano Carranza, se preveía que “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”.<sup>4</sup>

Pero la comisión de Constitución decidió suprimir esta parte del proyecto en el primer dictamen que sometió al Congreso. “Juzgamos peligroso - afirmaba la comisión- dar facultades a la autoridad administrativa para ordenar aprehensiones, ni aún en casos urgentes... Por otra parte la necesidad de dejar

la calificación de la urgencia del caso a la misma autoridad ejecutoria, puede dar lugar a abusos frecuentes tanto más de temerse cuanto más que es fácil muchas veces eludir la responsabilidad consiguiente y cuando la experiencia ha demostrado con cuanta frecuencia han abusado de las autoridades administrativas de las facultades que se les han concedido de ordenar aprehensiones.<sup>5</sup>

Jara consideró que no se justificaba esta supresión, porque entendía que la facultad que el proyecto de Carranza otorgaba a las autoridades administrativas en casos de urgencia, era necesaria para poder detener al probable responsable no en el momento de la comisión del delito, como ya estaba previsto en la Constitución de 1857, “sino porque se tiene conocimiento de que el delito se ha cometido y que el delincuente, después de ocho o diez días o un mes se encuentra en tal o cual parte y es necesaria su aprehensión inmediata, porque se teme su fuga, porque ya está ensillando un caballo, porque ya está cerca de un tren para fugarse...”<sup>6</sup>

El debate se entabló sobre todo con Múgica, quien defendió el dictamen afirmando que la comisión había considerado que el único caso

---

<sup>5</sup> Cfr. Palavicini, op. Cit. Supra nota 3, p. 167.

<sup>6</sup> Ibidem, pp. 393-394

<sup>10</sup> Ibidem, p. 399

urgente en que se podía detener sin orden judicial de aprehensión era el de delito flagrante. Después de otras intervenciones y a sugerencia de varios diputados, la comisión retiró su primer dictamen, y en el segundo recogió el texto del proyecto de Carranza, pero tuvo que retirarlo por que fue rechazado por el Congreso. En el tercer y último dictamen la comisión introdujo dos requisitos: que no hubiera en el lugar ninguna autoridad judicial y que se tratara de delitos que se persiguieran de oficio. En su parte conducente, el tercer dictamen expresaba: “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.”<sup>117</sup> El tercer dictamen fue aprobado sin discusión. Este fue el texto que estuvo vigente hasta el 3 de septiembre de 1993.

El texto tenía cuando menos dos graves deficiencias que finalmente lo hicieron inaplicable: la primera fue su vaguedad en cuanto a la autoridad facultada para ordenar detenciones, pues dentro de la expresión “autoridad administrativa” se podían ubicar prácticamente todas las que dependieran de los gobiernos federales, estatales y municipales; la segunda fue la condición introducida en el tercer dictamen, de que no hubiera ninguna autoridad judicial

---

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 418

en el lugar, que impedía que la casi totalidad de las autoridades administrativas pudieran ordenar detenciones en casos urgentes, para complicar más las cosas, en el texto no se indicó que debía entenderse por “casos urgentes”, pero tampoco lo hizo el legislador ordinario, que no se ocupó de reglamentar esta parte del artículo 16.

En la práctica, lamentablemente, el propósito del Constituyente de sujetar la privación de la libertad por causa penal al cumplimiento de órdenes judiciales de aprehensión, no se pudo alcanzar en alguna medida razonable, por que los agentes del Ministerio Público, los agentes de la policía judicial y otras autoridades siguieron llevando a cabo detenciones o retenciones sin dichas órdenes <sup>8</sup> y la jurisprudencia de los tribunales federales consideró válidas las declaraciones de los detenidos y los demás actos procesales, no obstante la inconstitucionalidad de las detenciones.

De esta manera se vino a producir una situación exactamente contraria a la buscada por el Constituyente, que en sus debates manifestó su más abierta oposición a las detenciones arbitrarias y para ello estableció como regla general la orden judicial de aprehensión. Pero también la práctica imponía la necesidad de determinadas detenciones, sobre todo cuando existiese temor fundado de fuga, como lo había advertido Heriberto Jara. La ausencia de

regulación efectiva propició la discrecionalidad y el abuso en este tipo de detenciones.

En este sentido, resulta muy interesante el autorizado comentario que Sergio García Ramírez formulaba sobre esta “constante antinomia en el Derecho y la práctica”: “Mientras la legislación ordena que la aprehensión se realice sólo por mandamiento de la autoridad judicial, salvo los casos de flagrancia y de urgencia (esta última de difícil concreción en la realidad), constantemente se practican capturas por disposición del Ministerio Público o al menos, por obra directa de la Policía Judicial, movidas, en numerosos casos, por la necesidad de asegurar la persecución de los delitos. Evidentemente, no son infrecuentes las arbitrariedades cometidas al amparo de este objetivo.”<sup>12</sup>

Para evitar esta constante antinomia y estas arbitrariedades, García Ramírez proponía reflexionar sobre la posibilidad y necesidad de incorporar reformas en la Constitución, que permitiesen al Ministerio Público disponer la detención de una persona, cuando se compruebe su participación en la comisión de un delito. “Se trataría, en todo caso –sostenía-, de una captura por breve tiempo, legalmente determinada, rodeada de garantías y sujeta, claro está, a confirmación por parte de la autoridad judicial. El Ministerio Público procedería

---

<sup>12</sup> Cfr. García Ramírez, op. Cit. Supra nota, pp.465 Y 446

sólo en supuestos que permitieran presumir, razonablemente, que la demora derivada de un procedimiento normal de consignación y obtención de la orden de captura haría probable la sustracción del indiciado a la acción de la justicia. Quedaría sujeto el Ministerio Público a la obligación perentoria de consignar al responsable dentro de las veinticuatro horas siguientes a su aprehensión.”<sup>13</sup><sup>10</sup>

### **2.3.2. DELITO GRAVE CALIFICADO POR LA LEY.**

Que se trate de delito grave así calificado por la ley. Los artículos 194 del Código Federal de Procedimientos Penales párrafo primero y 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de acuerdo con el texto de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 1994, califican cuáles delitos se consideran graves para este fin. Los códigos de cada Estado deben prever qué delitos del orden común son considerados graves dentro de su territorio para este fin.

La premisa de delito grave atiende a las circunstancias consignadas en el artículo 20 fracción primera de nuestro código político, por lo que se refiere a la negativa de libertad provisional para quien se encuentra

---

<sup>13</sup> Op. Cit. Supra nota 104. p. 576. Por una reforma similar también se pronunciaba Zamora Pierce. Op. Cit. Supra nota 80. pp. 35-36.

acusado por tales ilícitos. Tal calificación se encuentra dentro de los preceptos legales que se indican en el párrafo anterior, enumerando los delitos graves, como es en este caso el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales el cual se enuncia a continuación para que se tenga conocimiento de todos estos delitos que la ley considera como Graves:

Artículo 194.- Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante ---- valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

I.- Del Código Penal para el Distrito Federal en Materia --- Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, los siguientes delitos:

1. - Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, Párrafo tercero;
2. - Traición a la Patria, previsto en los artículos 123,124, 125 y 126.
3. - Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

4. - Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero
5. - Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
6. - Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
7. - Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;
8. - Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
9. - Evasión de Presos, previsto en los artículos 150 y 152;
10. - Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;
11. - Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis párrafo tercero;
12. - Contra la Salud previsto en los artículos 194, 195, párrafo primero, 195 Bis, excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice 1, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero;
13. - Corrupción de menores o incapaces, previsto en el artículo 201;  
y pornografía infantil, previsto en el artículo 201 Bis;
14. - Los previstos en el artículo 205, segundo párrafo;
15. - Explotación de cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208;

16. - Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234,236 y 237;
17. -Falsificación y utilización indebida de documentos relativos al crédito , previsto en el artículo 240 Bis, salvo la fracción III;
18. - Contra el consumo y riqueza nacionales, previsto en el artículo 254, fracción VII, párrafo segundo ;
19. - Violación, previsto en los artículos 265,266 y 266 Bis;
20. - Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286,segundo párrafo;
21. - Lesiones previsto en los artículos 291,292 y 293, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 315 y 315 Bis;
22. - Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;
23. - Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los dos párrafos últimos, y tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;
24. - Robo calificado, previsto en el artículo 367cuando se realice en cualquiera de la circunstancia señaladas en los artículos 372 y 381 fracciones VII, VIII, IX,X, XI, XIII, XV, XVI, ;
25. - Robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación al

370 párrafo segundo y tercero, cuando se realice en cualesquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 Bis;

26. - Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368 Ter;

27. - Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368 Quater, párrafo segundo;

28. - Robo, previsto en el artículo 371 párrafo último;

29. - Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis;

30. - Los previstos en el artículo 377;

31. - Extorsión, previsto en el artículo 390;

32. - Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis;

33. - En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 Bis;

II.- De la Ley Federal contra la delincuencia organizada, el previsto en el artículo 2°.

