

4



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGÓN

**“EL DELITO FLAGRANTE Y LOS CASOS
URGENTES, SUPUESTOS EN QUE PROCEDE LA
DETENCIÓN DE UNA PERSONA SIN QUE MEDIA
ORDEN JUDICIAL DE APREHENSIÓN”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A:

GRACIELA ALCÁNTARA ORTIZ

ASESOR:

LIC. MIGUEL ÁNGEL MONROY BELTRÁN

SAN JUAN DE ARAGÓN, ESTADO DE MÉXICO, 2002

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

CON DEDICATORIA A:

Mi padre Gabriel Alcántara Pérez, por que aún con todo lo que pudiera tener, no obtendrá un triunfo como éste, y por esa razón se lo dedico.

Mi madre Irma Ortiz Cerón, por que gracias a sus diferencias, me ha hecho más fuerte .

Mis papás grandes Jesús Alcántara Mondragón (+)
María del Carmen Cerón Serrano(+), Constantina (+),
Ascencia (+), y Martiniana Pérez Serrano.

Mis padrinos Licenciado Roberto Sánchez Moscardo,
Licenciada María Teresa Lira Mora, Licenciado Julio
y su esposa Cristina, que de una u otra manera señalaron
mi destino.

Mis hermanos Gabriela, Susana, Javier y Carmen,
porque siempre sea uno para todos y todos para uno.

Mis Tíos y Tías, primos y primas, sobrinos y sobrinas,
que siempre me han apoyado moral o económicamente.

Mis amigos: Julio, Irma, Sonia, Antonia, Luis Manuel
Albarran Alfaro (+), por su apoyo moral en donde
Quiera que estén.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

GRACIAS:

A Dios por no dejar de sostenerme en sus brazos.

A mis padres: Nuevamente por tener paciencia.

A mis profesores: Carmelita (+), Margarita, Germán, Rosalinda, Gloria, por crear la ilusión del estudio.

A mis amigos: Zúmbala, Concha Solís, Manuel Torre Blanca, Irma, Sonia, Antonia, Cristóbal, Leonela, Elvia, por su apoyo incondicional.

A mis escuelas : Primaria Profesor Germán García Salgado, escuela Secundaria Oficial 300, escuela Preparatoria Oficial 07.

A los Licenciados: Miguel Ángel Monroy Beltrán, Crescencio Blas Bautista Ruiz, Salomé Corona Quintero, José Luis Díaz Ramírez, Joel Mendoza Espinoza, por el apoyo recibido.

A la Universidad Autónoma Nacional de México, por el Gran esfuerzo de darnos una profesión.

Al Tribunal Superior de Justicia del Estado de México.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

**EL DELITO FLAGRANTE Y LOS CASOS URGENTES, SUPUESTOS EN
QUE PROCEDE LA DETENCIÓN DE UNA PERSONA SIN QUE MEDIE
ORDEN JUDICIAL DE APREHENSIÓN**

ÍNDICE

INTRODUCCION

CAPÍTULO I LA LIBERTAD PERSONAL

REFERENCIA HISTORICA

1.1 GRECIA	1
1.2 ROMA	2
1.3 INGLATERRA	9
1.4 ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA	16
1.5 FRANCIA	22
1.6 ESPAÑA	27
1.7 MEXICO	30

CAPITULO II GARANTIA DE LA LIBERTAD PERSONAL

2.1 LA LIBERTAD	61
2.2 CONCEPTO DE LIBERTAD	69
2.3 LA LIBERTAD PERSONAL	77
2.4 LIBERTAD PERSONAL COMO GARANTIA INDIVIDUAL	82
2.5 PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD COMO PENA Y COMO MEDIDA CAUTELAR	86

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

**CAPITULO III ANALISIS DE LA REFORMA DEL ARTICULO 16
CONSTITUCIONAL**

3.1	PRIMER PÁRRAFO	-97
3.1.1	ACTO DE MOLESTIA	98
3.1.2	MANDATO ESCRITO	-99
3.1.3	AUTORIDAD COMPETENTE	-101
3.1.4	FUNDAMENACION Y MOTIVACION	108
3.2	SEGUNDO PARRAFO	110
3.2.1	ORDEN DE APREHENSION	112
3.2.2	REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD, DENUNCIA, ACUSACION Y QUERELLA	113
3.2.3	ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL TIPO PENAL Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD	119
3.3	TERCER PARRAFO	125
3.3.1	REFERENCIA TEMPORAL	126
3.4	CUARTO PÁRRAFO	127
3.4.1	DELITO FLAGRANTE	127
3.5	QUINTO PARRAFO	129
3.5.1	LOS CASOS URGENTES	-130
3.6	SEXTO PÁRRAFO	131
3.6.1	CONTROL JUDICIAL SOBRE LA LICITUD DE LA DETENCION	-131
3.7	SEPTIMO PARRAFO	132
3.7.1	RETENCIÓN ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA	-133

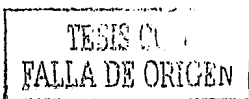
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO IV LA FLAGRANCIA Y LOS CASOS URGENTES, SUPUESTOS EN QUE PROCEDE LA DETENCION DE UN SUJETO SIN QUE MEDIE ORDEN JUDICIAL DE APREHENSION.

4.1	LA FLAGRANCIA	136
4.1.1	CONCEPTO	136
4.1.2	SIGNIFICACION JURIDICA	139
4.1.3	DELITO FLAGRANTE	142
4.1.4	TIPOS DE FLAGRANCIA	146
4.1.5	CARACTERIZACION DE LA FLAGRANCIA	150
4.1.6	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y EN LA LEY ADJETIVA	151
4.2	LOS CASOS URGENTES	160
4.2.1	CONCEPTO	160
4.2.2	SIGNIFICACION JURIDICA	162
4.2.3	CARACTERIZACION DE LOS CASOS URGENTES	172
4.2.4	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y EN LA LEY ADJETIVA	176
4.2.5	TERMINO EN QUE EL MINISTERIO PUBLICO PUEDE DETENER A UNA PERSONA EN CASO DE FLAGRANCIA Y URGENCIA	178

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA



INTRODUCCIÓN

Después de la vida, la libertad personal es uno de los bienes más preciados del ser humano. Esto explica el por qué todos los sistemas se esfuerzan por rodearla de toda serie de garantías fundamentales encaminadas a su protección.

Por ello y porque en la vida cotidiana la gente habla de su preocupación por la arbitraria manera en que sus conciudadanos son detenidos aún cuando hayan participado o no en la comisión de algún ilícito, ha sido la razón del presente trabajo.

De esta manera, queremos dejar conciencia en el ciudadano común y corriente, que ejercite todos los derechos que nuestra Carta Magna le consagra, a fin de acabar con el abuso de cualquier persona que intente privarle de este bien supremo.

El trabajo que aquí expongo se centra fundamentalmente en los casos en que una persona puede ser detenida sin que medie orden de autoridad judicial competente. A este respecto, nuestras leyes que protegen la libertad ambulatoria han tenido a partir de 1993 profundas innovaciones que desde hace varios años se reclamaban a fin de evitar detenciones ilegales y que son tomadas en cuenta en el presente trabajo. Por esta razón este trabajo se ha dividido en cuatro capítulos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

II

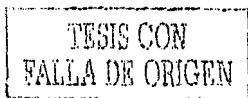
El primero versa sobre la referencia histórica tendiente a la protección de la libertad personal en Grecia, Roma, Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, España y México, en el cual como es obvio profundizamos más.

El segundo capítulo, lo hemos denominado "Garantía de la Libertad Personal", el cual para entenderlo se ha subdividido en varios puntos para saber en principio que es la libertad en términos generales; qué se entiende por el concepto para llegar al estudio de la libertad personal, misma que estudiaremos como garantía individual y sus formas de privación como pena y como medida cautelar.

En el tercer capítulo, a grandes rasgos haremos un análisis del artículo 16 Constitucional desde el párrafo primero al párrafo séptimo.

Con todo lo anterior al llegar al cuarto capítulo, nos daremos cuenta que los únicos supuestos para detener a una persona sin que medie orden de autoridad judicial competente son los casos de delito flagrante y los ahora denominados Casos Urgentes.

De esta manera, al analizar dichos supuestos y al referirnos a la flagrancia comenzamos por dar un concepto, seguido de su significación jurídica, esto último entendido como lo que ha sido en su devenir histórico y en la actualidad, para pasar posteriormente al estudio del delito flagrante, a los tipos de flagrancia, la



III

caracterización que esta figura tiene y así concluir en su fundamento constitucional y en la ley adjetiva.

Por lo que hace a los ahora denominados Casos Urgentes de igual manera comenzaremos por examinar su concepto, para después entender su significación jurídica que a diferencia de los delitos flagrantes, sólo la estudiaremos contemporáneamente; de esta manera sabremos las características del llamado Caso Urgente, que constituye otra excepción a la regla general de que sólo por mandato judicial se puede detener a una persona y precisando además, que esta facultad es exclusiva de la Representación Social, motivo por el cual se estudiará su fundamento Constitucional y en la Ley Adjetiva.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO I

LA LIBERTAD PERSONAL

REFERENCIA HISTÓRICA

1.1 GRECIA

La historia de la detención preventiva se remonta a los tiempos en que los anales del derecho registraron alguna batalla, por insignificante que ésta haya sido, librada en defensa o conquista de la libertad de la persona.

Desde el punto de vista jurídico se identificaba a la persona con el cuerpo; la libertad era concebida esencialmente como la libertad personal. La justicia penal, aunque administrada de manera arbitraria por los éforos, quienes eran los encargados de que no se produjese la impunidad cuando el agraviado de un ilícito se abstenía de acusar, en todos los asuntos del orden penal fungían al mismo tiempo como acusadores y jueces, sin embargo, nunca se llegó a imponer pena de prisión, por considerar que afectaba uno de los bienes jurídicos, después de la vida, más apreciados del hombre; su libertad corporal.

A esto se debe la preferencia de sustituir la pena de prisión por penas pecuniarias. "La detención preventiva, no tuvo ninguna aplicación".¹

¹ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado. México 1981. UNAM. P. 118.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

PAGINACION DISCONTINUA

CAPÍTULO I

LA LIBERTAD PERSONAL

REFERENCIA HISTÓRICA

1.1 GRECIA

La historia de la detención preventiva se remonta a los tiempos en que los anales del derecho registraron alguna batalla, por insignificante que ésta haya sido, librada en defensa o conquista de la libertad de la persona.

Desde el punto de vista jurídico se identificaba a la persona con el cuerpo; la libertad era concebida esencialmente como la libertad personal. La justicia penal, aunque administrada de manera arbitraria por los éforos, quienes eran los encargados de que no se produjese la impunidad cuando el agraviado de un ilícito se abstenía de acusar, en todos los asuntos del orden penal fungían al mismo tiempo como acusadores y jueces, sin embargo, nunca se llegó a imponer pena de prisión, por considerar que afectaba uno de los bienes jurídicos, después de la vida, más apreciados del hombre; su libertad corporal.

A esto se debe la preferencia de sustituir la pena de prisión por penas pecuniarias. "La detención preventiva, no tuvo ninguna aplicación".¹

¹ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado. México 1981. UNAM. P. 118.



Sin embargo, a pesar de todo lo anterior, podemos decir que el pueblo griego, siempre se preocupó por el respeto irrestricto de la libertad personal, y por tal razón, su principal legado, fue que tal derecho fuera tomado muy en cuenta por los pueblos que le precedieron.

1.2 ROMA

Los mejores ordenamientos jurídicos han tenido su base en el derecho romano, estructuraron una normatividad que se dirige a la justicia, la equidad y el equilibrio de los derechos entre las personas.

El pensamiento romano es tan profundo en esta temática, que después de tantos siglos en que se sistematiza la estructura jurídica de los derechos interpersonales, todavía los juristas deben volver sus ojos al pasado, para sacar provecho y ejemplo de lo que elaboró al respecto un pueblo desaparecido.

El Estado romano, “jamás abandonó al individuo a su propia suerte, y nunca dejó de inquietarse por su dicha, su desgracia y su vida en el mundo jurídico”.²

En Roma, el ciudadano vivía en la más íntima comunicación con el Estado, quien no permanecía indiferente ante el bienestar del individuo, “el sistema de la libertad individual descansaba en la voluntad positiva del Estado, pero éste limitada

² VELA, Fernando. Abreviatura del Espíritu del Derecho Romano de R. Von Ihering. Segunda edición. Madrid 1962, Rev. De Occidente. P. 39.

su intervención a lo estrictamente necesario, sin exceder su intervención más lejos de lo que su misión le imponía”.³

En los primeros tiempos del Derecho Romano; durante el período monárquico, que va del siglo VIII, hasta el siglo V (A. C.), así como en los primeros años de la República, cuando el derecho se hallaba aún sometido a imperativos religiosos, los jueces penales y los magistrados, podían imponer la prisión preventiva, como medio de coerción.

Recordemos que originalmente, la *coertio* era el único instrumento de persecución de los delitos, llegando a constituir un poder arbitrario e ilimitado, sin embargo, el abuso y los excesos a que su empleo dio lugar, condujeron a la expedición de disposiciones, tales como las *Leges Porciae*, a mediados del siglo VI, tendientes a reprimir tales prácticas abusivas.

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

³ ídem.

su intervención a lo estrictamente necesario, sin exceder su intervención más lejos de lo que su misión le imponía".³

En los primeros tiempos del Derecho Romano; durante el período monárquico, que va del siglo VIII, hasta el siglo V (A. C.), así como en los primeros años de la República, cuando el derecho se hallaba aún sometido a imperativos religiosos, los jueces penales y los magistrados, podían imponer la prisión preventiva, como medio de coerción.

Recordemos que originalmente, la *coertio* era el único instrumento de persecución de los delitos, llegando a constituir un poder arbitrario e ilimitado, sin embargo, el abuso y los excesos a que su empleo dio lugar, condujeron a la expedición de disposiciones, tales como las *Leges Porciae*, a mediados del siglo VI, tendientes a reprimir tales prácticas abusivas.

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

³ ídem.

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

Esta medida, sin embargo, “era de rigor en los casos de crímenes contra la seguridad del Estado, de flagrante delito o cuando mediaba confesión”⁴, por ello se ha dicho, que en la época antigua “no se vacilaba en asegurarse de su persona por medio de la prisión preventiva, aún cuando ofreciese pagar la caución necesaria”⁵.

En la época del Imperio, si bien la ley no prescribía la detención preventiva durante la instrucción del proceso, esta medida revistió las modalidades siguientes: *in carcelum*, reservada a los más graves crímenes, la cual debía cumplirse en una cárcel pública; *milite tradito*, que confiaba la custodia del inculcado a uno o varios militares, casi siempre ancianos, quienes se hacían responsables de aquél; y la *custodia libera*, la cual según vimos, ya utilizada en tiempos de la República, ponía al inculcado bajo la guarda de un particular.

La conveniencia, oportunidad y elección de la medida a aplicar, quedaba a la discreción del magistrado, quien, para decretarla, tomaba en cuenta la gravedad de la acusación, salvo en los casos de crímenes graves y de flagrante delito, no podría detenerse al inculcado, sino en virtud de una orden emanada de un magistrado superior o del defensor de la ciudad.