III.- De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, los delitos siguientes:

I. - Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83, fracción III;

2. - Los previstos en el artículo 83 Bis, salvo en el caso del inciso i) del artículo 11;
  3. - Posesión de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, en el caso previsto en el artículo 83 Ter, fracción III;
  4. - Los previstos en el artículo 84; y
  5. - Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84Bis Párrafo primero;
- IV.- De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de Tortura, previsto en los artículos 3º. Y 5º. ;
- V.- De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138;
- VI.- Del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes:
- 1.- Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 15 fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III segundo párrafo del artículo 104; y
  2. - Defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III

del artículo 108 , exclusivamente cuando sean calificados;

VII.- De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223, fracciones II y III.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave;

VIII.- De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111;112 en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción V y 113 Bis, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112 ;

IX.- De la Ley General de Organizaciones y Actividades auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V y 101;

X.- De la Ley Federal de las Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112 Bis;112 Bis 2, en el supuesto

del cuarto párrafo ; 112 Bis 3, fracciones I y IV en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112 Bis

4,fracción I. en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112 Bis 3, y 112 Bis 6, fracciones II, IV, Y VII, en el

supuesto del cuarto párrafo.

XI.- De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, lo previsto en los artículos 141, fracción I; 145 en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo, y 147, fracción II inciso b), en el supuesto del cuarto párrafo cuarto del artículo 146;

XII.- De la Ley de Mercados de valores, los previstos en los artículos 52, y 52 Bis cuando del monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 3º. De dicha ley exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

XIII.- De la Ley de Sistemas de Ahorro par el retiro, los previstos en los artículos 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salarios mínimo general vigente en el Distrito Federal; y

XIV.- De las Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los

previstos en el artículo 96.

### **2.3.3. RIESGO FUNDADO DE QUE EL INDICIADO SE SUSTRAGA A LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA.**

Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia. Este riesgo tiene que fundarse en hechos o circunstancias objetivas de las que se deduzca efectivamente que aquél existe, por lo que no podrá basarse exclusivamente en apreciaciones subjetivas de la autoridad que ordena la detención.

De la hipótesis que se comenta se desprende que el único facultado para emitir dicha orden de detención, cumplidos los requisitos, lo es el Ministerio Público quien lo hará bajo su responsabilidad, fundando y expresando , en su escrito , los indicios que motiven su proceder , para que el Ministerio Público pueda ordenar válidamente una detención tratándose de casos urgentes consistentes estos en que debe existir el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerte de la acción de la Justicia , siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, mismos que el juez al revisar su legalidad de la detención debe analizar si se cumplieron o no; y , además se examinara cuál fue la causa por

la que el Ministerio Público no pudo ocurrir ante al autoridad judicial a pedirle su intervención para el libramiento de una orden de aprehensión. Ahora bien independientemente de la hora y el lugar el Constituyente Permanente dejó abierta la posibilidad de que se presente cualquier otra circunstancia para justificar el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia. Circunstancias que son comunes se presenten en el terreno práctico; en cuyo caso , el Ministerio Público , deberá también tener especial cuidado para justificar la orden de detención; así como en precisar clara y suficientemente la hora, el lugar o cualquier otra circunstancia que lo impidan ocurrir ante el órgano jurisdiccional , en determinados hechos que se refieran a delito grave así calificado por la ley , y exista, además , el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia .Todo ello es obvio, deberá obrar en las constancias de la averiguación previa respectiva; sin olvidar que el juez calificará la legalidad de la detención, la cual , en su caso , la ratificara o decretará la libertad con las reservas de ley, según lo prevé el párrafo sexto del artículo 16 de la Constitución Federal.

Es obvio que dentro de la expresión “cualquier otra circunstancia” sólo pueden quedar incluidas circunstancias similares a las de hora y lugar y no circunstancias tales como que no tenga acreditados los elementos del tipo penal, que no exista la denuncia o la querrela, etcétera. La detención por orden del

Ministerio Público tiene por objeto evitar la sustracción del indiciado a la acción de la justicia cuando se satisfagan las condiciones previstas en el párrafo quinto, pero no puede ni debe utilizarse “continuar o completar una averiguación”, pues es evidente que ésta no es su finalidad.

Ahora bien, independientemente de la hora y el lugar, el Constituyente Permanente dejó abierta la posibilidad de que se presente cualquier otra circunstancia para justificar el riesgo fundado de que el indiciado pueda substraerse a la acción de la justicia. Circunstancias que son comunes se presenten en el terreno práctico; en cuyo caso, el Ministerio Público, deberá también tener especial cuidado para justificar la orden de detención; así como en precisar clara y suficientemente la hora, el lugar o cualquier otra circunstancia que lo impidan ocurrir ante el órgano jurisdiccional, en determinados hechos que se refieran a delito grave así calificados por la ley, y exista, además, el riesgo fundado de que el indiciado pueda substraerse a la acción de la justicia. Todo ello, es obvio, deberá obrar en las constancias de la averiguación previa respectiva: sin olvidar que el juez calificará la legalidad de la detención, la cual, en su caso, la ratificará o decretará la libertad con las reservas de ley, según lo prevé el párrafo sexto del artículo 16 de la Constitución Federal.

**2.3.4. QUE POR RAZÓN DE HORA, LUGAR U OTRA CIRCUNSTANCIA, EL MINISTERIO PÚBLICO NO PUEDA OCURRIR ANTE LA AUTORIDAD JUDICIAL PARA SOLICITAR LA ORDEN DE APREHENSIÓN.**

Que por razón de la hora, lugar u otra circunstancia, el Ministerio Público no puede ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión. Esta condición se traduce en dos requisitos: uno de carácter negativo, consistente en que por la hora, el lugar o alguna otra circunstancia (obviamente similar) que efectivamente lo justifique, exista imposibilidad para que el Ministerio ocurra ante la autoridad judicial; el segundo requisito es de carácter positivo y consiste en que el Ministerio Público, fuera de estas circunstancias, debe estar en condiciones efectivas de solicitar la orden judicial de aprehensión, en los términos previstos en el párrafo segundo del artículo 16.

Hemos afirmado que en el nuevo texto del artículo 16 se conserva la regla general de que sólo se puede privar de la libertad por causa penal, mediante una orden judicial de aprehensión; y que frente a esta regla general, la detención en delito flagrante o por orden del ministerio Público, son las excepciones autorizadas por dicho precepto. El carácter excepcional de la flagrancia deriva de su propia naturaleza: lo normal no es que se sorprenda al indiciado en el momento de cometer el crimen o inmediatamente después,

cuando es perseguido materialmente o cuando alguien lo señala como responsable y se encuentra en su poder el objeto o los instrumentos del delito o indicios que hacen presumir su intervención. Lo normal es que el autor del delito no es sorprendido in flagranti.

Si sólo por razón de la hora, el lugar u otra circunstancia similar el Ministerio Público no puede acudir a la autoridad judicial a solicitar la orden de aprehensión, ello significa, sin lugar a dudas, que debe tener satisfechos todos los requisitos que establece el párrafo segundo del propio artículo 16 para solicitar la orden de aprehensión, particularmente los datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, pues de otra forma no tendría para qué acudir a la autoridad judicial, como debería poder hacerlo si se tratase de otra hora, lugar o circunstancia similar.

La orden de detención que dicte el Ministerio Público sólo se justifica cuando se cumplen las tres condiciones que exige el párrafo quinto del artículo 16 del pacto fundamental y la tercera con toda claridad en que él

Ministerio Público cuenta con todos los requisitos para solicitar la orden cuando se trate de delito grave calificado así por la ley, ante el riesgo fundado de que se sustraiga de la acción de la Justicia y cuando no se pueda ocurrir ante la

autoridad judicial por razón de hora, lugar, o circunstancia, el ministerio Público podrá bajo su responsabilidad ordenar su detención fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. Así lo interpreta el artículo 193, inciso b), del Código en cita, cuando prescribe que el Ministerio Público debe acreditar (si bien afirma que mediante indicios) “que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión”.

Debe agregarse así mismo, que los magistrados y jueces federales al examinar este aspecto, consideraron que: “En cuanto al requisito consistente en que no se puede ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora lugar y circunstancia, en lo tocante a los tribunales federales”, opinaron que “esta hipótesis difícilmente se actualizaría, pues siempre se encuentra un juzgado de distrito en turno”. Sin embargo, debe observarse que hay ocasiones en que las oficinas de éstos no están regularmente abiertas al público las 24 horas del día; lo mismo sucede en los juzgados penales de primera Instancia del Fuero Común, razón por la cual sí es factible que se actualice dicha hipótesis para tal circunstancia. Además, es pertinente mencionar que existen normas que regulan los horarios y días hábiles de los juzgados o tribunales que serán la base para sustentar jurídicamente esta circunstancia.

### **2.3.5. PLAZO PARA EJECUTAR LA DETENCIÓN Y LA RETENCIÓN.**

Hasta aquí, se han puesto de relieve algunos aspectos que encierran las hipótesis de delitos flagrante y de casos urgentes, el plazo en que el Ministerio Público puede retener a un probable responsable. Con ello, ahora estamos en condiciones de situarnos en el examen del párrafo séptimo del artículo 16 constitucional que a continuación se transcribe:

...“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas. plazo en 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.”...

Sobre dicho dispositivo, es necesario destacar que las diferentes Procuradurías Estatales así como la Procuraduría General de la República, deben de dirigir a sus servidores públicos de esa institución, en forma expresa y clara sobre el particular que, diferencia de la regulación anterior, el artículo 16 constitucional establece ahora un plazo, dentro del cual el Ministerio Público puede retener a una persona que ha sido detenida en las hipótesis de flagrancia o urgencia...”, y que al establecerse dicho plazo, debe ser en cumplimiento de la reforma constitucional se ha encaminado a dos fines de indiscutible relevancia: uno, en beneficio de la sociedad y de las víctimas y otros

ofendidos, al contar el Ministerio Público con un plazo razonable para integrar la averiguación previa correspondiente.

Una vez ejecutada la orden de detención, el Ministerio Público tiene un plazo de cuarenta y ocho horas para consignar al detenido a la autoridad judicial o, en su defecto, para ordenar su libertad. Este plazo puede duplicarse señala el párrafo séptimo del artículo 16, en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. El artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales considera como casos de delincuencia organizada, “aquellos en los que tres o más personas se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos alguno de los delitos” que se indican en el mismo precepto (en los mismos términos los define el artículo 268 bis del Código del Distrito Federal).

Es claro que desde que se inicie la detención, se deberán hacer saber del indiciado los derechos que le confiere la Constitución y los tratados internacionales, facilitándole las condiciones para su ejercicio, particularmente de los señalados en los artículos 128 del Código Federal de Procedimientos Penales y 269 del Código de Distrito Federal.

Por su parte, los magistrados y jueces federales a que hemos hecho alusión, puntualizaron que, “para que el Ministerio Público pueda retener a un indiciado; tiene como presupuesto que previamente se le prive de la libertad en las dos formas previstas por la constitución; delito flagrante o detención urgente, hipótesis en las cuales tiene un tiempo máximo de 48 horas para consignarlo a la autoridad judicial o ponerlo en libertad, pero ello no significa que siempre vaya a agotar el máximo del plazo, sino que será utilizado de acuerdo con el estado procesal que guardará la averiguación previa correspondiente, sin olvidar que el término aludido se duplicará cuando la legislación secundaria prevea, lo que debe entenderse por delincuencia organizada”. Cabe mencionar, que este último concepto ya quedó definido en nuestra legislación adjetiva penal, en los artículos 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, 268 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Ahora bien, independientemente de las exigencias para que opere el delito flagrante y el caso urgente, existe el problema de precisar a partir de cuando empieza a correr el plazo de las 48 o 96 horas, en su caso.

Sobre este particular, estamos de acuerdo con lo que concluyeron los quince funcionarios del Poder Judicial de la Federación multireferidos, en el sentido de que dicho plazo empieza a computarse a partir de que el indiciado es puesto a disposición del Ministerio Público.

En efecto, si examinamos con detenimiento el contenido literal del párrafo séptimo del artículo 16 constitucional, vemos que en este precepto existen dos vocablos unidos: “retenido por”, que nos orientan a determinar que dicho plazo empieza a contar, para el Ministerio Público, a partir de que el indicado ha sido detenido en alguno de los supuestos de flagrancia o de urgencia.

El término “retenido”, nos indica que previamente hubo una detención, ya sea por delito flagrante o por un caso urgente. Por su parte, el vocablo “por” antepuesto a la expresión “el Ministerio Público”, nos indica a quien le corre el plazo de las 48 o 96 horas, en su caso. <sup>14</sup>

A mayor abundamiento, conviene señalar que el dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados del Congreso Federal, señala al referirse a este precepto que: “En el párrafo que se comenta del multicitado artículo 16 de la Constitución, se define claramente el plazo por el cual el Ministerio Público puede retener a una persona que ha sido detenida en las hipótesis de flagrancia o urgencia...”. Asimismo, se expresa que: “Este plazo será de cuarenta y ocho horas, y a su conclusión deberá ordenarse la libertad del indiciado o ponersele a

<sup>14</sup> Lara Espinoza, Saul. Las Garantías Constitucionales en Materia Penal. Editorial Porrúa S.A. México 1998 pp. 200

disposición de la autoridad judicial.” Y que “la fijación de dicho plazo da oportunidad para que la autoridad (el Ministerio Público) cumpla con el deber que la ley le impone...”<sup>15 11</sup>

Ese deber que la ley le impone al Ministerio Público, en ese contexto, es el de la investigación y persecución de los delitos.

Dicha investigación de los delitos, se efectúa en la etapa del procedimiento penal, conocida como de la averiguación previa. Luego entonces, el mencionado plazo es para que el Ministerio Público integre la indagatoria correspondiente, cuando se le pone a su disposición a un indiciado que ha sido detenido en flagrante delito o en un caso urgente.

Cabe mencionar que la finalidad del Constituyente Permanente, según se advierte del dictamen de referencia, fue el de “buscar avances reales que se ajusten a la nueva realidad que vive nuestra sociedad, para que, tanto autoridades como gobernados, cuenten con un renovado marco jurídico que exprese en equilibrio el goce de las libertades fundamentales del ser humano con el deber estatal de procurar y administrar justicia”. Es por ello que al Ministerio Público se le otorga un plazo para evitar al máximo los márgenes de impunidad; plazo que no debe reducirse arbitrariamente.

Para la procuración de justicia, significan serios desafíos; pero al mismo tiempo, implican el fortalecimiento, modernización y cohesión de la institución del Ministerio Público en México, que lo perfilan en una dependencia más ágil y eficaz en el cumplimiento de las misiones que constitucional y legalmente se les tienen encomendadas; como lo es la tarea persecutoria e investigadora de los delitos, en el afán de brindar una mayor protección en los bienes jurídicos tutelados por la ley a favor de los gobernados.

Es esa labor, y en ese afán, que el Ministerio Público, dado el contenido y alcances de las reformas constitucionales en materia penal, se ve en el imperativo de perfeccionar su actuación con una alta vocación y sentido de responsabilidad; y el afán de mantener un escrupuloso cuidado por el pleno respeto a los derechos humanos. De tal suerte que, la persecución e investigación de los delitos debe realizarse en perfecta compatibilidad con la vigencia de las garantías constitucionales.

Bajo esas premisas, nos referiremos a uno de los aspectos contenido en el artículo 16 constitucional, relativo a los plazos en que el Ministerio Público puede retener a los indiciados que se les atribuye la comisión de hechos delictivos. Cuestión que por cierto fue objeto de un amplio y sereno análisis por parte de los Magistrados de los Tribunales Colegiados en Materia Penal y

Unitarios de Primer Circuito, de los Jueces de Distrito en materia Penal en el Distrito Federal, del Magistrado del Tribunal Unitario del Segundo Circuito, con residencia en Nezahualcóyotl, y de los Jueces de Distrito de Naucalpan, Tlalnepantla y Nezahualcóyotl. Antes ubicaremos este aspecto, en las hipótesis del reformado dispositivo constitucional.

Pues bien, el nuevo texto del párrafo séptimo del artículo 16 de la Constitución Federal, ordena que **“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada”**. Así mismo, establece que: **“Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”**.

Para que el Ministerio Público pueda retener a un indiciado, se tiene como presupuesto lógico, que previamente se le prive de la libertad en cualquiera de las formas previstas por la Constitución, como son: en delito flagrante o en caso urgente, hipótesis en las cuales el representante social tiene un término de 48 horas para consignarlo a la autoridad judicial, plazo que podrá duplicarse en aquellos casos que la ley previa como delincuencia organizada.

El primer planteamiento que se deriva de este presupuesto, es, el de establecer, a partir de qué momento le empieza a correr dicho término al Ministerio Público. Si a partir de que es puesto a su disposición el indiciado, o desde el momento en que es detenido.

Al respecto, los magistrados y jueces federales mencionados, al examinar esta cuestión, llegaron a la tesitura de que dicho plazo se contará desde que el indiciado fue restringido de su libertad, término en el cual deberá ordenársele su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial, según proceda. Sin embargo, este criterio ha quedado desplazado de acuerdo con el sentido y alcances de los nuevos dispositivos normativos reformados en la Ley Adjetiva Penal.

Este tiempo, en la práctica, muchas veces se ve reducido, en virtud de que la puesta a disposición de un detenido al Ministerio Público, no se verifica de manera inmediata; circunstancia que origina serios trastornos de naturaleza técnica y jurídica en labor persecutoria de los delitos; y situación a la cual debe otorgársele especial atención para su pronta corrección.

Ahora bien, situándonos en la hipótesis de delito flagrante, en la que cualquier persona pueda detener al indiciado, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del

Ministerio Público, según lo prevé el párrafo cuarto del artículo 16 constitucional, en la que opera el plazo en que el Ministerio Público puede retener al indiciado, Al respecto es pertinente reconocer, que en la práctica, en los casos de delito flagrante, también se presentan serios problemas, originados principalmente por la interpretación que antes de las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales se le venía dando, y que se traducía, y aún se traduce, en problemas de impunidad. Lo cual conlleva, entre otros, a que se precisen en nuestras legislaciones con mayor detalle y claridad dicho concepto, en el afán de brindar mayor certeza y seguridad jurídica, y, así, evitar al máximo, los márgenes de impunidad.

Formulados esos planteamientos, ahora nos referiremos a la hipótesis de los casos urgentes, en la que, al actualizarse, también operaría el término durante el cual, el Ministerio Público puede retener a un indiciado.

Al respecto, el párrafo quinto del artículo 16 de la Carga Magna, establece que: “Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado puede substraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio

Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundado y expresado los indicios que motiven su proceder.”

Hay que recordar que el juez, al recibir la consignación del detenido, procederá inmediatamente a calificar la legalidad de la detención; en cuyo caso, la ratificará o decretará la libertad con las reservas de ley, según se desprende del párrafo sexto del artículo 16 de la Constitución Federal, razón por la cual, esta cuestión merece especial atención y cuidado de parte de los Agentes del Ministerio Público.