⁴ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. Op. cit. P. 10

⁵ R.VON, Ihering. El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Fases de su Desarrollo. Tr. Enrique Príncipe Satorres. Tomo II. Madrid 1878. P. 148

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

También en los últimos tiempos del Imperio, se protegía al inculpado contra detenciones ilegales, a través de la *Lex Favia de Plagiarus* y de la *Liberalis Causa*, ésta última, verdadera acción de recuperación de la libertad que el afectado podría hacer valer mediante un *assertor libertatis*.

Así mismo, se conocieron las protecciones jurídicas que pueden servir de antecedentes del artículo 16 de la Constitución Mexicana, las cuales van desde la protección contra la arbitrariedad de los funcionarios públicos, que estaban garantizadas de la manera más extensa por medio del “derecho de queja ante la asamblea del pueblo hasta la idea de la libertad religiosa abstracta, dado el carácter de su religión como religión del Estado”.⁶

También se conocieron las necesidades prácticas de plegar esas libertades a las circunstancias, “hasta el punto de que en caso necesario, la libertad podría ser

⁶ ROMÁN LUGO CORTÉS, María Delia. Los Artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 Constitucionales. Ensayo Interpretativo de su Relación con el Derecho Penal Positivo, Sustantivo y Procesal. México 1974. Editorial Jus. P. 45

momentáneamente suspendida”⁷, destacando las relaciones entre el pueblo y sus gobernantes.

La Magistratura impedía que la voluntad del pueblo pudiera quitarle nada, “era jurídicamente inamovible durante la época que duraban sus funciones, nadie podía impedirselas al adquirir el ejercicio de su cargo, tenía su sola voluntad por guía”,⁸ la del pueblo terminaba en el momento en que la magistratura era elegida y revivía en la nueva elección.

Esta forma de autoridad en la época antigua, pudo llevar a la dictadura y a la “arbitrariedad despojada de pudor que no retrocedió ante la violación abierta de las leyes”⁹. El surgimiento de un tipo de garantías no lograron reprimir el mal, los elementos decisivos para impedir los abusos, el espíritu de la época antigua, llamadas interdictos.

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

Estos interdictos “no eran una sentencia sino una orden condicional y administrativa, dirigida a un ciudadano, por el magistrado, a petición de otro ciudadano, a base de una investigación que no pasaba de ser rápida y superficial”.¹⁰

⁷ BRISEÑO SIERRA, Humberto. El Artículo 16 de la Constitución Mexicana. Edición Conmemorativa de la Constitución de 1917. México 1967. UNAM P. 18

⁸ Ídem.

⁹ R. VON, Ihering. Op. cit. P. 295

¹⁰ FLORIS MARGADANT, Guillermo S. El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea. Trigésima Tercera edición. México 1985. Editorial Estfinge. P. 184.

El fundamento de los interdictos, no era la *iusdictio*, ni tampoco la *iudicatio*, sino el *imperium* del magistrado.

El interdicto, por tanto, tenía esta forma general; "Si es verdad que... entonces te ordeno (o prohíbo) que hagas lo siguiente... ".¹¹ En caso de obediencia por parte de la persona que recibía en interdicto, ahí terminaba el asunto, pero en caso de desobediencia, se iniciaba un juicio para determinar si la hipótesis contenida en el interdicto correspondía o no a la realidad, en tal juicio, el actor alegaba la desobediencia no justificada del demandado y éste a su vez, podría alegar que su deber de obediencia era un deber condicionado, deber sólo existente en caso de correspondencia entre dicha hipótesis y la realidad, y que tal correspondencia no existía.

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

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

¹¹ *idem*.

Las respectivas órdenes podían mandar en forma condicional, entregar, exhibir o no hacer algo (respectivamente interdictos restitutorios, exhibitorios o prohibitorios); de ellos sólo se mencionará el más importante para nuestro estudio que es el *interdicto de homine liberto exhibendo*.

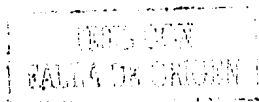
En el título XXIX del libro XLIII del Digesto, se establecía el interdicto de *homine libero exhibendo*, en los términos del cual, el pretor requería a aquél que tenía en su poder a un hombre libre, diciéndole *Quem liberum dolo malo retines, exhibeas* (exhibe al hombre libre que retienes con dolo malo) ¹².

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

El interdicto era el resultado de una instancia de parte y se daba contra quien dolosamente mantenía en su poder a un hombre libre y aún contra quien carece de dolo, si una vez cerciorado lo sigue reteniendo, pero lo importante radicaba en el hecho de que se trataba de una instancia popular, ya que en ella "encontramos admitida también la acción reiteradamente contra la misma persona si persevera en la ilegal detención de un hombre libre". ¹³

¹² ZAMORA PIERCE, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*. Quinta edición. México 1991. Editorial Porrúa, S. A. P. 3.

¹³ VITTORIO, Scialoja. *Procedimiento Civil Romano*. Tr. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires 1954. Editorial Eudeba. P. 480



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

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

Lo anterior no se debe confundir con el concepto moderno de garantía, puesto que estaba destinado única y exclusivamente a los hombres libres. No otorgaba su protección a todo individuo, a todo ser humano, como actualmente lo hacen las modernas garantías individuales.

1.3 INGLATERRA

El Derecho Inglés, se ha caracterizado por proteger la libertad personal de todos los hombres libres, prueba de ello lo fue la Magna Charta o Carta Magna, compilada en 1215 y definida como *fundamentum libertatis Angliae*.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

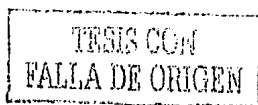
La Carta Magna, firmada por Juan sin Tierra, el 19 de Junio de 1215, que se considera como el origen de las libertades inglesas, no fue sino la confirmación de las leyes de San Eduardo y de la Carta otorgada por Enrique I, con algunas nuevas concesiones que los barones arrancaron al absolutismo del rey, en beneficio del pueblo, y que además fue impuesta por el clero y la nobleza inglesa.

Este documento ha sido de suma importancia, puesto que muestra un punto en la evolución del derecho a la seguridad en las detenciones ordinarias, a la vez que en ella se consolidan legalmente los derechos, atributos feudales, y la libertad de la iglesia; en su artículo 29 precisaba: "Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni puesto fuera de la Ley, ni exiliado, ni molestado de manera alguna; y no pondremos ni haremos poner mano sobre él, ano ser en virtud de un juicio legal de sus pares y según la Ley del país".¹⁴

Aunque esta declaración formal fue desconocida por reyes posteriores, en particular por los Estuardo, que a través de tribunales especiales como la Cámara Estrellada y el de Alta Comisión, efectuaron las privaciones de libertad de sus súbditos. La fuerza política de los señores originó un estatuto de carácter nacional que abrió el camino a mayores concesiones y de ahí su importancia en el posterior desarrollo de las libertades inglesas.

No está de más destacar que hay dos palabras en inglés para expresar lo que en español se llama libertad, siendo éstas la "*Liberty y Freedom*".

¹⁴ V. CASTRO, Juventino. Estudios Jurídicos en Honor de Raúl F. Cárdenas. Artículo "El Derecho Penal en la Constitución". México 1983. Editorial Porrúa, S. A. P. 116



Liberty, corresponde exactamente a *Libertas* del latín, como expresión de aquella concepción unitaria e integral elaborada por griegos y romanos, con carácter ético-metafísico y abstracto, de idea pura o de ideal humano, indeterminado e integral; por ello, se ha dicho que la libertad de los griegos y latinos significó más que todo, la idea muy simple de lo opuesto a la esclavitud y servidumbre.

Freedom, es de creación anglosajona, y constituye como dice Carlos Sánchez Viamonte, "el hecho más sensacional para la historia juridico-política de la humanidad"¹⁵, porque en esta creación aparece el hombre como ser humano, protegido frente a la autoridad.

Liberty, es un concepto abstracto de la libertad, y por eso se puede afirmar que en la época en que la humanidad funcionaba con esta idea de la libertad, tal posición era en realidad la mortaja de la libertad, en cambio, *freedom*, según Fernando Labardini Méndez es "la libertad histórica, concreta, práctica, institucionalizada, que se incorpora al derecho positivo como fruto logrado, mediante el esfuerzo del ser humano a través del tiempo y del espacio, progresivamente elaborado en el crisol de la lucha, el sufrimiento y la experiencia".¹⁶

Por eso, la libertad que hoy existe, el *Freedom* de los anglosajones, es el derecho del ser humano defendible, mediante procedimientos jurídicos ante la autoridad.

¹⁵ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa". Prol. Mario de la Cueva. Primera edición. México 1956. Editorial Porrúa, S. A. P. 5

¹⁶ LABARDINI MÉNDEZ, Fernando. Estudios Jurídicos en Honor de Raúl F. Cárdenas. Artículo "La Seguridad Jurídica". México 1983. Editorial Porrúa, S. A. P. 281.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

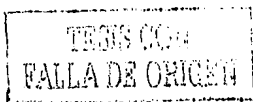
Pero si el mérito de la Carta Magna se encuentra en las cláusulas que protegen la libertad personal y la propiedad garantizada contra despojos injustos, el de la ley conocida como *Petition of right* o petición de derechos, le supera en cuanto nacida de la célebre causa de Darnel o causa de los cinco caballeros, quienes se negaron a contribuir en empréstito forzoso y fueron encarcelados por orden del Consejo Privado, cumpliendo instrucciones del monarca.

Esta medida provocó tal agitación, que Carlos I, fue obligado a dar su consentimiento a la petición de derechos, dado que los que fueron reducidos a prisión ocurrieron al *writh of habeas corpus*, en demanda de su libertad, resolviendo el Parlamento que dicho recurso, no puede ser negado, "sino que debe ser concedido a todo hombre que sea arrestado o detenido en prisión o de otra manera atacado en su libertad personal, por orden del Rey, de su Consejo Privado o de cualquier otra autoridad".¹⁷

Esta declaración, revistió después la forma solemne de ley; ley que es una de las fundamentales de Inglaterra y que se conoce con el nombre de *Petition of Right* (Petición de Derechos).

La Petición de Derechos, junto con la Declaración de Derechos de 1689, se consideran las leyes constitucionales inglesas más importantes de los tiempos modernos; si la "petición" fue sancionada por la Cámara de Comunes; la Declaración de Derechos (*Bill of Right*) lo fue por ambas Cámaras del Parlamento, con el carácter de convención, por la importancia de la ley y para rodearla de mayor solemnidad.

¹⁷ VALLARTA, Ignacio. El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus. Ensayo Crítico Comparativo sobre esos Recursos Constitucionales. México 1989. P. 28.



La Petición, mencionaba el artículo 29 de la Carta Magna; declaraba además que "varios de nuestros súbditos han sido encarcelados últimamente sin ningún motivo fundado y conocido" y acababa de exigir que "ningún hombre libre sea encarcelado o detenido en la forma que acabamos de mencionar"¹⁸

Por otra parte, también en Inglaterra, debemos destacar que los principios del *habeas corpus* parecen estar contenidos en la Carta Magna, la *Petition of Right* y el *Bill of Right* de 1689, consideradas como la Biblia de la Constitución Inglesa.

Desde el año 1215, en que se firmó la Carta Magna, hasta el año 1679, rigió el principio de la libertad individual para todos los súbditos ingleses, pero la experiencia demostró, según afirma Carlos Sánchez Viamonte, que "no bastaba la proclamación del principio, fácilmente burlado por los que disponían de la fuerza como supremo argumento. A eso se debió la ley del *Habeas Corpus*, dictada en 1679, con el propósito de garantizar la efectividad de aquél principio, teóricamente proclamado con anterioridad de cuatro siglos y medio".¹⁹

Esta ley fue posteriormente ampliada en 1816, pero su finalidad esencial, fue la de garantizar una de las libertades o derechos individuales más importantes del hombre, después de la vida, que es la libertad corporal.

Aquí nos encontramos, ya a nuestro modo de ver, con uno de los instrumentos específicos, y además tradicionales, para la protección directa de los derechos fundamentales de la persona humana, al menos en el sector de la libertad física de

¹⁸ MAURICE W., Thomas. Derechos e Instituciones de la Gran Bretaña. Tr. Miguel García Santesmasses. México 1945. Editorial Minerva. P. 167.

¹⁹ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. El Habeas Corpus. Garantía de la Libertad. Segunda edición. Buenos Aires 1961. Editorial Perrot. P. 15

carácter individual, por lo tanto, con uno de los aspectos que forman parte de la protección constitucional de la libertad, en sentido estricto.

La ley que se intitula "Ley para asegurar mejor la libertad del súbdito y para prohibir las prisiones de Ultramar", destaca en su cláusula segunda, que todo ciudadano detenido, puede exigir comparecencia ante el Tribunal competente, para comprobar la legalidad de su detención, y esto consistía en que siempre que alguna persona o algunas personas, presentaran una orden de habeas corpus, dirigida a algún sheriff, carcelero, empleado o a otra persona cualquiera, concerniente a algún preso que éstos tengan bajo su custodia, que dicha orden sea notificada a alguno de dichos empleados, o dejada en la cárcel con alguno de los subalternos, tenían la obligación de presentar al preso ante el *Lord Chancellor* o el Lord Guardasellos de Inglaterra, que a la sazón lo fueron, o ante los jueces o barones de aquel tribunal que hubiere expedido la orden o ante cualquier otra persona, a quienes se deba acreditar el cumplimiento de dicha orden, según lo disponga ella, estableciendo además una serie de condiciones y términos para tal efecto.

Esta institución, es decir, el *Habeas Corpus*, nos dice el maestro Héctor Fix Zamudio, "es adaptada expresa o implícitamente en caso todos, por no decir la totalidad, de los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica".²⁰

México, pretendió adaptarse expresamente a esta institución británica, en la base 31ª de los Elementos Constitucionales redactados por Ignacio López Rayón, hacia el año 1811, de la siguiente manera: "cada uno se respetará en su casa como en un asilo

²⁰ FIX ZAMUDIO, Héctor. *Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos*. México 1958. Editorial Porrúa, S. A. Pp. 63 y 64.

sagrado, y se administrará con las ampliaciones y restricciones que ofrezcan las circunstancias de la célebre *Ley Habeas Corpus* de la Inglaterra".²¹

Sin embargo, en México no figura la garantía de la libertad personal, con el nombre original angloamericano de *habeas corpus*, debido a que se encuentra sumido dentro del juicio de amparo, que comprende también la protección de la libertad individual contra detenciones arbitrarias, y en consecuencia, debemos considerarla comprendida dentro de los artículos 103 y 104 de la Constitución Federal, que regulan el propio juicio de amparo.

La inclusión de la exhibición personal, o *habeas corpus*, dentro del amparo mexicano, la descubrimos con toda claridad, de lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley de Amparo, que señala reglas muy liberales para la interposición de este instrumento procesal, cuando funciona como medio protector de la libertad personal, estableciendo claramente que el juez del amparo debe dictar todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado, cuando estuviese impedido para solicitar personalmente la garantía, que puede pedir cualquier otra persona en su nombre.