En relación con este aspecto, los magistrados y jueces federales a los que nos referimos, en su examen hecho a las reformas constitucionales, por mayoría de 15 votos, concluyeron sobre este punto que, “para consignar la averiguación con detenido, en flagrancia de delito, el juez debe analizar si efectivamente éste fue privado de su libertad en flagrancia de delito; al efecto, deberá examinar las constancias de autos para determinar la legalidad de la privación de la libertad, como un medio de control de legalidad, para que la violación, en caso de existir, no quede consumada irreparablemente”, y, agregaron, “que lo mismo acontece respecto de la detención ordenada por el Ministerio Público en casos de urgencia...”.

Por tanto la retención procede en el momento en el que se nos encontramos ante la presencia de una persona que a cometido un delito en flagrancia en cualquiera de sus modalidades, se encuentran satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merezca pena privativa de libertad lo anterior dentro del plazo de las 48 cuarenta y ocho horas o en su caso se duplicara el término 96 horas, dependiendo de lo que se trate.

**CAPITULO 3**  
**PROPUESTA PARA LA DEROGACIÓN DEL ÚLTIMO PÁRRAFO**  
**DEL ARTÍCULO 193 DEL CÓDIGO FEDERAL DE**  
**PROCEDIMIENTOS PENALES**

**3.1. LA GARANTIA DE LEGALIDAD CONTENIDA EN EL PÁRRAFO PRIMERO  
DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.**

El artículo a comentar estriba en la más honorable garantía de seguridad jurídica en nuestro régimen de derecho a través de la garantía de legalidad que el mismo consagra, cuyo orden jurídico desde la misma Constitución Federal hasta el más minucioso reglamento administrativo, registra su tutela; así como también previenen las obligaciones de las autoridades implicadas en dicho precepto.

En cuanto a la garantía de legalidad, el maestro Ignacio Burgoa, expresa que es “La garantía que mayor protección imparte al gobernado dentro de nuestro orden jurídico constitucional es, sin duda alguna, la de legalidad consagrada en el artículo 16 de la Ley Suprema a tal punto, que la garantía de

competencia queda dentro de ella. La eficacia jurídica de la garantía de legalidad reside en el hecho de que por su mediación se protege todo el sistema de derecho objetivo de México, desde la Constitución hasta el reglamento administrativo más minucioso, ...” Así mismo, nos señala que “La garantía de legalidad implicada en la primera parte del artículo 16 Constitucional, que condiciona todo acto de molestia es los términos en que ponderamos este concepto, se contiene en la expresión fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento”.<sup>16</sup>

Este primer párrafo textualmente dice: **“ARTICULO 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 motivo la causa legal del procedimiento.”**

En este supuesto hipotético mencionaremos los supuestos de operatividad de la norma a tratar, para poder referirnos con posterioridad a los elementos integrantes de la garantía de legalidad, supuestos que son: la titularidad de dicha garantía, el acto de autoridad condicionado por ellas y los bienes jurídicos que preservan.

<sup>16</sup> Id. (Idem)

Los beneficiarios de la citada garantía es todo gobernado en términos del artículo 1 Constitucional al referirse al goce de ellas o “todo individuo”, que como ya lo habíamos mencionado en nuestro comentario al respecto, no sólo las personas individuales, sino las morales, también son sujetos de los derechos fundamentales consignados en nuestra Constitución Política Federal.

El término “nadie” que demarca nuestro artículo en comento desde su punto de vista subjetivo en cuanto a su extensión, equivale a ninguna persona, ningún gobernado. Esto es, que ningún gobernado no importando atributos personales, lugar de origen, ente individual o colectivo puede ser objeto de algún acto de autoridad que le cause molestia sin observar los requisitos que el presente artículo les marque.

El acto de autoridad condicionado por la citada garantía consiste en una simple molestia, o sea perturbación, afectación de los bienes jurídicos tutelados, que a diferencia del acto de privación a que habla el artículo 14 Constitucional, esta terminología se ha elevado a planos más subjetivos, en la cual a nuestro juicio la jurisprudencia ha extendido sus alcances en cuanto a su real y verdadera interpretación de la parte del artículo que nos ocupa, siendo tan extenso este artículo que su elasticidad lo hace aplicable a todos los casos

posibles que de seguro no estuvieron previstos por el Constituyente.

En efecto, si la garantía de Audiencia es operante frente a actos de privación como merma o menoscabo a la esfera jurídica del gobernado, así como cuando sea impedido en el ejercicio de algún derecho, es cuando no se trate de actos de privación en sentido estricto, ni de actos jurisdiccionales penales o civiles, sino cuando se trate de actos de mera afectación de cualquier índole, procede la protección a las garantías consagradas en la parte primaria del artículo abarcando los actos materialmente administrativos sin importar menoscabo, disminución o impedimento para ejercitar algún derecho, así como los actos materialmente jurisdiccionales consistente en cualquier juicio civil, penal, familiar, etc.

Los bienes jurídicos tutelados por esta garantía a saber son: la persona, la familia, el domicilio, los papeles y las posesiones. Los anteriores de alguna manera bien pudieran ser homologados con los bienes jurídicos tutelados por el propio artículo 14 Constitucional, por esto ofrecemos un pequeño cuadro comparativo de ambos preceptos constitucionales.

## BIENES JURIDICOS TUTELADOS

ARTICULO 16	ARTICULO 14
a) La persona	a) Vida
b) Familia	b) Libertad
c) Domicilio	c) Propiedades
d) Papeles	d) Posesiones
e) Posesiones	e) Derechos

PERSONA. A través de este elemento se protege la individualidad psico-física, así como la personalidad jurídica propiamente dicha en toda la gama de sus potestades inherentes. Respecto a la persona física, se afecta a ésta cuando se restringe su actividad psico-física o cuando se le molesta en su libertad personal, no habiendo mayores comentarios al respecto.

“La definición más común entre los juristas es de que persona es todo ser capaz de tener derechos y obligaciones. Ciertamente, los juristas tienen en mente a los seres humanos. Sin embargo, el predicado “capaz de tener derechos facultades...” que se asigna a “persona” alude a una cierta aptitud o

cualidad jurídica.”<sup>17</sup>

Por lo que atañe a la personalidad jurídica de un sujeto o gobernado esta consiste en la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, afectándose esta con un acto de molestia cuando se le restringe o perturba esa capacidad.

Tratándose de personas morales, ésta se verá afectada por un acto de molestia cuando se restrinjan o perturben las facultades inherentes a su entidad jurídica, impidiendo o limitando su actividad social.

FAMILIA. La protección al concepto de familia, de los actos de molestia por órganos de autoridad no estriba en la afectación de alguno de los miembros de la familia de un gobernado sino que el perjuicio por un acto de molestia debe recaer en los derechos familiares del gobernado, entendiéndose este a los que conciernen a su potestad civil, tales como los alimentos, la paternidad, la patria potestad, el patrimonio familiar, sucesiones, etc.

DOMICILIO. El término “domicilio” equivale al hogar o casa habitación particular donde el gobernado convive con su familia comprendiéndose en el todo tipo de bienes que se encuentren y que en un

<sup>17</sup> Diccionario Jurídico 2000 Desarrollo Jurídico Copyright 2000 Todos los derechos Reservados DJ2K-1967

momento dado puede constituir actos de molestia. Se considera también como domicilio el lugar dónde fijan su residencia las personas físicas para ejercer sus derechos y obligaciones.

Por lo que toca a las personas morales, su domicilio será aquél lugar o sitio dónde se halle su administración o en el lugar dónde tenga sucursales o dónde ejecuten sus actividades.

Ahora bien, el domicilio que protege la Constitución a través del artículo 16 por actos de molestia, son los sitios o lugares dónde la persona reside realmente, esto es, en el lugar dónde tenga su casa habitación. También el artículo en comento protege a las personas morales en su domicilio, que es el lugar dónde desempeñan su Administración. Esto es, conforme al artículo 29 y 33 del Código Civil para el Distrito Federal, pero lo que la Constitución no protege es el domicilio legal del gobernado, amenos que no tenga domicilio efectivo (casa-habitación) siendo obvio que el despacho y oficina se le reputará como domicilio efectivo. En todos los demás casos el acto e molestia que afecte al domicilio del gobernado se combatirá a través del concepto posesiones.

PAPELES. Bajo la siguiente acepción plasmada en el término Constitucional en comento se comprende a todos los documentos de un gobernado, traducida en las constancias escritas de algún hecho o acto jurídico.

Es necesaria la reforma gramatical de la acepción papeles, por la de documentos toda vez que el término papeles viene del latín papyrus, cuyos significados son varios entre ellos esta el de "carta, titulo, credencial, documento o manuscrito de cualquier clase". Y por lo que respecta al término documentos de manera más ilustrativa es cualquier escrito que ilustra sobre algún hecho, bien se para comprobar alguna relación con algo, o sólo para expresar una relación de algún suceso, dato o antecedente que puede ser impreso o manuscrito. En tales circunstancias, observamos que es más explícito el término de documentos que el de papeles en sentido genérico.