Por todo ello, el maestro Fix Zamudio, a este sector del amparo lo ha calificado por sus similitudes con el *habeas corpus*, como "amparo-libertad".²²

Claro es, que existen variaciones de detalle, pues en algunas legislaciones, el *habeas corpus*, como ocurre con la tradicional Institución inglesa, procede no sólo

²¹ TENA RAMÍREZ, Felipe. *Leyes Constitucionales de México. 1808-1964*. Segunda edición. México 1964. Editorial Porrúa, S. A. P. 26

²² FIX ZAMUDIO, Héctor. Op. cit. P. 65.

contra detenciones indebidas provenientes de autoridades, "sino también realizadas por particulares".²³

Se ha dicho que a pesar de sus limitaciones, el *habeas corpus*, no ha permanecido ajeno a las transformaciones del Derecho Público, sobre todo, después del advenimiento del régimen republicano, al grado de que la doctrina norteamericana considera que "en suma, el *habeas corpus*" se ha convertido virtualmente en un juicio de amparo en materia penal, aunque en ese caso, no puede emplearse cuando hay disponible cualquier otro recurso adecuado tal como la apelación".²⁴

1.4 ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

La palabra libertad, encuentra un nuevo significado en los documentos norteamericanos, porque al decir de Carlos Sánchez Viamonte, "se trata ahora de la libertad integralmente considerada, cuyo sujeto y titular es el hombre, en calidad de hombre".²⁵

La raíz del derecho norteamericano, es indudablemente el anglosajón, del cual, el primero es reproducción moderna, adaptada a sus condiciones sociales, económicas y políticas.

²³ Ídem.

²⁴ BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El artículo 16 de la Constitución Mexicana*. P. 44.

²⁵ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *La Libertad y sus Problemas*. Quinta edición. Buenos Aires 1961. Editorial Perrot. P. 144

Los pobladores ingleses que a principios del Siglo XVII, se establecieron en parte del territorio correspondiente actualmente a los Estados Unidos de Norteamérica, trajeron consigo naturalmente el sistema inglés de derecho, y fue éste a su vez el origen primordial del derecho norteamericano actual.

El sistema que introdujeron los pobladores ingleses, fue el del *common law*, en su aspecto de derecho estricto; la *equity* o derecho equidad; y por último el derecho positivo de Inglaterra, formado por la legislación de dicho país, esto es, los estatutos o leyes expedidas por el Parlamento inglés, que estaban vigentes en la época en que se inició la fundación de las colonias inglesas en Norteamérica.

Este sistema de derecho inglés, trasladado por los colonizadores a los nuevos territorios ocupados por ellos, fue más tarde adoptado por los Estados Unidos de Norteamérica, al independizarse de Inglaterra y de ahí en adelante les sirvió como base y fundamento de su derecho interno.

Así, el *common law*, el derecho de equidad inglés, conjuntamente con varias leyes positivas de Inglaterra, vigentes durante el período colonial, y su interpretación por los tribunales ingleses, fueron adoptados, hasta donde las condiciones políticas, sociales y económicas lo admitían como base del derecho en cada uno de los Estados norteamericanos, excepto en Louisiana, Estado que no fue colonizado por ingleses, sino por franceses, donde se implantó el derecho civil francés, de origen romano, como base del derecho privado de esa entidad, pero en cuanto al régimen de derecho penal, el *common law*, sí es el fundamento del sistema jurídico de dicho Estado, organizado por la jurisprudencia de los tribunales ingleses primero, y después de la

Independencia, por los tribunales de la localidad y las leyes positivas expedidas por sus propios legisladores.

A diferencia de otros movimientos migratorios, el de los Estados Unidos se caracterizó por la homogeneidad social de los habitantes, ya que su reunión, en suelo norteamericano, presentó, desde el origen, el singular fenómeno de una sociedad en donde no se encontraban, por decirlo así, ni pobres ni ricos.

Muchas de las colonias, habían sido establecidas como compañías mercantiles y casi todas fueron gobernadas por cartas o estatutos de la Corona.

Cuando las colonias declararon su independencia de Inglaterra en 1776, una de las principales medidas tomadas por los Estados ya independientes, fue el reemplazar la carta colonial por una Constitución.

Estas Constituciones, a semejanza de las cartas, regularon la estructura general del gobierno, y el método de seleccionar a los principales funcionarios legislativos, ejecutivos y judiciales, hasta que las mismas vinieron a ser modelo uniforme, ofreciendo una declaración de derechos tendientes a proteger la libertad de las personas en su más amplio sentido.

Aunque las primeras Constituciones fueron adoptadas por las legislaturas, sin ninguno de los procedimientos especiales o ratificación popular, que hoy se consideran generalmente necesarios para introducir cambios en la ley fundamental, fueron consideradas por su naturaleza misma, la ley básica del Estado puesto que cualquier ley contraria a las cartas, había sido declarada nula por los tribunales, no es

de sorprender, que hubiera un fuerte apoyo para la opinión de que los tribunales debieran rehusar apoyo a cualquier ley que se adoptara en oposición a las sucesoras de las cartas, es decir, las constituciones de los Estados.

Por ello, es de percatarse que no fue de inmediato la aplicación del derecho inglés, puesto que se considera que fue hasta mediados del Siglo XVIII, cuando se consumó la Independencia, que se introdujo el régimen legal de Inglaterra.

En algunas entidades norteamericanas solamente se reconoció la vigencia de Leyes del Parlamento Inglés, hasta el año 1607, fecha histórica en que se estableció la primera colonia llamada Jamestown, en Virginia, por los pobladores ingleses; en otros Estados, hasta el 4 de julio de 1776, día en que las colonias declararon su independencia y en otros más, no se señaló fecha alguna de transición.

Sin embargo, gracias a una positiva soberanía popular que se manifestaba en las costumbres de los estadounidenses, y proclamada en sus leyes hasta sus últimas consecuencias, es como surge la Declaración de Derechos, hecha por los representantes de Virginia, reunidos en plena y libre convención, en la que se estableció un hecho importante, en cuanto a la libertad, puesto que en su artículo primero se dijo "que todos los hombres, son por naturaleza, igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden por ningún contrato, privar o despojar a su posteridad; especialmente el goce de la vida, y de la libertad, con los medios de adquirir y de poseer propiedad y perseguir y obtener la felicidad y seguridad".²⁶

²⁶ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *La Libertad y sus problemas*. P. 144.

La declaración llevó la libertad al campo de los derechos individuales, aunque la técnica empleada no es impecable, ya que en la primera parte, se hace de la libertad y la independencia, una condición humana, en tanto que en la segunda, se le concibe como uno de esos derechos inherentes al individuo, susceptibles de ser gozados, como los medios de alcanzar la patrimonialidad y la misma felicidad.

Entre las diez primeras enmiendas a la Constitución, adoptadas por el Primer Congreso, en 1789, y ratificadas el 15 de diciembre de 1791, la IV señalaba que “no se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, papeles y efectos contra registros y detenciones arbitrarias, y no se expedirán autos de clase alguna, a menos que hubiere causa probable, apoyada por juramento o afirmación que designe específicamente el lugar que haya de registrarse y las personas u objetos de los cuales haya que apoderarse”.²⁷

También se pone especial interés en los derechos que la persona tiene en el proceso penal, puesto que en la Enmienda V, se estableció el Gran Jurado como órgano de acusación, la garantía del *non bis in idem*, el derecho de no autocriminarse y el del debido proceso legal.

Por otra parte, la Enmienda VI, garantiza los derechos a un juicio rápido y público, por jurado, el derecho del acusado a que se le informe de la naturaleza y causa de la acusación, se le caree con los testigos que declaren en contra suya, se obligue a comparecer a los testigos que cite en su favor y a tener un abogado que lo defienda; en la Enmienda VIII, se dispone que no se exigirán al procesado, fianzas excesivas para otorgarle la libertad.

²⁷ SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. Las Instituciones Políticas en la Historia. Evolución de los Sistemas hasta la Revolución Democrática de nuestro tiempo. Buenos Aires 1958. Editorial Bibliográfica Argentina. P. 534.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Así mismo, en la Enmienda IX, se agrega “la enumeración de ciertos derechos que se hace en esa Constitución no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de otros derechos que pertenecen al pueblo”.²⁸

En Norteamérica, con la suma de las Constituciones escritas, se establece la estructura americana de gobierno, que contiene preceptos referentes a los derechos individuales, además de especificarse los órganos gubernamentales y la división de los poderes.

Todas estas Constituciones, no son idénticas en cuanto a la enumeración de los derechos protegidos, pero sustancialmente varían poco, sin embargo, lo que resulta verdaderamente importante, independientemente de la ausencia de uniformidad, es el hecho de que en todas esas Constituciones, se dé a las medidas protectoras de tales derechos, la mayor autoridad.

Así pues, los principales derechos civiles del individuo, aparecen enumerados en esas cartas fundamentales bajo el rubro de “Declaración de Derechos” (*Bill of Right*).

Los derechos más importantes, aunque no todos en el campo del derecho penal, se encuentran en las diez primeras Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, adoptadas en bloque en 1791, otros derechos civiles fueron añadidos mediante sucesivas Enmiendas, especialmente adoptadas al finalizar la guerra civil de 1861-1865.

²⁸ Idem.

Mediante este estado de derecho, el Congreso no puede emitir leyes que restrinjan, principalmente, la libertad de palabra o de prensa (Enmienda Primera), prohibición que la Suprema Corte Norteamericana, ha ido extendiendo a otras disposiciones de la Declaración de Derechos, que se consideran inherentes a ellos, y por lo que toca a la libertad personal, es un tema que no pasa por ello desapercibida, tan es así, que la Enmienda IV, hace referencia al derecho del pueblo, a la seguridad de sus personas, domicilios, papeles y efectos contra registros y detenciones arbitrarias.

1.5 FRANCIA

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

Este conjunto había originado el Derecho Cartulario, "compuesto por franquicias, cartas pueblas, privilegios, mercedes, inmunidades, salvoconductos, todos los cuales consignaron un régimen a favor de la libertad, por lo menos como límite a la autoridad del gobierno".²⁹

²⁹ BRISEÑO SIERRA, Humberto. El artículo 16 de la Constitución Mexicana. P. 50

De esta manera, se delineó la garantía de la legalidad, conforme a ciertos compromisos de respeto a las normas jurídicas y en particular, referente a la administración de justicia.

Al consolidarse la monarquía, paulatinamente se entronizó al absolutismo, y para el Siglo XVIII, en Francia comenzó una gran transformación social, a la cual cooperaron las obras de Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Diderot y D'Alambert; pero sin lugar a dudas, son las doctrinas de Montesquieu y Rousseau, las que más destacan en esa transformación social.

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

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

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

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

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

Desde la sesión del 18 de agosto, Mirabeau propuso que la Asamblea resolviese que la Declaración de Derechos era parte integrante de la Constitución y debería formar su primer capítulo, y en la sesión del día 27 del mismo mes, quedó aprobada la Declaración con sus diecisiete artículos que expresan “los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”³⁰, comenzando por establecer en su artículo 1º, “los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos, las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común”.³¹

La Constitución de 1791, a la cual se integró la anterior Declaración, precisaba además los mandamientos de detención (artículo 10); la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, la cual nunca entró en vigor, a más de reproducir en idénticos términos, en su artículo 10, la regla establecida por el artículo 7 de la

³⁰ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. Vigésima edición. Buenos Aires 1989. Editorial Heliasta. P. 29.

³¹ ídem.

Declaración de 1789, de que “ningún hombre libre puede ser acusado, arrestado, ni detenido sino en los casos determinados por la ley y según las formalidades que ella prescribe. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o apresado en virtud de la ley debe obedecer al instante. Se hace culpable si resiste”³²; reconocía además el derecho a repeler, incluso por la fuerza, toda detención fuera de los casos y sin las formas previstas por la ley. (artículo 11)

La Constitución del año III, estipulaba que los mandamientos de detención, debían expresar los motivos de ésta y la ley en la cual se fundaban; tales menciones debían figurar también en la copia destinada al interesado. (artículo 223)

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

Así mismo, las castas de 1814 y 1830, mantuvieron intacta la regla esencial formulada por el artículo 7 de la Declaración de 1789.

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

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

³² BRISEÑO SIERRA, Humberto. El artículo 16 de la Constitución Mexicana. P. 54.

De lo anterior, podemos concluir que algunas de estas Constituciones prohibían expresamente todo rigor innecesario en la detención de una persona, entre ellos citamos, el artículo 9 de la Declaración de 1789; el 13 de la Declaración de 1793; el 232 de la Constitución del año III; el 82 de la Constitución del año VIII; y el 9 del Proyecto de Declaración de 1946.

Otras organizaron un cierto control de legalidad en la detención, verbigracia, la Constitución de 1791, artículo 11; la Constitución del año III artículos 224 y 225; en los textos posteriores, excepción hecha del proyecto de Declaración de 1946, artículo 9, no se encontraron reglas al respecto, dado que la tarea de fijar las garantías correspondientes fue confiada a las leyes penales ordinarias.

En cuanto al deseo de limitar la duración de la detención preventiva, también hubo algunas manifestaciones, aún cuando más bien timidas, en algunos textos fundamentales: Constitución de 1791, artículo 12; Constitución del año III, artículo 226; Proyecto de Constitución de 1793, artículo 6; el senado consulto del 16 thermidor año X, artículo 55; y del 28 floreal año XII, artículo 4, permitían a las personas detenidas, cuyo proceso no se iniciara, diez días después de su detención, recurrir a la Comisión Senatorial de la Libertad Individual, a fin de obtener su puesta en libertad; aquí también con expresión del proyecto de Declaración de 1946, artículo 9 párrafo segundo; las Constituciones posteriores nada dispusieron respecto a la duración de la detención preventiva, ya que confiaron su reglamentación a las leyes ordinarias.

1.6 ESPAÑA

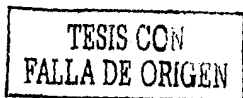
En el antiguo derecho español, con su enorme herencia romana, la detención tuvo escasa importancia como medio procesal, ya que las Partidas (partida 7ª título 29, leyes 1ª, 2ª y 4ª), señalaban que la detención preventiva, debía solo aplicarse a los acusados de delitos graves, sin que, para que pudiesen continuar en libertad, se les aceptasen fiadores, por temor a su fuga u ocultamiento.

Sin embargo, la detención no se imponía como castigo de los delitos, sino para guardar a los imputados hasta que fuesen juzgados; "cualquier persona podía detener sin mandamiento judicial a los autores de ciertos delitos, pero se castigaba al que aprehendiese a una persona sin derecho o la mantuviera presa por más de veinte horas, considerándose el autor de dicha detención como responsable de plagio".³³

Durante el Reino de Aragón, se protegió la libertad individual, mediante normas que se inspiraron en el interdicto romano de *homine libero exhibendo*, y que constituyen antecedente de nuestro juicio de amparo.

El "privilegio general", otorgado por el rey D. Pedro III y elevado a la categoría de Fuero en 1348, ha sido y con razón, comparado con la Carta Magna Inglesa; en él se consignó el respeto a las garantías individuales y después, en posteriores leyes, esa institución se fue perfeccionando, hasta el extremo de superar en ese punto a la misma constitución inglesa.

³³ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. Op. cit. P. 20.



En esas leyes, se estableció el famoso proceso foral, llamado de la manifestación de las personas, "por el cual, si alguno había sido preso sin hallarle en flagrante delito, o sin instancia de parte legítima, o contra ley o fuero, o si a los tres días de prisión no se le comunicaba la demanda, por más que pesase sobre él acusación o sentencia capital, debía ser puesto en libertad por espacio de veinticuatro horas, en virtud de lo que se llamaba vía privilegiada".³⁴

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

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

Posteriormente en 1527, el Fuero de Vizcaya protegió la libertad mediante su ley 26, título XI, que dice: "que ningún prestamero ni merino, ni ejecutor alguno sea osado de aprehender a persona alguna sin mandamiento de juez competente, salvo el caso de infragante delito. Si así sucediera y el juez competente ordenara la libertad, se le suelte, cualquiera que sea la causa, o deuda porque está preso."³⁵

³⁴ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. P. 4.

³⁵ Idem.

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

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

La primera, requería un auto motivado en caso de confirmación de la detención; la segunda fijaba un término de setenta y dos horas para decidir, sea la puesta en libertad del detenido, sea la confirmación de su detención; plazo dentro del cual debía notificarse al interesado la decisión respectiva. También ésta última señalaba, que toda persona detenida sin las formalidades legales o fuera de los casos previstos en la Constitución y en las leyes, debería ser puesta en libertad a petición suya o de cualquier otra persona, dejando a la ley el cuidado de determinar el procedimiento sumario correspondiente.

1.7 MÉXICO

En el derecho prehispánico, sobre el cual la información en muchos aspectos es incompleta y oscura, se recluía en la cárcel a los inculpados, como se sometía a prisión a los condenados a muerte y a los prisioneros de guerra, "si bien la prisión nunca se imponía como castigo."³⁶

Entre los aztecas, había tres tipos de prisiones de miserable condición, las cuales se llamaban; *quauhcalle*, destinada a los presuntos responsables de delitos graves; *pettalcalli*, reservada a los inculpados de infracciones leves; y *tiipiloyan*, donde eran recluidos los acusados por deudas.

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

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

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

³⁶ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. Op. cit. P. 25

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

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

Apenas iniciada la conquista "hubieron de bosquejarse las primeras instituciones de justicia española en nuestro país, debido a circunstancias especiales" ³⁷, anteponiéndose la legislación castellana sobre los nativos, sin embargo, la conquista no condujo a una combinación de órdenes jurídicas, ni siquiera a una mezcla legislativa; el español, fascinado ante la fortuna al alcance de su mano y alejado de su autoridad peninsular, deformó sus controles, frustrando los intentos legales de protección a los nativos, e impidió definitivamente la igualdad social a través de castas y jerarquías.

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

³⁷ DEL TORO, Alfonso. *Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Tomo I, México 1934. P. 60.

Lo anterior, debido a que durante el período Colonial español, al decir de Fray Gerónimo de Mendieta, la cárcel estaba reservada a los delincuentes sentenciados a pena de muerte; para los demás detenidos era innecesario, ya que tal época huir y no parecer, era imposible debajo del suelo, es decir, era absolutamente importante sustraerse a la acción de la justicia".³⁸

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

Considerando el Bando proclamado por dicho caudillo, el remedio en lo más urgente, para cumplir los fines por los cuales la Nación Americana había tomado las armas, puesto que el pueblo decidió cambiar tales injusticias, a través de un movimiento armado, se dijo que "todos los dueños de esclavos deberán darles la libertad dentro del término de diez días, so pena de muerte, la que se aplicará por la trasgresión de este artículo".³⁹

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

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

³⁸ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. Op. cit. P. 26.

³⁹ TENA RAMÍREZ, Felipe. Op. cit. P. 22.

1.- Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, la cual protegía la libertad ambulatoria, en los artículos 287 y 292, estableciendo el primero de los preceptos mencionados que "ningún español podrá ser preso sin que proceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal y así mismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión".⁴⁰

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

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

Es de observarse además, que para proceder a la "prisión" de cualquier "español", previa siempre la información sumaria del hecho, no necesitaba que ésta produjera prueba plena o semiplena del delito, ni de quién fuera el verdadero delincuente; por el contrario, sólo se requería que por cualquier medio resultara dicha información, primero el haber acaecido un hecho que mereciera, según la ley, ser castigado con penal corporal, y segundo, el cual era implícito, que resultara igualmente algún motivo o indicio suficiente según la ley, para creer que tal o cual persona había cometido aquél hecho.

⁴⁰ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. P. 5

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

Por otro lado, el artículo 292, hizo referencia al delito, cometido en flagrancia, al señalar que “in fraganti todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez; presentado o puesto en custodia, se procederá en todo como se previene en los dos artículos precedentes”.⁴¹

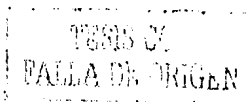
Del precepto mencionado, nos percatamos que por desgracia la práctica no ha correspondido a tan brillantes teorías, y que el mexicano antes y después de esta Constitución, fue reducido impunemente a prisión, sin previa información sumaria, sin orden por escrito de la autoridad competente y sin notificación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

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

2.- Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionada en Apatzingan el 22 de octubre de 1814, en el que de igual manera, se contempló la protección de la libertad en sus artículos 21, 22, 28, 30 y 166; diciendo en el primero de éstos que “solo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido un ciudadano”.⁴²

⁴¹ Ídem.

⁴² ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. La Prisión Preventiva: Doctrina y Constitución Mexicana. Artículo de la Obra Jurídica Mexicana. Tomo IV. P. G. R. México 1987. P. 3305.



A su vez, el artículo 22 hizo énfasis en que “debe reprimir la ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar a las personas de los acusados”.⁴³

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

En el artículo 28 de este Decreto, se dijo que “son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de ley”⁴⁴, volviéndose a destacar el principio de legalidad que había sido establecido en la Constitución de los Estados Unidos y en la Declaración Francesa de 1789, poniendo de esta manera un límite al acto frecuentemente tirano que atentara contra el ciudadano.

En el campo del derecho penal, esto se tradujo en la idea de que se necesita sujetarse estrictamente a la observancia de ciertos requisitos legales, para que un procedimiento sea considerado legal, pues de lo contrario será ilegal cuando no cumpla con aquellos requisitos que señale la ley, atentando de esta manera todo tipo de garantía, como lo puede ser la de la libertad personal, y como en el derecho natural, de defensa entre el poder resistir contra cualquier atentado, lógico y legal es inferir que en tal caso, la resistencia no era punible.

Por otro lado, el artículo 30 estableció que “todo ciudadano se reputa inocente mientras no se declare culpable”⁴⁵, siendo dicho principio tomado de la Declaración Francesa a que ya hemos hecho mención.

⁴³ ídem.

⁴⁴ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. P. 5.

⁴⁵ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Op. cit. P. 3306

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

Es importante destacar que el principio de presunción de inocencia, no vuelve a señalarse en ningún otro texto constitucional y que lamentablemente no se ha vuelto a legislar más que en ordenamientos secundarios; verbigracia, el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, al señalar que “en caso de duda debe absolverse. No podrá condenarse a un acusado sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa”.

Por último, el artículo 166 de este Decreto, señaló “no podrá el Supremo Gobierno: Arrestar a ningún ciudadano en ningún caso más de cuarenta y ocho horas, dentro de cuyo término deberá remitir al detenido al tribunal competente con lo que se hubiere actuado”.⁴⁶

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

⁴⁶ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. P. 5.

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

Artículo 11.- “La libertad personal es igualmente respetada. Nadie puede ser preso ni arrestado, sino conforme a lo establecido por la ley anterior, o en los casos señalados por este reglamento”.⁴⁷

Este precepto, volvió a reafirmar el principio de legalidad, que implica en materia penal, la prohibición de la ley *expost facto*, es decir, que una ley posterior pone una conducta anterior, marcando de esta manera junto con los siguientes artículos, la prohibición de arrestos y prisiones fuera de los casos establecidos en la ley o reglamento.

En el artículo 72 se estableció “ningún mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto o el quejoso se obligue a probarlo dentro de seis días, y en su defecto a satisfacer al arrestado los atrasos y perjuicios que se le sigan de aquella providencia”.⁴⁸

Por otra parte el artículo 73 mencionó “en caso de denuncia, que el que la diere no se ofrezca a probar, el juez pensando atentamente las circunstancias de aquél y del denunciado, la gravedad y trascendencia del delito, y el fundamento de la denuncia, formará proceso instructivo. Si de éste resulta semiplena prueba o vehemente sospecha, procederá al arresto; así como si obrando de oficio teme fundadamente que se fugue el presunto reo antes de averiguar el hecho. *In fraganti*

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ ISLAS DE GONZÁLEZ MARICAL, Olga. Op. cit. P. 3306.

todo delincuente debe ser preso y todos pueden arrestarle conduciéndole a la presencia del juez".⁴⁹

Cabe hacer mención, por último, que el artículo 74 de este Reglamento, señaló de una manera muy especial que "nunca será arrestado el que de fiador en los casos en que la ley no prohíbe admitir fianza; y este recurso quedará expedito para cualquier estado del proceso en que conste no haber lugar a la imposición de pena corporal".⁵⁰

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

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

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

No está por demás señalar, que en cuanto al delito cometido en flagrancia, dicho Reglamento facultó a todas las personas a capturar al delincuente, con la obligación de conducirlo a la presencia del juez y con tal de que no se cometieran abusos, se

⁴⁹ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. P. 6.

⁵⁰ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Op. Cit. P. 3306.

impuso al quejoso el pago de “atrasos y perjuicios”, en caso de que aquél no probara el delito.

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

En el artículo 112, en su fracción II señaló una restricción de las facultades del Presidente de la República, al establecer que no podía privar “a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna; pero cuando lo exija el bien y la seguridad de la federación, podrá arrestar, debiendo poner las personas arrestadas, en el término de cuarenta y ocho horas, a disposición del tribunal o juez competente.”⁵¹

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

En cuanto al artículo 150 de esta Carta Magna, se estableció que “nadie podrá ser detenido sin que haya semiplena prueba, o indicio de que es delincuente”.⁵²

A éste respecto, nuestra legislación constitucional adelantó mucho en la corrección de la teoría, puesto que tuvo una forma más precisa, el requisito previo a

⁵¹ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. P. 6.

⁵² *Idem*.

la expedición de la orden de detención; sin embargo, en este artículo estuvo desacertado el legislador, porque si a su juicio bastaba cualquier indicio para justificar la expedición de la orden de detención, entonces fue inútil que prescribiera la necesidad de la prueba semiplena. Si por el contrario, era necesaria la prueba semiplena, entonces evidentemente no es un indicio cualquiera lo que llega a constituir una semiplena prueba.

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

La Ley Primera, manifestó al respecto lo siguiente: Artículo 2º , “son derechos del mexicano:

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

II. No poder ser detenido más de tres días por autoridad alguna, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos para su detención, a la autoridad judicial, ni por ésta más de diez días sin proveer auto motivado de prisión. Ambas autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos”.⁵³

⁵³ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Op. cit. P. 3307.

Es preciso decir, que la nueva legislación corrigió los defectos de vaguedad e indeterminación que bajo cierto aspecto tenía la antigua, pues declaró de una manera precisa, que la orden de prisión, no puede partir sino de autoridad judicial que tenga la calidad de competente. Declaró, como se observa, que esta orden debía ser dada por escrito y firmada por juez competente y todo esto supone que con todas las formalidades de una notificación judicial, debía hacerse saber a la persona contra quién se hubiera dictado, y también supone que debía asentarse lo que ésta contestara, sin perjuicio, por supuesto de ejecutarla.

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

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

Declaró, que la detención verificada por la autoridad política obligaba irremisiblemente a hacer formal entrega del detenido y de los datos que obraran contra él, a la autoridad Judicial correspondiente, a los tres días a más tardar.

Se dijo que la detención verificada por orden de la autoridad judicial, no podía durar más de diez días, además declaró que el auto motivado de prisión, debía dictarse cuando más tarde, a los diez días de verificada la detención, fuera de la orden dada al efecto, hubiera procedido de la judicial, o de la política; en consecuencia se penó generalmente toda infracción Constitucional.

La Ley Cuarta estableció en su artículo 18 que “no puede el Presidente de la República:

II. Privar a nadie de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna; pero cuando lo exijan el bien o la seguridad pública, podrá arrestar a los que le fueren sospechosos, debiendo ponerlos a disposición del tribunal o juez competente a los tres días a más tardar”.⁵⁴

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

Por su parte, la Ley Quinta señaló al respecto en sus diferentes artículos que:

“Artículo 41.- El mandamiento escrito y firmado del juez, que debe preceder a la prisión, según el párrafo 1, artículo 2º de la primera ley constitucional, se hará saber el acto al interesado; éste y todos deberán obedecer, cumplir y auxiliar estos mandamientos y cualquier resistencia o arbitrio, para embarazarlos o eludirlos, son delitos graves, que deberán castigarse según las circunstancias.

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

“Artículo 43.- Para proceder a la prisión se requiere:

⁵⁴ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. P. 7.

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

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

“Artículo 44.- Para proceder a la simple detención basta alguna presunción legal o sospecha fundada, que incline al juez contra persona y por delito determinado. Una ley fijará las penas necesarias para reprimir la arbitrariedad de los jueces en esta materia”.⁵⁵

“Artículo 46.- “Cuando en el progreso de la causa, y por sus constancias particulares apareciera que el reo no debe ser castigado con pena corporal, será puesto en libertad en los términos y con las circunstancias que determinará la ley”.⁵⁶

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

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Citados por ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Op. cit. P. 3308.

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

Artículo 9.- “Son derechos del mexicano:

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

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

III.- Que no pueda ser detenido más de tres días por ninguna autoridad política, sin ser entregado al fin de ellos con los datos que hayan dado margen al procedimiento, a la autoridad judicial, ni por ésta más de ocho días, sin proveer auto motivado de prisión”.⁵⁷

⁵⁷ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. P. 7

IV.- “Que no pueda ser declarado formalmente preso, sin que proceda información sumaria, de la cual resulte a lo menos semiplena prueba, de haber cometido algún delito.

V.- Que no pueda ser detenido, ni permanecer en prisión, dando fianza, siempre que por la calidad del delito, o por las constancias del proceso aparezca que no se le puede imponer, según la ley, pena corporal”.⁵⁸

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

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

VI.- Ninguno puede ser aprehendido, detenido, ni preso, sino por previo mandato o auto escrito de juez competente de su propio fuero; ni juzgado o

⁵⁸ Citados por ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Op. cit. P. 3308.

sentenciado por otro; ni custodiado fuera de la residencia del que debe juzgarlo, ni preso en otro edificio que el que le señalare su juez, conservándose en aquél a su absoluta disposición.

VII.- Ninguno será aprehendido, sino cuando contra él obren indicios por los cuales se presume ser el reo de un delito que se ha cometido; no será detenido más de tres días, a menos que subsistan las presunciones que dieron causa a su detención; ni más de ocho, sin que se prevea el auto motivado de su prisión”.⁵⁹

VIII.- “No puede declararse preso a un individuo sin que proceda una información sumaria por escrito, y sólo cuando de ella resulten nuevos indicios o se corroboren legalmente los anteriores; ni podrá conservársele en detención o prisión dando fianza, siempre que de la calidad del delito o de las constancias procesales, aparezca que no se le puede imponer pena corporal”.⁶⁰

IX.- “Las autoridades políticas pueden mandar aprehender a los sospechosos y detenerlos por veinticuatro horas; más al fin de ellas deben ponerlos a disposición de su propio juez con los datos para su detención. En cuanto a la imposición de las penas no pueden decretar otras que las pecuniarias o de reclusión, que en su caso establezcan las leyes”.⁶¹

El primer proyecto de Constitución de referencia, establece por primera vez, la necesidad para la aprehensión, de un mandato previo o auto escrito de juez competente (esto ya se requería para la detención y la prisión), también alude en

⁵⁹ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. P. 8.

⁶⁰ Citados por ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Op. cit. 3309.

⁶¹ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. P. 8.

forma destacada a la jurisdicción y fuero del Juez, así mismo, conserva los plazos de detención anteriores a la prisión preventiva.