Hecha la aclaración anterior, la protección de evitar actos de molestia en los papeles del gobernado, estriba en que bajo el pretexto de catear, requisar, registrar o por determinadas pesquisas, se cometan abusos de autoridad con propósitos mezquinos de comprometer en cualquier sentido a la persona del gobernado. Por ende, el acto de molestia que afecte la documentación del gobernado debe consistir en el registro, requisición o apoderamiento de las constancias por escrito que integren la citada documentación, más nunca deberá

extenderse a los actos o derechos que en las mismas se consignen, pues la perturbación a éstos últimos opera a través de bienes jurídicos preservados por el propio artículo 16 Constitucional.

**POSESIONES.** Es a través del elemento posesiones en el que todos los bienes muebles e inmuebles que se encuentran bajo el poder de hecho de una persona quedan protegidos por actos de molestia de autoridades.

Este concepto jurídico corresponde al artículo 14 Constitucional, puede ser afectado tanto el poseedor originario como al derivado, pero nunca al simple detentador, de igual manera que lo explicado en el artículo 14 Constitucional relativo a la posesión, el acto de molestia que afecte las posesiones del gobernado. Sólo debe suscitar la cuestión de determinar si dicho acto de autoridad se ajusta o no a las exigencias en que tales garantías se traducen, sin poderse discutir ni dirimir controversias que versen sobre la legitimidad o ilegitimidad, realidad o apariencia de una determinada posesión originaria o derivada, ya que el juicio de Amparo por infracción al artículo 16 Constitucional que se promueva no es el conducto idóneo para resolver conflictos posesorios como tampoco lo es cuando se entabla por inobservancia de la garantía de Audiencia, salvo que, como se dijo en otra ocasión el acto

violatorio consista en una decisión jurisdiccional culminatoria de un procedimiento en el que el presunto afectado haya tenido su derecho a ser oído y vencido en juicio y que se hubiere emitido por una autoridad constitucionalmente incompetente o contrariando la ley que deba determinar su sentido.

MANDAMIENTO POR ESCRITO. La primera garantía se hace consistir en la forma en que ha de emitirse el acto de molestia el cual debe de constar siempre por escrito. Con este requisito la autoridad que expide un mandamiento queda responsable de este acto con arreglo a las leyes. Responsabilidad que no podría apreciarse con las órdenes verbales originando con ello el acto perturbador violatorio de garantías.

Ahora bien, todo servidor público y agente de la autoridad competente, debe obrar siempre con base en una orden escrita expedida por el superior jerárquico facultado, no pena de violar la disposición en comento de nuestra Ley fundamental.

El mandamiento debe constar por escrito, porque sólo así puede conocerse y juzgarse acerca de su naturaleza y extensión. Sin esta circunstancia los habitantes del país estarían expuestos a las arbitrariedades y desmanes de los agentes secundarios ejecutores de tales mandamientos.

Así también, no basta que la garantía formal de la emisión del acto autoritario sea por escrito, sino que es menester que al gobernado a punto de afectársele en su esfera jurídica, se le comunique o se le de a conocer la orden o mandamiento anterior o simultánea a ésta, enterándose con esto al gobernado de la imputación, fundamentación, motivación legales del hecho autoritario, así como de la autoridad de quien provenga.

Por otra parte el mandamiento escrito debe contener la firma auténtica del servidor público que la expida, pues la Segunda Sala de la Suprema Corte asevera que la firma que calce cualquier orden escrita debe ser siempre auténtica, ya que no es sino el signo gráfico con el que, en general, se obligan las personas en todos los actos jurídicos en que se requiere la forma escrita, de tal manera que carece de valor una copia facsimilar, sin la firma auténtica del original del documento en que la autoridad impone un crédito a cargo del causante, por no constar en mandamiento fundado y motivado.

Así todo habitante de la República tiene derecho de cerciorarse escrupulosamente de que el agente ejecutor obra de acuerdo a una orden o mandamiento por escrito de la autoridad responsable. Sin esto su resistencia sería legítima.

COMPETENCIA CONSTITUCIONAL DE LA AUTORIDAD. La segunda de las garantías de seguridad jurídica condicionantes del acto de molestia es la consistencia en que ésta debe dimanar de autoridad competente.

La competencia constitucional se refiere solamente a las atribuciones y límites del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órbita protegida por medio de las garantías del gobernado. Es la competencia jurisdiccional la que no puede resolver por medio del juicio de garantías, pues toca a los Estados en ejercicio de su soberanía determinar en sus leyes la jurisdicción de sus propios jueces e interpretarlas y aplicarlas en cada caso, siendo atribución de la Suprema Corte dirimir las competencias que se susciten entre los tribunales de la federación, entre éstos y los Estados, o entre los de un Estado y los de otro.

Cabe hacer mención que no se puede confundir la competencia de las autoridades propiamente dichas por la Constitución, con la competencia de origen o también llamada de legitimidad.

La competencia jurisdiccional no es materia del juicio de Amparo en el caso en comento, pues ésta es propia de la ley secundaria local que fija a cada tribunal su ámbito de competencia o límite de su jurisdicción resolviendo

en relación a la materia, territorio, grado y cuantía de la entidad en que deba ejercerse. Es así como la jurisdicción de los jueces, tribunales y demás órganos de autoridad en cada Estado, se determina conforme a sus propias leyes y en los casos de conflicto jurisdiccional competencial entre dos órganos de autoridad del mismo Estado, su ley local es la encargada de resolver el conflicto ordenando a la autoridad que deba hacerlo. Empero, si el conflicto jurisdiccional se produce entre un órgano de autoridad de un Estado con otro de entidad federativa distinta o con órgano de autoridad perteneciente a la Federación, éste conflicto ha de resolverse por la Suprema Corte de Justicia de la Nación la cual entre sus atribuciones Constitucionales –artículo 106- tiene la de: “...dirimir las competencias que se susciten entre los Tribunales de la Federación, entre éstos y los de los estados, o entre los de un Estado y los de otro”.

Así aclaramos que esta competencia –la jurisdiccional- no se encuentra garantizada por nuestra Ley Suprema en el artículo que comentamos, entendiéndose el porque la competencia Constitucional se haya establecido como una garantía del gobernado a favor de un derecho preestablecido –la seguridad-, no pudiendo ser molestado, sino en virtud de mandamiento de autoridad constitucionalmente competente. Es así que cuando alguno es juzgado por un juez incompetente, puede hacer valer un derecho civil, nunca una

violación de garantías, estableciéndole el Derecho Civil los medios y recursos eficaces para declinar la jurisdicción pero no puede hacerlo mediante el juicio de Amparo ya que si se pudiera esto último, la justicia federal se apropiaría de la facultad que corresponde al Estado por medio de sus autoridades legítimas, de interpretar y aplicar las leyes que ha tenido a bien darse en uso de su autonomía.

La legitimidad y la competencia son dos cosas distintas, son dos entidades independientes con existencias perfectamente separadas aunque los dos converjan en una persona.

La legitimidad se refiere a la persona, al individuo nombrado para desempeñar determinado cargo público. La competencia se relaciona sólo en la entidad moral que se llama autoridad así como las atribuciones que esa entidad moral ejerce.

Es así como en lo que respecta a la competencia de origen, la Corte ha sostenido el criterio de que la autoridad judicial no puede intervenir para resolver cuestiones políticas que incumben constitucionalmente a otros poderes. En el amparo no debe juzgarse sobre la legalidad o ilegalidad de la autoridad, sino simplemente sobre su competencia, pues si se declara que una autoridad responsable propiamente no era autoridad, el amparo resultaría notoriamente

improcedente. Sostener que el artículo 16 Constitucional prejuzga la competencia de origen o legitimidad de las autoridades, llevaría a atacar la soberanía de los Estados sin fundamento constitucional, siendo evidente que una misma autoridad no puede juzgar de la legitimidad de una autoridad y a la vez de una competencia sin invadir las atribuciones de los otros poderes sublevándose al orden constitucional de las autoridades, estas en caso de conflicto jurisdiccional recurrirán ante la Corte, en los términos ya expuestos con antelación, para mediar como arbitro de la exigencia de poderes que son siempre independientes de él.

COMPETENCIA. La que garantiza el artículo 16 de la Constitución, es la constitucional y no la jurisdiccional, que se ventila y resuelve por los medios que establecen las leyes del orden común, y ante los tribunales de ese fuero, mas no ante la justicia Federal y en juicio de garantías.<sup>18</sup>

Resumiendo, la competencia constitucional del artículo 16 concierne al conjunto de facultades con que la propia Ley Suprema inviste a determinado órgano del Estado, de tal suerte que si el acto de molestia emana de

---

<sup>18</sup> 5ª Época. F. XIII Tercera Parte 1923. P. 1153.

una autoridad que al dictar o ejecutar dicho acto, se excede de la órbita integrada por tales facultades violando la expresada garantía, así como en el caso de que sin estar habilitada constitucionalmente para ello, causa una perturbación al gobernado en cualesquiera de los bienes jurídicos señalados en dicho precepto, procedería el juicio de Amparo para el particular afectado o para la entidad moral pública que se estuviese violando su órbita competencial.

La competencia constitucional excluye la competencia de origen o legitimidad de las autoridades, haciendo improcedente el Amparo contra actos realizados por órganos o servidores públicos que se consideren ilegalmente elegidos. Por lo que hace a la llamada competencia ordinaria o jurisdiccional, que es el conjunto de facultades con que la ley secundaria inviste a una determinada autoridad, no puede reputarse como garantía de seguridad jurídica en los términos plasmados por el artículo 16 Constitucional.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACION. Esta garantía (de legalidad) es la de mayor protección al gobernado dentro de nuestro orden jurídico constitucional, artículo 16, a tal punto, que la garantía de competencia que hemos estudiado queda comprendida dentro de ella.