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

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

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

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

VII.- El aprehendido no podrá ser detenido más de ocho días por la autoridad judicial sin proveer el auto de prisión, ni más de veinticuatro horas por la política, la cual lo entregará al fin de ellas a su juez con los datos que tuvieran".⁶²

⁶² ídem

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

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

Seguridad. XII.- Ninguno será aprehendido, sino por los agentes o personas que la ley establezca y en virtud de orden escrita del juez de su propio fuero, o de la autoridad política respectiva y cuando contra él obren indicios por los cuales se presume ser reo de un determinado delito que se ha cometido, y no podrá ser detenido más de ocho días por la autoridad judicial, sin proveer el auto de prisión, ni más de veinticuatro horas por la política, la cual lo entregará dentro de ellas a su juez con los datos que tuviere”.⁶³

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

⁶³ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. P. 9.

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

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

VII.- Ninguno será detenido más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero, ni éste lo tendrá en su poder más de cinco días sin declararlo bien preso. Si el mismo juez hubiere verificado la aprehensión o hubiere recibido al reo antes de cumplirse tres días de su detención, dentro de aquél término se dará el auto de bien preso, de modo que no resulte detenido más de ocho días. El simple lapso de estos términos hace arbitraria la detención, y responsable a la autoridad que le cometa, y a la superior que deje sin castigo este delito".⁶⁴

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

⁶⁴ Citados por ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Op. cit. P. 3312.

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

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

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

“Artículo 43.- La autoridad política deberá poner los detenidos a disposición del juez de la causa dentro de sesenta horas. Pasadas éstas, el juez podrá reclamar la entrega del detenido y de los datos que obren contra él, y si no los recibiera dentro de veinticuatro horas después de pedidos, dará la orden de libertad de aquél, la cual será obedecida por el encargado de la custodia del supuesto reo, sin oponer pretexto alguno, a no ser que antes haya recibido orden de dejar al reo a disposición del algún juez”.⁶⁵

⁶⁵ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. Pp. 9 y 10.

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

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

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

“Artículo 51.- El término de la detención, para los efectos que expresa el artículo 44 y excepción de lo prevenido en el 45, se comenzará a contar desde la hora en que el juez mismo haga la aprehensión del reo, o desde la en que lo reciba, si otra persona lo hiciere. El reo será declarado bien preso en la cárcel del lugar de la residencia del juez competente que conozca de la causa. Declarado bien preso podrá el juez, de oficio o a petición de la autoridad política, trasladarlo cuando la cárcel no sea segura, a la más inmediata que lo sea, quedando el preso sujeto, en todo caso, a las expresivas órdenes de su juez”.⁶⁶

⁶⁶ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Op. cit. Pp. 3312 y 3313.

El Estatuto Orgánico que se cita, siguió prescribiendo la orden escrita del juez, para la aprehensión de un individuo, cuando obren indicios o se presume que ha cometido un delito, excepción hecha al que se comete *in fraganti*.

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

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

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

12.- Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 16 de junio de 1856, el cual en su artículo 5º estableció que “todos los habitantes de la República, así en sus personas y familias, como en su domicilio, papeles y posesiones, están al cubierto de todo atropellamiento, examen o cateo, embargo o secuestro de cualquier persona o cosa, excepto en los casos prefijados por las leyes y con la indispensable condición de que se proceda racionalmente y de que la autoridad competente exprese en su mandato escrito la causa probable del procedimiento, sostenida por la afirmación, al menos de un

testigo, y señale y describa el lugar que debe ser registrado o la cosa o persona que fue secuestrada, en caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata".⁶⁷

Fue enfático en su artículo 27, al decir que "a todo procedimiento del orden criminal debe proceder querrela, o acusación de la parte ofendida, o instancia del Ministerio Público que sostenga los derechos de la sociedad".⁶⁸

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

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

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

⁶⁷ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. P. 10

⁶⁸ Idem.

En el caso de delito *in fraganti*, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata”.⁶⁹

En esta Constitución, como podemos observar, se siguen contemplado los requisitos de competencia, fundamentación y motivación que expresan el principio de legalidad que debe regir para todo acto de autoridad que implique molestia a los gobernados en su derechos.

Al mismo tiempo establece lo relativo a disposiciones con los delitos cometidos en flagrancia, señalando que toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

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

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

Artículo 61.- “Si la autoridad administrativa hiciese la aprehensión, deberá poner dentro del tercer día al presunto reo a disposición de la que deba juzgarle,

⁶⁹ Ídem.

acompañando los datos correspondientes; y si el juez encontrara mérito para declararlo bien preso, lo hará a más tardar dentro de cinco días; siendo caso de responsabilidad, la detención que pase de estos términos.

Pero si la aprehensión se hiciera por delitos contra el Estado, o que perturben el orden público, la autoridad administrativa podrá prolongar la detención hasta dar cuenta al Comisario Imperial o al Ministro de Gobernación, para que determine lo que convenga".⁷⁰

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

Solamente en casos urgentes podrá la autoridad administrativa decretar, bajo su más estrecha responsabilidad, la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial".⁷¹

⁷⁰ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. P. 11.

⁷¹ Ídem.

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

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

Fue en la sesión del 13 de enero de 1917, cuando la comisión presentó un tercer proyecto que fue aprobado por 147 votos, contra 12, y que se convirtió en el texto establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de febrero de 1917.

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

De esta manera, vemos que la Constitución en comento, recogió y ratificó algunas de las disposiciones establecidas por las Constituciones mencionadas con antelación, e introdujo otras a la vez, en donde observamos que la garantía consignada en la primera parte de este artículo, así como las que establece el artículo 14 de este mismo ordenamiento, son la base sobre la que descansa el procedimiento judicial protector de los derechos del hombre.

Es tajante la prohibición de ocasionar molestias a las personas, a sus familias, papeles o posesiones, si no es con una orden escrita, fundada y motivada en una

disposición legal y expedida por una autoridad que de acuerdo con una ley en vigor, tenga facultades expresas para realizar esos actos.

Por otro lado, la segunda parte del artículo 16 Constitucional menciona que solo la autoridad judicial puede librar orden de aprehensión o detención, siempre y cuando se reúnan los requisitos que el mismo establece, es decir:

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

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

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

- a) Que se trate de “casos urgentes”, en los que no sea posible realizar los trámites normales para que se dicte la orden por una autoridad judicial,

sin embargo, este requisito, como lo señala el maestro Ignacio Burgoa, "abre un ilimitado campo propicio al subjetivismo de las autoridades administrativas, incluyendo dentro de su tipo funcional y orgánico, al Ministerio Público, para atentar contra la libertad personal de los gobernados.

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

Si bien es cierto, que el legislador ordinario, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículo 268), estableció un criterio de la calificación de la "urgencia", pero también es verdad que éste no sólo eliminó el subjetivismo, sino que lo reafirmó al disponer que "existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente, cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se practica la detención no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existan serios temores de que el responsable se sustraiga a la acción de la justicia". Por tanto, es suficiente que cualquier autoridad administrativa abrigue esos temores en su insondable fuero interno, para que por sí y ante sí, estime que se trata de un caso "urgente" y proceda a detener a la persona que en su concepto sea la autora de un delito que se persiga de oficio...".⁷²

- b) Que sean delitos que se persigan de oficio;
- c) Que no haya en el lugar ninguna autoridad judicial; y,

⁷² BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Diccionario de Derecho Constitucional. Garantías y Amparo. Tercera edición. México 1992. Editorial Porrúa S. A. Pp. 73 y 74.

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

Sin embargo, como acertadamente señaló el maestro Burgoa al mencionar que "la obligación de poner "inmediatamente" al detenido a disposición de la autoridad judicial, es notoriamente impráctico, desajustando de la realidad y en esencia violable por los imperativos de la función persecutoria a cargo del Ministerio Público. Por ello el artículo 16 Constitucional atenta contra la libertad de sus gobernados, sujetando ésta al criterio de la autoridad administrativa, e imposibilita el debido y elevado ejercicio de las atribuciones de dicha institución social. Ambos defectos deben corregirse...".²³

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

Pero sin lugar a dudas, el artículo 16 Constitucional, sufrió importantes reformas en 1993, mismas que son de notable importancia, ya que corrigen acertadamente la terminología jurídica, y fortalece la garantía de seguridad jurídica, tendiente a proteger la libertad personal; reformas que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el 3 de septiembre de 1993.

²³ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Décima Octava edición. México 1984. Editorial Panía, S. A. P. 611.

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

Sin embargo, como acertadamente señaló el maestro Burgoa al mencionar que "la obligación de poner "inmediatamente" al detenido a disposición de la autoridad judicial, es notoriamente impráctico, desajustando de la realidad y en esencia violable por los imperativos de la función persecutoria a cargo del Ministerio Público. Por ello el artículo 16 Constitucional atenta contra la libertad de sus gobernados, sujetando ésta al criterio de la autoridad administrativa, e imposibilita el debido y elevado ejercicio de las atribuciones de dicha institución social. Ambos defectos deben corregirse...".⁷³

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

Pero sin lugar a dudas, el artículo 16 Constitucional, sufrió importantes reformas en 1993, mismas que son de notable importancia, ya que corrigen acertadamente la terminología jurídica, y fortalece la garantía de seguridad jurídica, tendiente a proteger la libertad personal; reformas que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el 3 de septiembre de 1993.

⁷³ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Décima Octava edición. México 1984. Editorial Porrúa, S. A. P. 613.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO II

GARANTÍA DE LA LIBERTAD PERSONAL

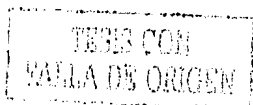
2.1 LA LIBERTAD

Es inútil decir que el derecho lleva implícita la libertad, porque siendo varias las conductas posibles en cada instante de la existencia humana, para que el sujeto opte por una, que entre todas ha sido la establecida normativamente; es necesario dejar la supuesta volición.

A lo largo de la historia del derecho se ha venido explicando que el hombre es libre y que como tal, puede ser obligado a conducirse de una manera y no de otra; sin embargo, al tratar de definir la libertad, los tratadistas se hunden en las profundidades de la filosofía, en particular de la metafísica, para llegar al punto que confiesan su impotencia para dar las demostraciones lógicas de su existencia.

Ahora bien, ni el más profundo filósofo, ni el genio más portentoso, son capaces de comprender todo lo que se encierra en esa sencilla palabra: "libertad".

Cabe señalar, que es común el desvío del pensamiento y que con frecuencia, hablando del ser de la libertad, se pasa a su explicación y se pierden las reflexiones en el valor del fenómeno, pero los hombres más cultos, los salvajes más degenerados, o aquellos cuya inteligencia es mínima, la comprenden sin dificultad, no muestran extrañeza si se les habla de ella, pues saben que al menos en su interior pueden decir si, y pueden decir no, pueden desear una cosa o la contraria.



Es indudable que cada pensador tiene criterio doctrinario, esto es, se afilia a una corriente disciplinaria especial, cuando se ocupa del tema de la libertad, trabaja sobre una plataforma ya consolidada, sin embargo, lo cierto es que en cada caso se invocan postulados aceptables, sólo para quienes pertenezcan a la corriente de que se trate.

Lo que importa en todo caso, es que a menos de creer simplemente, no hay tesis alguna que demuestre ni la existencia, ni la inexistencia de la libertad.

El error, si bien se mira, está en perseguir metafísicamente algo, que para el derecho es intrascendente, porque al fin de cuentas, sea cualquiera la opinión que se tenga de la libertad metafísica (esa que no se puede demostrar, sino a los más creer), lo que se ha pretendido buscar por los filósofos con el mismo nombre, es cabalmente la conducta no reglada imperativamente, surgiendo así la distinción entre el conducirse por la razón del imperativo y el conducirse ajeno al mismo.

La libertad por consiguiente, es ante todo, según Alberto Campero, "una facultad de que está dotado el hombre y le permite dirigir su propia actividad o sea, escoger entre dos o más caminos que en un momento dado pueda seguir".⁷⁴

Por consiguiente, su ejercicio requiere de la inteligencia, por medio de la cual, conoce un fin que resuelve aceptar o rechazar, y medios para alcanzarlo; que decide empelar o que rehúsa poner en práctica.

Entendiéndose así, que la libertad es la conducta no exigida. Por lo tanto, ahí donde aparezca una conducta que no responde a lo normado, se tendrá un simple ser contrastante con lo jurídico, pero no podrá decirse en sentido opuesto, que la conducta debida no es libre, puesto que la conducta jurídica sigue siendo

⁷⁴ CAMPERO, Alberto. Libertad y Derecho. México 1951. Editorial Jus P. 36.

jurídicamente libre, pero normativamente típica, esto es, existe voluntad de cumplir la norma, pero en último extremo, en caso de no hacerlo, acarreará una consecuencia de derecho.

La libertad no puede ejercitarse, sino dentro de los límites fijados por la misma naturaleza, verbigracia, la voluntad del hombre no puede sustraerlo a la acción de la gravedad, o de las leyes físicas, ni influir directamente en el funcionamiento de la mayor parte de sus órganos.

La inteligencia puede equivocarse en la estimación del fin que le presenta, y más aún, acerca de los medios adecuados para conseguir su realización, pero el hecho fundamental de esto, es que el hombre tiene ese don maravilloso que llamamos libertad.

Este hecho, indiscutiblemente sólo admite la explicación de que la libertad existe realmente en el hombre, por ello el hombre yerra al tener dicha facultad, sin embargo, es inadmisibles que la noción de libertad, no corresponda a la realidad, si no se acepta que la libertad existe, resultaría vacía de sentido, absurda y por decirlo así, contradictorias en sí mismas, palabras cuyo uso es enteramente común como son, entre otras muchas, las siguientes:

Finalidad, pues quien afirma de sí mismo o de otro que persiguen un fin necesariamente está reconociendo que podía no perseguirlo o abstenerse de emplear medios que conduzcan a su realización.

Bien y mal, en el sentido moral de estas palabras, pues quien dice que obra bien, está admitiendo por ese sólo hecho, que podría obrar de otra manera.

Si la justicia consiste en dar a cada quien lo que es suyo, es porque se puede cometer la injusticia de negarle lo que le corresponde.

Los ejemplos podrían multiplicarse, ya que aún en los idiomas más pobres, la palabra libertad es comprensible a todos, esto nos conduce a sostener que el derecho no puede crear la libertad, si por tal se entiende la voluntad no sometida a la norma; norma que para ser entendida ha de consistir en una situación pensada por el propio sujeto que le podrá imponer deberes o conferir derechos.

Es fácil comprender por tanto, que toda norma hallase necesariamente referida a seres libres, es decir, a entes capaces de optar entre la violación y la obediencia; con razón se ha escrito que si los destinatarios de un imperativo lo acatasen fatalmente, dejaría de ser regla de conducta, para transformarse en una ley de la naturaleza.

Todas las ramas de la normatividad jurídica, precisan regulaciones a la conducta (o prevenciones relacionadas con ella), que afectan la libre determinación y actuación de los seres humanos; para legitimar esa intromisión de las autoridades en la libertad de las personas, en su vivencia cotidiana, se reflexiona que sin limitación alguna, las libertades se enfrentarían, se colisionarían, y finalmente sobrevendría el caos en las relaciones ordenadas en las personas.

El principio de orden, sobre el que se basa toda sociedad, toda convivencia humana, implica necesariamente limitaciones a la actividad objetiva del sujeto; por ende, éste estará impedido como hemos dicho, a realizar cualquier acto que engendre conflictos de la vida social.