La garantía de legalidad condiciona todo acto de molestia contenida en la expresión, fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento, siendo que por mediación de esta garantía se protege el sistema de Derechos objetivo en nuestro país, desde la misma Constitución hasta el reglamento más minucioso.

Es sí como la causa legal de un procedimiento consistente en un acto o varios actos de afectación en la esfera jurídica del gobernado, realizados pro autoridad competente, su causa debe ser legal, es decir, fundado y motivado en una ley en sentido material como disposición normativa general, abstracta e impersonal, creadora y reguladora de situaciones concretas.

**FUNDAMENTACION.** La fundamentación legal de la causa del procedimiento autoritario, consiste en que los actos que originen la molestia al grado de que habla el artículo 16 Constitucional, deben basarse en una disposición general que prevea la situación concreta, para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad que exista en una ley que lo autorice.

La fundamentación legal del que habla el artículo constitucional en cita es consecuencia directa del principio de legalidad, consistente en que las

autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite, principio que ha recogido la Suprema Corte de Justicia en la siguiente jurisprudencia:

FUNDAMENTACION Y MOTIVACIÓN. GARANTÍA DE. Para cumplir lo preceptuado por el artículo 16 de la Constitución Federal, que exige que en todo acto de autoridad se funde y motive la causa legal del procedimiento, deben satisfacerse dos clases de requisitos, unos de forma y otros de fondo. El elemento formal queda surtido cuando en el acuerdo, orden o resolución, se citan las disposiciones legales que se consideran aplicables al caso y se expresan los motivos invocados sean reales y ciertos y que, conforme a los preceptos invocados, sean bastantes para provocar el acto de autoridad.<sup>19<sup>13</sup></sup>

LEGALIDAD. GARANTIA DE ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL. LA AUTORIDAD DEBE CITAR LOS PRECEPTOS CONCRETOS QUE SIRVEN DE APOYO A LOS ACTOS DE MOLESTIA. Para cumplir la garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 de la Constitución Federal, no es suficiente que la autoridad administrativa aluda globalmente a un cuerpo legal, par tratar de fundar en él los actos de molestia que emita, sino que es menester que en el mandamiento escrito respectivo cite los preceptos que le sirvan de apoyo. <sup>20<sup>14</sup></sup>

El doctor Ignacio Burgoa nos menciona cuatro supuestos de exigencias de la fundamentación legal que todo acto de molestia impone a toda autoridad como obligaciones constitucionales, mismas que se traducen en las siguientes condiciones:

---

<sup>19<sup>13</sup></sup> 6ª. Época. Vol. CXXV.LII. Tercera Parte. 1968. P. 21.  
<sup>20<sup>14</sup></sup> 6ª. Época. Vol. CXXV.III. Tercera parte. 1968 P. 54

1. - En que el órgano del Estado del que tal acto provenga, esto investido con facultades expresamente consignadas en la norma jurídica (ley o reglamento) para emitirlo;

2. - En que el propio acto se prevea en dicha norma;

3. - En que su sentido y alcance se ajusten a las disposiciones normativas que lo rijan;

4.- En que el citado acto se contenga o derive de un mandamiento escrito, en cuyo texto se expresen los preceptos específicos que lo apoyen.<sup>21 15</sup>

**MOTIVACION.** La motivación legal, implica a todas aquellas circunstancias y modalidades del caso particular encuadrados dentro del marco general correspondiente, establecido en ley. Las facultades de toda autoridad, mismas que al encontrarse determinadas en una ley, estas tienen sus propios límites establecidos en la propia norma jurídica que demarcan la extensión del supuesto abstracto comprendido en esta. Pues bien, si al supuesto no encaja o se comprende al caso concreto, el acto de autoridad dicho, violaría la exigencia de motivación legal, por más que este acto se encuentre legalmente fundado.

Para adecuar la norma jurídica legal al caso concreto donde opere el acto de molestia. la autoridad respectiva deberá aducir los motivos que justifiquen la aplicación correspondiente, motivos que deben manifestarse en los

hechos, circunstancias y modalidades objetivas de dicho caso para que éste se encuadre dentro de los supuestos abstractos previstos en la norma. La mención de esos motivos debe formularse precisamente en el mandamiento escrito, con el objeto de que al afectado por el acto de molestia pueda conocerlo y estar en condiciones de producir su defensa. Es decir, la motivación de un acto de autoridad estriba en que la fundamentación legal que aplica la autoridad en un mandato por escrito, contenga los motivos, razones, circunstancias y modalidades del caso concreto al cual se pretende adecuar.

Cuando un acto de molestia no se apoye en ley alguna existe falta de fundamentación. Cuando existiendo la fundamentación, la situación concreta en la que se realice un acto de autoridad no esta comprendida dentro de la disposición invocada, existirá falta de motivación.

FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. GARANTIA DE. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16 de nuestra Ley Fundamental, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por el primero que ha de expresarse, con precisión, el precepto aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, concretamente, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para

la emisión del acto, siendo necesario, además que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables al caso de que se trate.<sup>22</sup><sup>16</sup>

El Maestro Jean Constant nos da su propia definición de los motivos de los juicios al hacer notar que se entiende por motivos a: “Las razones de hecho y de derecho por las que la jurisdicción ha resuelto en el sentido que adopto. En otros términos, los motivos son las razones que el juez expresa para justificar aquello que ha ordenado”<sup>23</sup><sup>16</sup>

En el supuesto de que no se motive un acto de autoridad, aunque este se encuentre fundado debidamente es procedente el juicio de Amparo; así también lo será, cuando la motivación de un acto de autoridad sea insuficiente, ambigua, contradictoria o errónea.

Para que se pueda hablar de la garantía de legalidad, es necesario la fundamentación y motivación de una causa legal que concurren para dar validez constitucional a un acto de molestia, en caso de no concurrir alguna de éstas dos subgarantías, implicaría como ya dijimos, la violación a la garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 constitucional en estudio. Luego entonces queda claro que el órgano de autoridad que pretende afectar la esfera jurídica del gobernado, al emitir su acto de autoridad, deberá reunir la garantía de

---

<sup>22</sup> Epoca. Vol 151-156. Segunda Parte. 1981. P. 56.

<sup>23</sup> Cit Por Castro. J V ob Cit P 232.

fundamentación y motivación de la causa legal de afectación.

Como toda regla que contiene sus excepciones, la motivación legal no siempre exige una adecuación exacta del hecho a una ley, pues ésta última otorga a las autoridades administrativas y judiciales lo que entendemos por facultad discrecional. La facultad discrecional entraña una potestad descisoria que tiene como marco los supuestos generales consagrados en la norma jurídica. Dicho en otras palabras, la discrecionalidad es el poder de apreciación que tiene la autoridad respecto de un caso concreto para encuadrarlo dentro de la hipótesis normativa existente, cuyos elementos integrantes debe necesariamente observar. Esta jamás importa la potestad de alterar dichos elementos o pretexto de vulnerar el principio de legalidad que lo sustenta.

En caso de alterarse u omitirse los citados elementos de la norma jurídica procede el juicio de Amparo en función de la violación a la garantía de motivación legal consagrada en el artículo 16 constitucional.

Después de haber realizado todo este estudio es importante manifestar que en el caso de la retención esta deberá realizarse por escrito debiendo motivar y fundamentar dicha retención para al hacerse esta no se viole la garantía de legalidad y se actúe conforme a derecho.

### **3.2. DECRETO DE REFORMAS AL ARTÍCULO 193 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DÍA 08 DE FEBRERO DE 1999.**

El decreto de reformas que encabezan el presente apartado, y en específico, la reforma al artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales que nos ocupa, tuvo como finalidad específica, la de establecer instrumentos legales que garantizaran a la sociedad que quien cometa un delito calificado como grave, cumpla con la totalidad de la pena que le sea impuesta, que faciliten la investigación de los delitos y abatieran la impunidad, y para ello se reglamento la detención y la retención cuando exista flagrancia en dicho precepto legal como a continuación se transcribe:

#### **ARTICULO 193**

Se entiende que existe flagrancia cuando:

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

En esos casos, el Ministerio Público decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad, o bien ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de la libertad o alternativa.

La violación lo dispuesto en el párrafo anterior hará penalmente responsable a quien decreta la indebida retención y la persona detenida deberá ser puesta de inmediato en libertad.

De decretar la retención, el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa correspondiente, si aún no lo ha hecho.

### **3.3. LA ILEGALIDAD DE LA RETENCIÓN SIN HABER INICIADO LA AVERIGUACIÓN PREVIA.**

Desde luego que iniciaremos este apartado haciendo el señalamiento expreso de una de las garantías más preciadas en el campo del Derecho Constitucional y que ya hemos hecho una amplia referencia en el apartado 3.1. de este capítulo, sin lugar a dudas, es la garantía de legalidad que exige que todo acto de autoridad debe de estar debidamente fundado y motivado. La validez de todo acto de molestia, cuya operatividad tiene una repercusión en la esfera jurídica de los gobernados, se supedita a que dicho acto en cuanto su forma debe de encontrarse por escrito, emitido por la autoridad competente y signado con firma autógrafa. Y en ese mismo orden de ideas los

requisitos de fondo, que debe contener el acto de molestia para su validez, también se ciñen a que precisamente el acto autoritario debe encontrarse debidamente fundado y motivado. En efecto, el artículo 16 párrafo primero de nuestro Código Político, tutela esta garantía de legalidad, al regular textualmente:

“ARTICULO 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...”