Ahora bien, todo hombre, por el solo hecho de serlo, tiene una finalidad que perseguir, que es inherente a su ser, y que no es otra cosa que la de obtener su

felicidad o bienestar, y en su determinación por alcanzarla se fija metas cuyo logro considera que la hará efectiva.

Por ello, los seres humanos por más diversos que parezcan sus caracteres y sus temperamentos, por más disímiles sus fines particulares, por más contrarias sus actividades, coinciden con ese punto fundamental: en una genérica aspiración de obtener su felicidad, que se traduce en términos abstractos en una situación permanente, con independencia de estado real, en que la persona se encuentre o de las circunstancias materiales, sociales o políticas que le rodeen.

Cada meta que el hombre se plantee, será diferente, pues la elección depende de su vocación o natural manera de ser, pero el incentivo de todos, en una búsqueda de satisfacción personal.

La persona al concebir sus fines vitales, en cuya obtención hace radicar su especial y propia felicidad, o bienestar el individuo así mismo crea o escoge los medios que estima idóneos para conseguir tal objetivo y en la selección de los medios, el hombre obra por sí mismo, pues nadie más conoce la indole de su propia felicidad.

Es a través de esta elección individual y exclusivista de fines y medios vitales, como filosóficamente se reputa a la persona humana en su carácter de auto-fin, por eso Kant decía que "el hombre es fin de sí mismo, no medio para fines ajenos".⁷⁵

Ahora bien, es en la elección de fines vitales y de medios para su realización, como se manifiesta relevantemente la libertad, ésta es en términos genéricos, la cualidad inseparable de la persona humana, consistente en la potestad que tiene de

⁷⁵Citado en el MANUAL DEL JUICIO DE AMPARO, Instituto de Especialización Judicial de la Suprema Corte de la Nación 1988. Editorial Themis. P. 5

concebir los fines y de escoger los medios respectivos que más le acomoden para el logro de su felicidad particular.

Francisco Ayala, citado por Jiménez Huerta, robustece lo señalado con anterioridad, diciendo que “la libertad se da en la vida humana, específicamente y de un modo esencial. La naturaleza funciona dentro de un sistema de leyes rigurosas, la vieja física habla de causa y efecto, del principio de causalidad, la nueva de relaciones de probabilidad pero para el caso es lo mismo. En la naturaleza no hay verdadera libertad”.⁷⁶

Sólo la libertad existe en el hombre, puesto que en el espacio de la naturaleza se da un sistema de leyes rígidas.

“El ser humano pertenece al reino de la naturaleza, también es una cierta especie animal y se encuentra impulsado por las mismas necesidades y guiado por los mismos instintos, pero por encima o junto a ese equipo biológico que el hombre tiene en común con todos los demás animales, hay en él algo diferente, hay en él la facultad de anteponer y representarse la conducta futura y ordenarla en una especie de escala jerarquizado de valores. Esta facultad es la que lo separa de los animales y lo que da ingreso en su conciencia al elemento libertad”.⁷⁷

Cualquiera de nosotros estamos, constantemente anticipando nuestro futuro, haciendo proyectos en él, con un alcance más o menos largo, pero limitado en el tiempo y por nuestras posibilidades, la libertad reside en la voluntad, que es por su naturaleza un deseo que la razón controla y que caracteriza al hombre y lo distingue de los demás animales.

⁷⁶ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo III. Tercera edición. México 1978. Editorial Porrúa, S. A. P. 115.

⁷⁷ Ídem.

Se dice, por ende, que cada persona es libre de proponer los fines que más le convengan para el desarrollo de su propia personalidad, así como para seleccionar los medios que estime más apropiados para su consecución, de ahí que nadie actúa consciente y deliberadamente para ser infeliz.

En la conducta inherente y trascendente de todo hombre, hay siempre un querer o volición hacia el logro de propósitos o fines que denoten su felicidad, aunque ésta no se logre y sólo quede en su deseo, de ahí que el ser humano tiene como causa determinante el deseo y como fin lo deseado.

El contenido de la mencionada situación subjetiva, depende de diversos factores de índole variado y de caracteres eminentemente personales, los cuales están predeterminados a su vez, por la acción que sobre el hombre ejerce el medio ambiente social en que se desenvuelve, por lo que éste es el que legitima el aludido estado de satisfacción cuando su *sustratum*, no pugna con las ideas morales, políticas y jurídicas socialmente sustentadas en una época y en un lugar históricamente dados.

La libertad, traducida en esa potestad o facultad propia de la persona humana de elegir fines y medios vitales, presenta dos aspectos fundamentales, establecidos en razón del ámbito donde aquélla se despliega.

En primer lugar, la elección de objetivos vitales, y de conductos para su realización, puede tener lugar inminente, es decir, sólo en el intelecto de la persona, sin trascendencia objetiva, en este caso, la potestad electiva no implica sino una libertad subjetiva o psicológica ajena al campo del derecho.

En segundo término, como el individuo no se conforma con concebir los fines y los medios respectivos para el logro de su bienestar vital, sino que procura darles objetividad, externándolos a la realidad, surge la libertad social.

Esta última, es la que interesa fundamentalmente al derecho ya que la otra, es decir, la subjetiva o psicológica, se relega al fuero íntimo del intelecto o de la conciencia, indiferente en sí misma, a la regulación jurídica.

Pues bien, ese actuar genérico de la persona, esa libertad abstracta del sujeto, se puede desplegar específicamente de diferentes maneras y en diversos ámbitos o terrenos, por ello cuando la actuación libre humana se ejerce en una determinada órbita bajo una forma particular, se tiene a la libertad, que el maestro Ignacio Burgoa llama "Libertad Específica".⁷⁸

Por consecuencia, la libertad específica, es una derivación de la libertad social genérica que se ejercita bajo ciertas formas y en una esfera determinada (libertad de expresión, de pensamiento, de trabajo, de comercio, de imprenta ambulatoria).

En otras palabras, las libertades específicas constituyen aspectos de la libertad genérica del individuo, o sea, modos o maneras especiales de actuar, por ello una de las condiciones *sine qua non* indispensables para que la persona humana realice sus propios fines, desarrollando su personalidad y tendiendo a lograr su felicidad, es precisamente la libertad.

En síntesis, como ya hemos dicho, la libertad social y objetiva del hombre, que es la que nos interesa, se revela como la potestad consistente en realizar trascendentalmente los fines que él mismo, se forja, por conducto de los medios idóneos que su arbitrio le sugiere, que es en lo que estriba su actuación externa, la cual sólo debe tener las restricciones que establezca la ley, en aras de un interés social o estatal o de un interés legítimo privado ajeno.

⁷⁸ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. P. 301.

La anterior concepción señalada por el maestro Burgoa, no tiene la pretensión de definir lo que es la libertad, sino que se ha contraído a exponer su implicación, tomando en cuenta la naturaleza teleológica de hombre y su carácter de ente social, por lo que sólo se estudiará en el presente capítulo una "libertad específica" del hombre, llamada libertad ambulatoria o libertad personal.

2.2 CONCEPTOS DE LIBERTAD

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin definir la libertad, como si se ha hecho doctrinariamente, comienza por establecer en varios artículos, preceptos relativos que tutelan las distintas libertades específicas que posee el hombre, y a enunciar en qué condiciones las mismas pueden ser afectadas, acorde a lo dispuesto por el artículo 1º que dice:

"En los Estados Unidos Mexicanos, todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sin en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

Ciertamente, aunque todos los preceptos relativos a la libertad, pudieran reunirse en un solo capítulo, siempre acontecerá que habrá tajantes diferencias entre unos y otros, no porque cambie la idea de libertad, sino porque su materia, que es el tipo de conducta implicada en la normación, variará necesariamente.

Por todo esto, es necesario acudir a la doctrina para saber qué se entiende por libertad, partiendo desde luego, por su significado etimológico.

Etimológicamente “la palabra libertad proviene del latín *libertas-atis*, que indica la condición del hombre no sujeto a esclavitud”.⁷⁹

Este mismo concepto primario de la libertad, lo da el Diccionario de la Lengua Española, cuando fija a aquélla en el “Estado o Condición del que no es esclavo”.⁸⁰

Es conveniente a este respecto decir, que si bien es cierto el Diccionario de la Lengua no es autoridad filosófica ni jurídica, su discutible autoridad nos puede ubicar certeramente en la raíz etimológica de la palabra que nos ocupa, independientemente de que en él, nos dé a conocer varias acepciones de la palabra libertad y que han sido reconocidas por la Real Academia Española.

Para el maestro Eduardo García Maynez, la libertad en las conversaciones diarias se entiende como, “la ausencia de trabas en relación con los movimientos posibles de una persona, un animal o un objeto”.⁸¹

Se dice de un animal o de un hombre que gozan de ella, cuando nada les impide materialmente el ejercicio de la actividad que le es propia, y en el mismo sentido se declara que ha quedado en libertad el gas que se desprende de una probeta, al producirse una reacción química y así por ejemplo, se consideran privados de la libertad, el pájaro o fiera enjaulados y al hombre recluido en una prisión o celda.

Por consiguiente, la acepción que se acaba de citar, es puramente mecánica, alude a una simple posibilidad de movimiento, frente a la que no hay obstáculos capaces de destruirla o limitarla; por esta razón, al referirse el escritor inglés Hobbes

⁷⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I-O. Décima Quinta edición. México 2001. Editorial Porrúa, S. A.

⁸⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Tomo II H-Z. Vigésima edición. Madrid 1984.

⁸¹ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Profr. Virgilio Domínguez. Trigésima Tercera edición. México 1984. Editorial Porrúa, S. A. P. 215

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

al concepto que analizamos, dice que en este sentido “no podríamos considerar privado de libertad al hombre imposibilitado para moverse (verbigracia, un parálítico), o la piedra tirada en medio del camino”.⁸²

No sólo en este sentido el maestro García Maynez nos dice que es lo que se entiende por dicha palabra, pues agrega “que el término se emplea igualmente para indicar la carencia de ocupaciones o la extinción de una pena, como cuando hablamos de la vida libre del vagabundo, o decimos que un semejante se ha liberado de una gran dolor”.⁸³

En este sentido, por libertad, debe entenderse como la exención de cargas u obligaciones y el relajamiento en la conducta del individuo.

Por último, no dice que “en el lenguaje corriente posee asimismo la palabra un significado moral, y en tal sentido se aplica a las personas que observan una conducta escandalosa o llevan una vida contraria a las exigencias del decoro”.⁸⁴

Entendida así la libertad, el vocablo es entonces sinónimo de libertinaje o indecencia, o dicho con las palabras del Diccionario de la Lengua Española es “la desenfrenada contravención a las leyes y buenas costumbres”.⁸⁵

Se habla también de régimen de libertad, dando este nombre a “aquél en que la autoridad impone pocas limitaciones a los individuos y reservando los derechos de dictadura, despotismo y tiranía para designar a los gobiernos que obran de modo contrario”.⁸⁶

⁸² GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Libertad como Derecho y como Poder. Definición Positiva y Ensayo de Justificación Filosófica del Derecho de Libertad. México 1941. Compañía General Editorial. P. 16.

⁸³ Idem.

⁸⁴ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. p. 216.

⁸⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Op. cit.

⁸⁶ CAMPERO, Alberto. Op. cit. P. 35

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sin embargo, de igual manera se entiende por libertad, la falta de traba o presión, que nos deje enteramente dueños de nuestros propios actos o como hemos señalado, la libertad (metafísica), que es la conducta no reglada imperativamente.

Asimismo Isidro Montiel y Duarte, nos dice que "la libertad en su sentido más general es la facultad de hacer o de no hacer todo aquello que en voluntad nos venga".⁸⁷

Joaquín Escriche la define como "la facultad que tiene el hombre de obrar o de no obrar en todo como crea convenirle".⁸⁸

Por lo anterior, se dice que toda ley le es contraria, porque toda ley la ataca y disminuye, todo ello conduce a sostener que el derecho no puede crear la libertad, si por tal se entiende la voluntad no sometida a la norma.

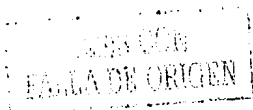
Pero la ley nos quita una parte de nuestra libertad, nos asegura la porción que nos queda, confiriéndonos entre otros derechos las garantías de seguridad jurídica. Ésta implica "el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *zummun* de sus derechos subjetivos".⁸⁹

La libertad en el terreno filosófico no es un derecho, sino una simple facultad de elección, aún cuando no corresponda la posibilidad práctica de la ejecución.

⁸⁷ MONTIEL Y DUARTE, Isidro. *Estudio sobre Garantías Individuales*. Tercera edición. México 1979. Editorial Porrúa, S. A. P. 104

⁸⁸ ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario Razonado de la Legislación y Jurisprudencia*. Tomo III. I-LL. Bogotá, Colombia 1987. Editorial Temis. P. 681.

⁸⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. P. 495.



El hombre tiene la libertad para hacer o para dejar de hacer, tanto lo bueno como lo malo, y cuando la posibilidad de hacer es inejecutable nuestra facultad psicológica, nos hace arbitrios en otra elección, buscando siempre llevar a cabo la teología humana, o sea, su felicidad.

Hemos hablado también, que existen muchas acepciones de la palabra libertad, en el campo filosófico, pero que debemos dejar claro que el vocablo, en resumen, se entiende, "como una propiedad de la voluntad, gracias a la cual ésta puede adherirse a uno de entre los distintos bienes que le propone la razón".⁹⁰

Resulta curioso saber que la palabra libertad tiene diversas acepciones y es poco probable que en el léxico científico y filosófico, e incluso en el cotidiano, haya muchas voces tan equivocadas como la palabra libertad.

Seguramente la diversidad de definiciones apuntadas se debe a que vocablos que en un principio tuvieron una acepción claramente definida, reciben, a través del tiempo, otras muy diversas, hasta que llega el día en que no se sabe cual fue el sentido originario.

El concepto a que se alude, es tan flexible, toda vez que tiene tantos matices, que ha podido aplicarse no sólo al individuo y su conducta, sino a los animales y a las cosas; unas veces en sentido físico, otras para expresar ideas morales o jurídicas.

Entre las acepciones jurídicas de la palabra en cita, podemos advertir que de esta voz proteica, no son menos numerosas en la terminología jurídica.

Si bien es cierto, la libertad es objeto de estudios profundos de diversas disciplinas, como la Filosofía (especialmente la ética), la Psicología, Sociología y

⁹⁰ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Op. cit.

Antropología, llega igualmente al Derecho y nos importa reflexionar sobre ella, sin pretender profundizar tanto como la Filosofía misma, ya que como ciencia que es el Derecho, parte de principios filosóficos que se dan por demostrados.

Por ello, es necesario distinguir a la libertad como atributo de la voluntad del hombre, de la libertad como derecho; la primera es generalmente concebida como poder o facultad natural de autodeterminación, en cambio la segunda no es poder, ni capacidad derivada de la naturaleza, sino del derecho o autorización.

Estar autorizado, significa tener derecho a realizar u omitir actos; los alemanes expresan esta idea con el verbo dürfen, sin equivalente en castellano.