Ahora bien, correlacionando este primer párrafo del artículo 16 constitucional con el quinto párrafo del mismo precepto en comento, exige que el Ministerio Público bajo su responsabilidad para ordenar la detención, debe de fundar y motivar los indicios que han motivado para decretar dicha detención, según así se desprende de dicho párrafo que a la letra dice:

“ARTICULO 16 PARRAFO QUINTO.-

.....

.....

.....

Sólo en casos urgentes cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda 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 este orden de ideas expuestas, el Código Federal de Procedimientos penales reglamentando el artículo 16 constitucional en los párrafos que preceden a las presentes líneas, en su artículo 193 regula en forma específica la retención, es decir, el aseguramiento del inculpado, sin embargo, dado lo extenso de dicho precepto, únicamente nos concierne examinar sometiendo a un análisis mas reflexivo, el último párrafo del Código Adjetivo Penal en comento, ya que lo hemos calificado de ilegal y que ha motivado el presente trabajo de investigación.

La ilegalidad esgrimida, se deriva de la incongruencia de Procedimientos Penales con los párrafos primero y quinto del artículo 16 de nuestra Carta Fundamental. Expliquemos esto, conforme a las exigencias que señala nuestro ordenamiento fundamental, sabemos que todo acto de autoridad para su validez, debe supeditarse a los requisitos que le dan legalidad, en lo específico, para la validez del acto de molestia, debe ante todo previamente

constar dicho mandamiento por escrito, emitido por la autoridad competente, fundado y motivado causa legal del procedimiento, y tratándose de la detención, es necesario de igual manera, que el Ministerio Público como autoridad competente, funde y motive la causa legal de su proceder. Pero, sin embargo, fuera del texto constitucional el Código Federal de Procedimientos penales en el último párrafo del artículo 193 previene primeramente la retención y posteriormente el inicio de la averiguación previa, es decir, que primero dicha autoridad decreta la retención para luego inicial el fundamento y motivación del acto autoritario en mención, lo cual significa, que es contrario a la garantía de legalidad que hemos esgrimido con anterioridad y que por ello le hemos calificado de ilegal. Ciertamente que la ilegalidad señalada, tiene su propio soporte a la luz de la garantía contenida en el primer párrafo del artículo 16 Constitucional, ya que , si bien es cierto que dicho dispositivo constitucional exige validez del acto de molestia necesariamente esta debe de constar por escrito , fundada y motivada, no menos es que, la retención regulada en el último párrafo del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales carece de dicho requisitos. En efecto, siendo la retención un acto autoritario que opera en la esfera jurídica de los gobernados, luego entonces, dicha retención debe satisfacerse con los requisitos de legalidad ya apuntados para que tenga validez, es decir, que conste por escrito, emitido por el Ministerio Público como

autoridad competente y además debidamente fundada y motivado; sin embargo, de la redacción del artículo 193 del Código Federal Adjetivo Penal en comento, se advierte que cuando el Ministerio Público decreta la retención , que aún a la fecha no se ha iniciado la averiguación previa , quiere decir que dicha retención no se encuentra requisitada en términos que exige el artículo 16 Constitucional en su primer párrafo, de donde deviene su ilegalidad, porque no es posible advertir, que se decreta la retención sin que previamente dicho mandamiento autoritario conste por escrito y que además se encuentre fundado y motivado. Esto es, que resulta inadmisibles concebir como siendo la retención un acto de notable trascendencia , no se encuentre requisitado de legalidad, porque siendo nuestro ordenamiento jurídico fundamental la norma suprema , es obvio que debe cumplirse en todos y cada uno de sus términos, y en lo específico la garantía de seguridad jurídica contenida en el primer párrafo del artículo 16 Constitucional que regula la legalidad de todo acto de autoridad no debe escapar de regulación en los ordenamientos secundarios, y en lo particular en el Código Federal de Procedimientos Penales. No perdamos de vista, que la ilegalidad esgrimida en este apartado, única y exclusivamente se refiere al último párrafo del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, toda vez que de su redacción , se manifiesta que la retención adolece de legalidad porque su emisión no se encuentra avalada previamente en

documento que funde y motive la causa legal del procedimiento, es decir, que de su redacción tal y como se encuentra a la fecha, se encuentran invertidos los requisitos que le dan validez y consecuentemente legalidad. Por ello nos atrevemos a señalar que el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales en su último párrafo resulta ilegal, pues como ya advertimos, la retención no se encuentra sustentada previamente en un mandamiento escrito en el que se encuentre fundada y motivada la causa legal del procedimiento, tal vez si se encontrara invertidos los supuestos antes mencionados, quizás, la retención sería legal, mas sin embargo, considerando la redacción previa a este último párrafo del artículo 193 del ordenamiento legal en cita, resulta incongruente este último párrafo, siendo notoriamente ilegal en los términos ya apuntados.

#### **3.4. DEROGACIÓN AL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 193 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.**

Comenzaremos por definir lo que es la derogación la cual consiste en la eliminación de la validez de una norma por otra. Según Kelsen la define como a) derogar es eliminar la validez de una norma por medio de otra norma y de la extinción de ; b) la validez de una norma es su existencia

especifica podemos conducir que c) la derogación es un procedimiento para eliminar la existencia de normas. <sup>24</sup> Derogatio .- La revocación parcial de una norma.

También la derogar una ley es suprimirle algo; abrogar una ley es suprimirla totalmente extinguiirla en sentido jurídico , pero la derogación en cambio es la terminación parcial de la vigencia u obligatoriedad de una ley , reglamento o disposición de carácter general. Aunque la cesación de la vigencia total se denomina técnicamente abrogación es común el uso del término derogación como sinónimo por lo que muchas veces se habla de la derogación total de una disposición .

Continuaremos este apartado aludiendo precisamente a la jerarquía de nuestra norma fundamental prevista en el artículo 133 de nuestro código político. Dicho precepto en su parte medular señala lo siguiente:

ARTICULO 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda

<sup>24</sup> Joseph Aquilo , Sobre la derogación Ensayo de dinamica Juridica Distribuidora Fontamara 1995, p.p.

la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Es sin lugar a dudas que nuestro ordenamiento jurídico fundamental constituye ser la norma primaria, principio que se encuentra establecido en el mismo código político en su artículo 133. Con ello se desprende la jerarquía de leyes que priva en nuestro sistema de derecho, implicando con ello, que la norma fundamental lo es ante todo nuestra Carta Fundamental a la que quedan subsumidas todas y cada una de las leyes secundarias por ser ésta la fuente de donde surgen. En este sentido, ninguna norma secundaria deberá rebasar, superar o contrariar a lo dispuesto por nuestro código político, ya que únicamente pueden reglamentar lo que prevé el primero mencionado pero sin que reglamenten supuestos no previstos en la propia Constitución Federal.

En este orden de ideas expuestas, cabe señalar específicamente lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 16 constitucional en cuanto a la garantía de seguridad jurídica contenida en dicho dispositivo y su correlación con el quinto párrafo del mismo numeral en comento cuya exigencia supeditan la legalidad del acto de molestia que emite toda autoridad, y en la especie, la facultad del Ministerio Público para decretar la retención de una persona, como

literalmente puede apreciarse en dichos párrafos en comento que a continuación se transcriben:

**“ARTICULO 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.**

...

...

...

**Sólo en casos urgentes cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda 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.” ...**

Con lo anterior, y siguiendo el principio de supremacía constitucional, se desprende que todas y cada una de las leyes secundarias entre ellos el Código Federal de Procedimientos Penales, solamente pueden reglamentar en sus respectivos contenidos lo que el ordenamiento jurídico fundamental señala, que en el caso específico que nos concierne, solamente se podrá decretar la retención cuando se encuentren satisfechos los requisitos de

legalidad de dicho acto autoritario es decir cuando se cumplen los requisitos de fondo y forma; pero jamás decretarse cuando no se cumplan con los señalamientos que hacen la legalidad de dicho acto. En esa virtud, deberá

entenderse que la jerarquía de la constitución política le permite tener mayor potestad frente a todo ordenamiento secundario de únicamente reglamentar como facultad para decretar la retención cuando el acto autoritario se encuentre por escrito fundado y motivado, así como tratarse de delitos graves que por razón de la hora, lugar u otra circunstancia el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial y de que exista riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la Justicia, y no que habiéndose decretado primeramente la retención sin que exista averiguación previa, es decir, sin que exista el mandamiento escrito fundado y motivado, tal como lo prevé el último párrafo del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Ciertamente, en el orden que hemos venido haciendo referencia y desprendiéndose de la jerarquía de leyes, todo ordenamiento secundario debe de reglamentar la legalidad de la retención, y si bien es cierto que el artículo 193 del Código en cita faculta al Ministerio Público para decretar la aludida retención, no menos es que en el último párrafo la retención no se encuentra soportada a la legalidad que señala el primer párrafo del artículo 16

Constitucional, luego entonces, debe de entenderse la ilegalidad del último párrafo del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Conforme a los planteamientos hechos en líneas anteriores, y por supuesto sin olvidar que no obstante que el artículo 16 constitucional en su párrafo primero que en su parte conducente reglamenta la legalidad de todo acto autoritario, no olvidemos que dicha garantía de seguridad jurídica se encuentra participando del principio de supremacía constitucional por formar parte de nuestro ordenamiento jurídico fundamental, por lo que se observa que último párrafo del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales carece de sustento constitucional alguno, toda vez que reglamenta la retención en forma ilegal. En efecto, no escapa de advertirse que si bien es cierto que nuestra normatividad constitucional señala las exigencias que deben de satisfacer todo acto de autoridad entre los cuales debe de comprometerse a la retención, en este caso, la ley secundaria, es decir, el Código Federal de Procedimientos Penales en el último párrafo del artículo 193 se encuentra viciado de inconstitucionalidad, esto es, que carece de sustento constitucional alguno de donde derive su propia existencia.