Frecuentemente se afirma que desde el punto de vista jurídico se es libre de hacer o no hacer aquello que no está prohibido; no obstante el maestro García Maynez nos dice "que la anterior afirmación es incorrecta, ya que hay numerosas acciones no vedadas por el derecho, que sin embargo, no perteneces al sector libertad. Aludimos a los actos prescritos por la ley, es decir, a los que representan el cumplimiento de un deber jurídico. En relación con ello, no existe aquel derecho. El obligado a observar una conducta determinada no está facultado (normativamente hablando) para dejar de observarla, aún cuando de hecho, falte a su deber. La violación de la norma es entonces una manifestación del libre albedrío, pero no representa el ejercicio de la libertad jurídica".⁹¹

Nótese a este respecto que el citado maestro al decir esto hacer una crítica a la tesis del procesalista Hugo Rocco, quien en su libro "*Autorita della cosa giudicate e i suoi limiti soggettivi*" afirma que la libertad sólo puede definirse negativamente pues

⁹¹ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. P. 217.

tradicionalmente la libertad jurídica se había definido diciendo que “es la facultad de hacer o de omitir aquellos actos que no están ordenados ni prohibidos”.⁹²

Por eso, la libertad jurídica la define en forma positiva, ya que de lo contrario se indican sus límites, mas no su esencia, señalando que por ella se debe entender “la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio”.⁹³

La definición que antecede, es positiva y nos enseña además, que la libertad no se relaciona directamente con los derechos, sino con su ejercicio.

En todos los tiempos, numerosos autores han pretendido oponer a la libertad jurídica una supuesta libertad natural ajena a toda regulación, cuyos límites coincidirán con los de la fuerza de cada individuo, así el derecho de cada individuo se extiende hasta donde llega su poder; este concepto ha desempeñado importantísimo papel en la historia de las doctrinas filosófico-jurídicas, pero sin lugar a dudas, reviste gran importancia en la evolución de las teorías políticas; así pues, tenemos frente a la libertad jurídica normativamente limitada, a la libertad absoluta de la naturaleza.

De esa manera, aquélla parece como una deformación de la libertad verdadera; el derecho visto de esta forma, resulta que le es contraria, porque toda ley la ataca y disminuye como un grillete, y el Estado un mal; no es extraño que los defensores más decididos de esta supuesta libertad absoluta, sean los anarquistas.

⁹² ídem
⁹³ ídem.

La noción aludida, ha sido utilizada por los partidarios de la doctrina del Contrato Social; esta tesis, so pretexto de explicar el origen de la comunidad política, pretende referir la validez del orden jurídico a la voluntad de los particulares, ya que ven en el derecho el fruto de un contrato celebrado por ellos en uso de su autonomía.

Por todo lo anterior, se puede advertir que los romanos decían: "*libertas est potestas faciendi id quod licet*" (la libertad es la facultad de hacer lo que el Derecho permite); Justiniano al transcribir en el Digesto el concepto y las palabras similares de Florentino señalaba que: La libertad es la facultad natural de hacer cada uno lo que le plazca, salvo impedírsele la fuerza o el derecho.

Aún encadenada en algo la libertad, su valor es tan grande, que Gayo la consideraba como el mayor de los bienes. "*Libertad omnibus rebus favorabilior est*" (La libertad es la más preciada de las cosas); y tan elevado es su precio que, ratificando a su colega, Ulpiano exclamaba: "*Libertad pecunio lui non potest*" (La libertad no se puede pagar con dinero).

Sin embargo, quienes se han apartado del camino recto, han pretendido demostrar que aquel insigne jurista, no siempre estaba en lo cierto.

Paulo, a su vez expresaba: "*Libertad ad tempus dari non potest*" (La libertad no se puede conceder temporalmente); no obstante, en la realidad procesal, y como atenuación penitenciaria, se concede esa libertad a quienes reúnan los extremos señalados por el artículo 20 fracción I de nuestra Carta Magna, o se sitúen en los casos previstos por las leyes secundarias.

Las Partidas, inspiradas en el Digesto, caracterizaban la libertad cual “poderío que a todo hombre naturalmente de hacerlo que quisiere, sólo que por la fuerza o derecho de ley o de fuero se lo embarque”.⁹⁴

Por último, diremos que en la Declaración del Hombre y del Ciudadano, la libertad se consagra como derecho fundamental, en el artículo 2º y se define en el 40 en estos términos; “la facultad de hacer todo aquello que no perjudique a otros”.⁹⁵

2.3 LA LIBERTAD PERSONAL

Prescindiendo de todas las demás especies de libertad o libertades específicas, debemos responder a la interrogante que nos concierne, qué debe entenderse por libertad personal.

En principio, debe decretarse la posible inclusión de un elemento normativo, pues si bien es cierto, “persona” es un concepto de creación legal, aquí debemos entender por tal término, al concepto vulgar de individuo de la especie humana.

La sinonimia requiere una aclaración, individuo y persona no son vocablos idénticos, el primero conserva su sentido latino de indivisible, se trata de la unidad de la especie de objetos, animales o plantas, individualizar es un verbo que precisamente señala tan arcaico origen; aislar; persona en cambio tiene muy variados usos idiomáticos, pero sobre todo el individuo humano.

⁹⁴ CABANELLAS, Guillermo. Op. cit. P. 178.

⁹⁵ Ídem.

Persona, nos dice el maestro Fernando Flores García, “proviene del latín, está formada de “Per” (preposición de acusativo, en su acepción de aumento y de “sono”, sonar)”.⁹⁶

José Castán Tobeñas señala que la palabra persona “tiene su origen en las lenguas clásicas. El sustantivo latino persona, ae, se derivó del verbo persona (de per y sono, as are) que significa sonar mucho, resonar”.⁹⁷

Para Guillermo S. Floris Margadant, persona “viene del latín, donde entre otras cosas, significa “máscara”. Dicha etimología es interesante y demuestra que desde su origen, el concepto de persona ha sido algo artificial, una creación de la cultura y no de la naturaleza...”.⁹⁸

Pero como afirma Ferrara, citado por Eduardo García Maynez, “no obstante las investigaciones glosológicas hechas hasta ahora, la palabra es aún bastante oscura y la más probable es la derivación que de ella hacer Aulo Gelio de personare. Ciertamente entre los latinos el sentido originario de persona fue el de máscara, *larva histrionalis*, que era una careta que cubría la faz del actor cuanto recitaba en escena, con el fin de hacer su voz vibrante y sonora; y poco después la palabra pasó a significar el mismo autor enmascarado, el personaje; así en el frontispicio de las comedias de Plauto y Terencio se lee la lista de las Personae. También en el lenguaje teatral se usaban las expresiones *personae, gerere, agere, sustinere*, en el sentido de sostener en el drama las partes de alguno, de representar a alguno. Ahora bien, este lenguaje escénico se introdujo bien pronto en la vida. Y como del autor

⁹⁶ FLORES GARCÍA, Fernando. *Ensayos Jurídicos*. México 1989. Editorial UNAM. P. 39.

⁹⁷ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español. Común y Floral*. Tomo I. Madrid 1943. P. 135

⁹⁸ FLORIS MARGADANT, Guillermo S. *El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*. Trigésima edición. México 1985. Editorial Esfinge. P. 115.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que en el drama representaba la parte de alguno, también del que en la vida representaba alguna función, se decía: *gerit personam (principis, consulis, etc.)*.

Persona quiere decir aquí; posición, función, cualidad... "Por un ulterior desarrollo lingüístico pasó luego a denotar al hombre en cuanto reviste aquel status, aquella determinada cualidad, y así, se habla de persona *consulis*, de persona *sociis*", en vez de *socius*, etc. Pero en estas formas de coligación, persona va perdiendo gradualmente todo significado, y se reduce a un simple sufijo estilístico, un rudimento sin contenido; así se llega a ver en "persona" la indicación del género, cuyo genitivo apositivo formaba la especie, y en esta indicación genérica no podía ser otra que la del hombre. De este modo persona termina por indicar independientemente al individuo humano, y éste es el significado que se hace más común y persiste hasta hoy".⁹⁹

En conclusión a lo aludido podemos decir que hay una especie de individuos; los humanos a los que llamamos personas, nuestro Código Penal, en el Libro Segundo, Título Vigésimo Primero, ha legislado sobre la figura que analizamos en que denomina Privación de la Libertad y de otras garantías.

Así al hablar de la libertad que nos ocupa, se refiere al aspecto físico; es ilustrativo analizar las distintas opiniones que en la doctrina se sostuvieron, interpretando los alcances de esta libertad física.

Los juristas alemanes se encontraban divididos, mientras unos opinaban que la libertad personal se identificaba con la libertad de voluntad; otros consideraban que debía entenderse en el sentido de la libre ejecución de la propia voluntad.

⁹⁹ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Pp. 273 y 274.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Von Liszt, citado por Florián, sostuvo que "la libertad personal, es el interés del particular protegido jurídicamente en la ejecución no turbada de sus voluntad".¹⁰⁰

Entre los juristas italianos, fue predominando la concepción de considerarla como un derecho a la independencia de cualquier poder extraño sobre la persona; el Código Penal de 1889 siguió tal orientación como lo demuestra la opinión de Zanardelli, al sostener "que se trata de la protección de la libertad en todas sus manifestaciones".¹⁰¹

Florián afirma que "se trata de la libertad externa de actuar o mover el propio cuerpo en el espacio, según el propio deseo y que se opone a la libertad interna o psíquica, protegida por otras figuras delictuales (como la violencia privada y las amenazas)".¹⁰² Este criterio se mantiene aún en el Código italiano vigente.

Guillermo J. Ouviña, al hacer un estudio de este concepto "Dice el propio codificador, que la libertad individual es la libertad de querer y actuar en sentido genérico, entendida como la suma de las distintas libertades. En cambio la libertad personal es una especie de aquélla, relativa a la libertad de movimientos o de locomoción".¹⁰³

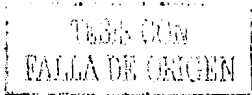
En nuestra doctrina, esta libertad personal se entiende como una libertad corporal, refiriéndose al aspecto físico, en suma, es la libertad física más general, es decir, libertad de movimientos o locomoción, a al que también se le ha llamado libertad ambulatoria.

¹⁰⁰ FLORIÁN, E. Tratado de Derecho Penal. Volumen II, Parte II, Millán. P. 311.

¹⁰¹ REVISTA "LA LEY", El Sujeto Pasivo en la Privación Provisional de la Libertad. Artículo de J. Ouviña Guillermo. Tomo 99. Julio-Septiembre. Buenos Aires 1960. P. 12

¹⁰² FLORIÁN, E. Op. cit. p. 309

¹⁰³ REVISTA "LA LEY". Op. cit. P. 2



Aludiendo específicamente a la libertad física del hombre, denominada como hemos dicho, libertad personal o ambulatoria, y que se traduce en la situación negativa de no estar impedido eternamente para movilizarse o desplazarse según sus deseos, o sea, de no estar cautiverio; nuestra Constitución la asegura a través de diferentes disposiciones que consignan distintas garantías de seguridad jurídica, para evitar tanto su afectación arbitraria por parte de los órganos del Estado, como su prolongada o indefinida restricción; de ahí que la ley fundamental del país, señale los casos en que la libertad personal puede afectarse, las autoridades que únicamente pueden realizar los actos de afectación y los plazos en que el sujeto puede permanecer detenido.

Esta libertad personal, como hemos dicho, puede ser restringida, en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento; así lo establece el artículo 16 de nuestra Carta Magna, y en la tesis jurisprudencial número 66, señala de cuantas maneras puede restringirse, indicando que puede limitarse por la aprehensión, la detención, la prisión preventiva y la pena. Todas estas limitaciones crean determinadas situaciones jurídicas, y cuando una de ellas cambia, cesan los efectos de la anterior porque cada una excluye a las otras.

Contra los actos que tienden a restringir la libertad personal, es procedente admitir la demanda de amparo, aún cuando no se haya hecho uso de los recursos ordinarios o el quejoso se hubiere desistido de los que hubiere intentado". Tomo XXII, Cárdenas López Francisco. Pág. 406".¹⁰⁴

¹⁰⁴ PALLARES, Eduardo. Diccionario Teórico y Práctico del Juicio de Amparo. Quinta edición. México 1982. Editorial Porrúa, S. A. P. 178

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.4 LIBERTAD PERSONAL COMO GARANTÍA INDIVIDUAL

La libertad personal, en los términos que hemos expuesto, es una condición *sine qua non*, imprescindible para el logro de la teología que cada individuo persigue; en estas circunstancias, la libertad personal se revela como una potestad inseparable de la naturaleza humana, como un elemento esencial de la persona; en un plano deontológico, pues la libertad se manifiesta bajo ese aspecto.

Sin embargo, la idea deontológica de la libertad, tiende siempre a convertirse en realidad ontológica; el hombre dentro de la convivencia humana, es decir, dentro del conglomerado social, no siempre ha tenido la tutela jurídica de su libertad personal. La historia nos demuestra la evidencia que tal correspondencia ha faltado a menudo, así, desde los tiempos más remotos, había una acentuada diferencia social entre dos grupos de hombres: los libres y los esclavos.

Éstas no eran personas, sino cosas, como sucedía principalmente en Roma; no era cierto que todo hombre, por el hecho de ser tal, fuese libre; era falso que la libertad constituyera un atributo inseparable de la naturaleza humana, la potestad libertaria se reservaba a una clase social superior, privilegiada que tenía todos los derechos sobre los seres no libres.

Esta negociación de libertad a un grupo humano de la sociedad, esta desigualdad inicua que imperaba entre dos clases sociales (hombres libres y esclavos), era el signo invariable y característico de las realidades políticas de la antigüedad, la protección de la libertad personal, como señalamos, se realizaba fundamentalmente a través del interdicto de *homine libero exhibendo*, esta institución no debe confundirse con el concepto moderno de garantía, puesto que estaba destinado única

TRABAJOS CON
FALLA DE ORIGEN

y exclusivamente a los hombres libres, no otorgaba su protección a todo individuo, a todo ser humano, como actualmente lo hacen las modernas garantías.

En la Edad Media y hasta los tiempos modernos, la libertad humana no existía como atributo real de todo hombre; los privilegios y la reserva de libertad a favor de grupos sociales determinados subsistieron a pesar de las concepciones filosóficas, propagadas en el sentido de que todos los hombres sin distinción, son igualmente libres.

No fue sino hasta la Revolución Francesa, cuando se proclamó la libertad universal del ser humano, todo hombre, por el hecho de ser tal, nace libre; la libertad se hizo extensiva a todo sujeto, con independencia de su condición particular de cualquier género y especie.

Fue así como todo individuo ante el derecho, se reputó colocándose en una situación de igualdad con sus semejantes, situación que en las actualidad se ha proyectado al campo económico y social, propiamente dicho, dando origen a las llamadas garantías sociales.

En este orden de ideas, la libertad que disfrutaron en la antigüedad, en la época medieval, y en los tiempos modernos, los grupos prepotentes y privilegiados, salvo algunas excepciones, no significaba una garantía individual, o sea, no era una libertad pública, sino una libertad civil o privada; el individuo gozaba de libertad dentro del campo del Derecho Civil, es decir, en las relaciones con sus semejantes, como sucedía principalmente en Roma y Grecia. Sin embargo, frente al poder público, no podía hacer valer la libertad de que era sujeto; el Estado y sus autoridades estaban en la posibilidad de respetar la esfera de acción del gobernado,

más no como consecuencia de una obligación jurídica, sino a título de mera tolerancia.