La ilegalidad que se esgrime en este apartado, queda plenamente robustecida con el señalamiento que hace el último párrafo del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, pues al efecto, se advierte la el querer infringir a la garantía de legalidad establecida en el primer párrafo del artículo 16 Constitucional.

La ilegalidad esgrimida, tiene pleno apoyo de la interpretación hermenéutica y teleológica del primer párrafo del artículo 16 Constitucional, que correlacionado con los párrafos quinto y séptimo del mismo numeral en comento, reglamentan la retención, entonces si bien es cierto que el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales reglamenta la retención, no menos es que el último párrafo de este precepto, puede considerarse contrario a su origen constitucional y por lo tanto debe de considerarse como ilegal y anticonstitucional.

Por todo lo anterior, consideramos que el texto del último párrafo del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, además de infringir el primer párrafo del artículo 16 de nuestro Código Político, resulta ser inconstitucional, y ello nos permite formular la siguiente :

**PROPUESTA:** Debe derogarse en su totalidad lo dispuesto por el último párrafo del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, en virtud de que la retención que reglamenta es a priori al mandamiento de autoridad

debidamente requisitado con las exigencias de ley, es decir, por escrito ,  
fundado y motivado que tutela el artículo 16 Constitucional en su párrafo

primero como garantía de seguridad jurídica para todo los gobernados.

## *CONCLUSIONES*

**PRIMERA.-** La Detención es un acto que implica un acción de capturar.

**SEGUNDA.-** La Retención es uan situación que se prolonga por cierto tiempo, siempre y cuando el sujeto se encuentre previamente detenido.

**TERCERA.-** La detención y la retención son empleadas en algunas ocasiones como sinónimo en el lenguaje común y jurídico y su única distinción es el momento en que acontece una y otra, pues la primera de ellas es el acto y la segunda la situación.

**CUARTA.-** En el derecho positivo mexicano se exige que todo acto de autoridad debe de encontrarse debidamente fundado y motivado, amén de los requisitos de legalidad que señala nuestro propio Código Político en su artículo 16 párrafo primero como son que dicho acto se encuentre por escrito, y emitido por la autoridad competente .

**QUINTA.-** La retención como acto autoritario deriva de la facultad que tiene el Ministerio público para decretarlo, siempre y cuando se trate de un delito

grave calificado por la ley, que exista riesgo fundado de que el indiciado se

sustraiga de la acción de la justicia y de que por razón de la hora, lugar y otra circunstancia, el propio Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad Judicial para solicita la orden de aprehensión.

**SEXTA.-** Consecuentemente la retención es un acto autoritario que debe de satisfacer los requisitos de legalidad señalados en el primer párrafo del artículo 16 Constitucional.

**SÉPTIMA.-** El artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales regula la retención ; sin embargo da la posibilidad para que el Ministerio Público la decrete aún sin existir mandamiento de autoridad.

**OCTAVA.-** La carencia de mandamiento escrito que funde y motive la causa para que el Ministerio Público decrete la retención conforme a la facultad que le otorga el último párrafo del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, constituye ser una retención ilegal por no estar en congruencia con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 16 Constitucional.

**NOVENA-** Consecuentemente deberá derogarse el último párrafo del artículo

**NOVENA-** Consecuentemente deberá derogarse el último párrafo del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales por decretar ilegalmente la retención.

**BIBLIOGRAFIA**  
**"DOCTRINA"**

ARRELANO GARCIA, CARLOS. *"El Juicio de Amparo"*, s/e Editorial Porrúa, S.A., México, 1982., pp. 1037.

AQUILO, JOSEPH . *"Sobre la Derogación, Ensayo de dinámica jurídica "* Distribuciones Fontamara S.A. México 1995,

BAZDRESCH, LUIS. *"Garantías Constitucionales"*. Segunda Edición, Editorial Trillas, S.A, México 1983., pp. 178.

\_\_\_\_\_. *"El Juicio de Amparo"*, Cuarta Edición, Editorial Trillas, México, 1983., pp. 384.

BIELSA RAFAEL , *" Los conceptos Jurídicos y su Terminología "* Ediciones De Palma 3ª Edición aumentada Buenos Aires 1993., pp. 129 y 130.

BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, *"Las Garantías Individuales"*, Vigésima Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1984. 1986., pp. 768.

\_\_\_\_\_. *"Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo"*. Editorial Porrúa, S.A., México, 19894., pp. 478.

\_\_\_\_\_. *"El Juicio de Amparo"*. Vigésima Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1984. 1987., pp. 1080.

CARNELUTTI FRANCESCO. *"Lecciones sobre el Proceso Penal"*. Editorial Porrúa, S.A., México, 1997., pp. 1950.

CASTRO, JUVENTINO V. *"Garantías y Amparo"*. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997., pp. 555.

\_\_\_\_\_. *"El Ministerio Público en México"*. Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1990., pp. 258.

DEL CASTILLO DEL VALLE, ALBERTO. *“Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal”*. Segunda Edición. Editorial Duero, S.A. de C.V., México. 1997., pp. 166.

GARCÍA PELAYO, RAMÓN . *“Diccionario Enciclopédico Larousse, 1985,* p.p. 742

GARCÍA RAMÍREZ SERGIO. *“Poder Judicial y Ministerio Público”*. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1996., pp. 331.

GONZALEZ COSIO, ARTURO. *“El Juicio de Amparo”*. Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1996., pp. 304.

GONGORA PIMENTEL, GENARO. *“La Suspensión del Acto Reclamado”*. Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993., pp. 155.

HERNANDEZ LOPEZ, AARON. *“El Proceso Penal Federal”*. Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1993. , pp. 390.

HERNANDEZ, OCTAVIO A. *“Curso de Amparo”*. Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1983., pp. 442.

LARA ESPINOZA, SAÚL. *“Las Garantías Constitucionales en Materia Penal”*. Editorial Porrúa, México, 1998, pp. 380.

MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. *“El Derecho Privado Romano”*. Doceava Edición. Editorial Esfinge. México. 1983., pp. 530.

MONTIEL Y DUARTE, ISIDRO. *“Estudio sobre las Garantías Individuales”*. Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1991., pp. 603.

NORIEGA, ALFONSO. *“Lecciones de Amparo”*. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1980., pp. 1104.

OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO. *“La Averiguación Previa”*. Sexta Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1992., pp. 489.

OVALLE FABELA, JOSE. *“Garantías Constitucionales del Proceso”*. Editorial Mc Graw Hill. México, 1996, pp. 213.

POLO BERNAL, EFRAIN. "*Breviario de Garantías Constitucionales*", s/e Editorial Porrúa, S.A. México 1993., pp. 323.

ZAMORA PIERCE, JESUS. "*Garantías y Proceso Penal*". Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, pp. 510.

## LEGISLACIÓN CONSULTADA

**CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**, s/e Editorial Andrade, S.A., México, 2000.

**CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.**, s/e Editorial Porrúa, S.A. México 2000.

**CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL**, s/e Editorial Porrúa, S.A., México 2000.

**CODIGO PENAL FEDERAL**, s/e Editorial Porrúa, S.A., México 2000.

**CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**, s/e Editorial Porrúa, S.A., México 2000.

## JURISPRUDENCIA

**ORDEN DE APREHENSION, REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD PARA LA.** 7ª Epoca Instancia : Tribunal Colegiado Del Décimo Circuito  
fuente: Seminario Judicial de la Federación. Tomo :217-228 Sexta Parte,  
página 420.

**LIBERTAD PERSONAL RESTRICCIÓN DE LA (CAMBIO DE SITUACION JURIDICA).** ,Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
Novena Epoca, Tomo IV-October de 1996, pág. 73, tesis por contra dicción  
P./1.55/96.

**FIRMA AUTOGRAFA RESOLUCIÓN CARENTE DE. ES INCONSTITUCIONAL.** 5ª Epoca. T.XIII. Tercera Parte .1923. P. 1153.

**FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, GARANTÍA DE.**6ª Epoca . Vol.  
CXXVII. Tercera Parte. 1968.P.21.

**LEGALIDAD, GARANTÍA DE ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL. LA AUTORIDAD DEBE DE CITAR LOS PRECEPTOS CONCRETOS QUE SIRVEN DE APOYO A LOS ACTOS DE MOLESTIA .** 6ª Epoca. Vol.  
CXXVIII. Tercera parte .1968.P.54.

**FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, GARANTÍA DE.** 7ª Epoca .  
Vol. 151-156.Segunda Parte .1981.P.56.