El gobernante, según su arbitrio y discreción, podía o no respetar la libertad de un individuo, más no estaba obligado a acatarla, de ahí que el Estado, sin tener barreras jurídicas que limitaran su actividad en beneficio del gobernado, se tornaba cada vez más prepotente, invadiendo las órbitas de la actuación del individuo en todos sus efectos, como sucedía en los regímenes absolutistas, principalmente en Francia, en donde los monarcas eran dueños de las vidas y haciendas de sus súbditos.

En síntesis, hasta antes de la Revolución Francesa y salvo excepciones, como las concernientes a los regímenes jurídicos inglés y español (éste último a virtud de los fueros), en los que la actividad gubernamental debía respetar jurídicamente cierta esfera de acción del gobernado, el hombre libre, esto es, el perteneciente a las clases sociales privilegiadas, sólo gozaba de una libertad civil o privada, frente a sus semejantes, y en las relaciones con éstos, careciendo de libertad pública o a título de garantía individual, es decir, frente a los gobernantes.

Ante los desmanes y arbitrariedades cometidos en contra de los gobernados por el poder público, en vista de los abusos muy frecuentes de los monarcas irresponsables y tiránicos, ejecutados en perjuicio de sus súbditos, el individuo exigió de gobierno, como sucedió en Inglaterra principalmente, el respeto a sus prerrogativas como persona, dentro de las que ocupa un lugar preeminente la libertad personal.

Los hechos políticos arbitrarios, por un lado, y las concepciones filosóficas jusnaturalistas sobre el ser humano, determinaron la consagración jurídica de las

prerrogativas fundamentales del hombre; éstas sin embargo, tienen una fuente diversa en Inglaterra y en Francia.

Entre los anglosajones, la costumbre jurídica era la que imponía al monarca el respeto, la observancia de ciertas potestades fundamentales del gobernado, con excepción, desde luego, de la Carta Magna de 1215.

Entre los franceses, cuyo sistema jurídico-estatal pre-revolucionario, desconocía todo derecho público, escrito o consuetudinario, que no emanara de la voluntad real omnimoda, los derechos del hombre tuvieron su consagración legislativa por moda súbito, de manera repentina, al expedirse la famosa Declaración de 1789. Pero independientemente de la forma en que se implantan jurídicamente las prerrogativas fundamentales de la persona como tal, lo cierto es, que en el orden a la libertad del individuo, ésta ya no era simplemente un atributo de la actuación civil del sujeto (de su proceder ante sus semejantes en la vida social), sino un derecho público subjetivo, oponible y exigible al Estado.

La libertad personal, como un elemento inseparable del ser humano, se convirtió en un derecho público, cuando el Estado obligó a respetarla, dicho factor no tenía una mera existencia deontológica, sino que se tradujo en el contenido mismo de una relación jurídica entre la entidad política y sus autoridades, por un lado y los gobernados por el otro.

Esta relación de derecho que surgió cuando el Estado, por medio de sus órganos autoritarios, decidió respetar una esfera libertaria a favor del individuo, como consecuencia de un imperativo filosófico, creó para los sujetos de la misma un derecho y una obligación correlativa.

Un derecho para el gobernado, como potestad o facultad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto, la observancia del poder libertario individual, concebido en los términos aludidos; una obligación para la entidad política y sus órganos autoritarios, consistente en acatar pasiva o activamente ese respeto; es entonces cuando la libertad personal, como característica propia del ser humano, se convierte en una garantía individual, por ser un derecho natural del hombre.

Es conveniente recordar, que las llamadas garantías constitucionales, son también mencionadas como "garantías individuales, derechos del hombre, derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos o derechos del gobernado".¹⁰⁵

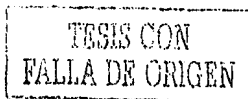
2.5 PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD COMO PENA Y MEDIDA

CAUTELAR

Las limitaciones impuestas por el Estado a la libertad de las personas, son medidas necesarias que adopta el Poder Público en beneficio de la colectividad, pues no es posible amparar a un sujeto jurídicamente sin limitar la conducta de otros, sean particulares u órganos estatales.

Es necesario, como se ha señalado, hacer una parcial cesión de nuestros derechos y libertades, permitiendo que se normen jurídicamente, es decir, aceptar la coacción de un órgano estatal, para que imponga sus determinaciones tendientes a mantener el orden social; de esta manera, nace así la sanción a los individuos que no

¹⁰⁵ V. CASTRO, Juventino. Lecciones de Garantías y Amparo. Segunda edición. México 1978. Editorial Porrúa, S. A. P. 35



ajustan su conducta a lo normado, y que afectan derechos que pueden ser fundamentales, o bien, de menor entidad.

Evidentemente, la vida misma de los individuos, es el primero de los valores protegidos contra sanciones privativas de ella, existe así, una garantía constitucional que protege la vida de la persona humana en tal forma, que el poder público no puede legalmente suprimirla, sin llenar una serie de requisitos, los cuales, hasta la fecha, aún no se han establecido para tal objeto.

Esta garantía constitucional, está contenida en el segundo y tercer párrafos del artículo 14 de la Constitución Política, que a la letra dice: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

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

Cabe señalar, que el tercer párrafo del artículo 22 del mismo ordenamiento legal, prohíbe la pena de muerte por delitos políticos y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida (tipo legal que fue derogado, mediante decreto de 23 de diciembre de 1993), al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plegario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Este último precepto, expresa en forma limitativa los casos en que puede aplicarse la pena capital; "son delitos especialmente graves y en todas las épocas se han considerado lesivos de los más importantes bienes sociales o individuales".¹⁰⁶

En nuestro país, hoy en día, pocos Estados de la Federación, mantienen la pena de muerte, por ello la libertad personal es uno de los bienes de mayor jerarquía axiológica, pues sólo la vida la supera, y dado que la legislación mexicana no establece los requisitos que se deben seguir, para privar a un ser humano de este bien de mayor entidad, podemos afirmar que la libertad personal es el bien más valioso y el eje mismo sobre el cual gira la totalidad del drama penal.

Por ello, debemos dejar claro que la privación de la libertad, puede presentarse como pena o como medida cautelar; en esos términos, concuerda el penalista Ricardo Rodríguez, quien dice "además de la pena impuesta en sentencia irrevocable, la libertad de las personas puede restringirse con el carácter de aprehensión, con el de detención y con el de prisión preventiva...".¹⁰⁷

Sabemos que la privación de la libertad, es una pena cuando deriva de una sentencia condenatoria definitiva, dictada por el órgano jurisdiccional, tras un proceso en el que han quedado acreditados los elementos que integran el tipo penal y la responsabilidad del inculpado.

Se entiende por pena "la real privación o restricción de bienes de autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización".¹⁰⁸

¹⁰⁶ RABASA, Emilio O. , CABALLERO, Gloria. Mexicano, Esta es tu Constitución. Novena edición. México 1994. Editorial Porrúa, S. A. P. 99

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ, Ricardo. El Procedimiento Penal del México. Segunda edición. México 1900. P. 348.

¹⁰⁸ DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga Islas. Op. cit. P. 3

La pena se sustenta en la punición dictada en la sentencia penal, la cual a su vez, se apoya en la punibilidad elaborada por el legislador.

Por otra parte, la privación de la libertad, es una medida cautelar (de carácter personal), cuando se determina como precaución provisional, para cubrir una necesidad relacionada, inmediata o mediatamente con el procedimiento penal.

En referencia a esto, González Bustamante afirma que "las limitaciones impuestas por el Estado a la libertad de las personas son medidas necesarias que adopta el Poder Público en beneficio de la colectividad, con el fin de asegurar la marcha normal del procedimiento".¹⁰⁹

Así pues, vemos que estas limitaciones a la libertad de las personas, se inspiran en el interés de que se llegue al conocimiento de la verdad, por medio de la investigación del delito y de las pruebas que se obtengan, que han de servir al Juez, para el esclarecimiento de los hechos y para decidir las relaciones jurídicas planteadas en el proceso; esto no sería posible, si el inculpado se sustrajese a la acción de la justicia y ocultase los objetos e instrumentos que han servido para perpetrar el delito.

El aseguramiento del presunto responsable, es necesario porque no podría seguirse el proceso a sus espaldas, sin que no tuviese conocimiento de las pruebas existentes en su contra, para poder estar en condiciones de defenderse; estas limitaciones a la libertad personal, pueden provenir de mandatos de la autoridad judicial o de la autoridad administrativa.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios del Derecho Procesal Penal Mexicano. Décima edición. México 1991. Editorial Porrúa, S. A. P. 109.

Por su parte, Vives Antón y Gimeno Sandra, informan que "las diligencias cautelares personales, tienen como exclusiva finalidad la de impedir que el sospechoso se sustraiga a la acción de la justicia, o lo que es lo mismo, garantizar o hacer posible la ejecución posterior de la sentencia".¹¹⁰

En el mismo orden de ideas, Manzini nos dice que "la coerción personal procesal consiste en una limitación más o menos intensa de la libertad física de una persona, por una finalidad procesal".¹¹¹

De esta manera, vemos que el legislador mexicano, conciente de que la privación de la libertad, sea en este caso, una medida cautelar, se ha preocupado porque la misma debiera ser siempre lo excepcional dentro del proceso penal, pues la experiencia ha demostrado que en un buen número de casos, ha resultado no ser necesaria ni conveniente.

Lo primero, porque dada la personalidad del inculpado o la poca gravedad que reviste el delito cometido, la libertad del presunto responsable no habría traído ninguna clase de perjuicio para el trámite de la investigación; y lo segundo, porque con la privación de la libertad, en muchísimos casos, son más los perjuicios que de diverso orden pueden resultar.

Entre las medidas cautelares privativas de la libertad, cabe destacar, por su trascendencia, la detención la prisión preventiva; estas dos medidas, plantea la doctrina, tienen la misma naturaleza, la diferencia estriba en la duración que legalmente está dispuesta para cada una de ellas.

¹¹⁰ VIVES Antón y GIMENO, Sandra. La Detención. Detenciones Ilegales. La Detención Gubernativa y la Detención Judicial, Barcelona 1977. Editorial Bosch. Casa Editorial. P. 88

¹¹¹ MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Buenos Aires 1952. Ediciones Jurídicas Europa América, Pp. 553 y 554.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sergio García Ramírez asevera que, "a la cabeza de las medidas cautelares, por su gravedad y dramatismo, figuran la detención y la prisión preventiva, ambas personales que personales que tienen por sustancia y efecto la privación provisional de la libertad física del inculpado a fin de asegurar que, en su hora, se ejecute la sentencia que recarga".¹¹²

Niceto Alcalá Zamora, manifiesta que "entre ambas medidas, media sólo una diferencia cuantitativa y no cualitativa; en el sentido de que la prisión significa acentuación y prolongación de la detención"¹¹³.

La detención puede ser administrativa o judicial; la primera tiene como finalidad específica, el evitar la fuga de indiciado, para ponerlo a disposición del juzgador; la segunda, se decreta para hacer posible la apertura del proceso.

La duración de estas dos detenciones, varía de acuerdo con las diversas legislaciones.

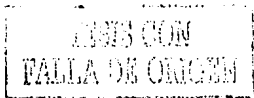
La detención, según Jiménez Asenjo "es momentánea y accidental y significa una interrupción del disfrute de la libertad durante el lapso de tiempo preciso para la comprobación o identificación de una duda...".¹¹⁴

Es conveniente destacar, que al igual que la prisión preventiva, la detención está supeditada a la existencia de un delito sancionable con pena privativa de libertad, es impertinente cuando sólo apareja pena no corporal o alternativa, ya que existen otras formas de limitar la libertad personal.

¹¹² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Tercera edición. México 1980. Editorial Porrúa, S. A. P. 457.

¹¹³ ALCALÁ ZAMORA, Niceto. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Buenos Aires 1945. Editorial Porrúa. P. 277.

¹¹⁴ JIMÉNEZ ASENJO, Enrique. Derecho Procesal Penal. Volumen II. Madrid 1937. Editorial Revista de Derecho Privado. P. 73.



Vives y Gimeno, señalan que la detención "es una institución única y exclusivamente cautelar cuya finalidad no es otra cosa que la de garantizar la presencia del detenido en el futuro proceso penal, evitando de esta manera cualquier evasión del mismo frente a la acción de la justicia".¹¹⁵

Por su parte Ricardo Levene expresa que " la detención es sin duda una de las más importantes medidas precautorias del proceso penal, pues trata de evitar que el presunto autor desaparezca y dificulte la acción judicial, borrando los rastros del delito. Implica la pérdida de la libertad del hombre, posiblemente su bien máspreciado, razón por la cual los códigos deben legislarla rodeándola de todas las garantías necesarias...".¹¹⁶

En este orden de ideas, se han suscitado muchas controversias, ya que en buena parte de infracciones a la ley penal, aquellas huellas o rastros dejados por el delito no se presentan, por lo cual, en dichos casos la detención preventiva no se justificaría.

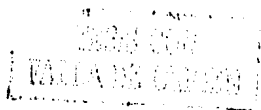
Por lo demás, ese regreso al lugar del hecho, fuera del impulso que al hacerlo siente el criminal, según lo señala Criminología, casi nunca llega a ser preocupación del delincuente por hacer desaparecer esos rastros materiales que hubiera dejado su conducta delictuosa.

Fenech, nos dice que "la detención es un acto por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona, en virtud de una declaración de voluntad de carácter provisional y que tiene por fin ponerla a disposición mediata o inmediatamente, del instructor del proceso penal para los fines de éste, en expectativa de su posible prisión provisional".¹¹⁷

¹¹⁵ VIVES, Antón, GIMENO, Sandra. Op. cit. P. 95

¹¹⁶ LEVENE H., Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires 1980. Editorial Perrot. P. 278

¹¹⁷ FENECH, Miguel. Derecho Procesal Penal. Volumen II. Tercera edición. Barcelona 1960. Editorial Labor. P. 819.



Sin embargo, cabría preguntarnos, cuál es el sentir de aquellas personas que llegan a demostrar su inocencia, al haberseles privado de su libertad, de una manera arbitraria, y más aún, cuando no se han reunido los extremos que señala el artículo 16 Constitucional.

La respuesta a esta interrogante, nos llevaría a concluir que la privación de la libertad, siquiera a título provisional, genera de ordinario los más graves trastornos en el sujeto al cual se le impone, tanto en su persona, familia, patrimonios y entorno social.

Velez Mariconde, dice que "la detención puede definirse como el estado relativamente breve de la privación de la libertad que el juez de instrucción o el agente fiscal imponen a quien sospechan participe de un delito reprimido con pena privativa de libertad, cuando no estiman que pueda corresponder una condena de ejecución condicional, a fin de asegurar su comparendo inmediato y evitar toda acción capaz de impedir o poner obstáculos a la actuación de la ley penal".¹¹⁸

No obstante, al analizar toda temática concerniente a la detención, desbordaría los alcances y propósitos de nuestro trabajo, sin embargo, podemos decir que actualmente el artículo 16 Constitucional, autoriza a cualquier persona a detener a otra, cuando ésta sea sorprendida en flagrante realización de una conducta delictiva, con la obligación de ponerla, sin demora alguna, a disposición de la autoridad inmediata, y ésta con la misma prontitud a la del Ministerio Público.

Solamente en casos urgentes, cuando se trate de delitos graves, así calificados 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

¹¹⁸ VELEZ, Mariconde. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Segunda edición. Buenos Aires 1969. Ediciones Lemes. P. 497



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.

No obstante, 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 judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada, por consiguiente, todo abuso a lo anteriormente dispuesto, será sancionado por la ley penal, así lo prevé nuestra Constitución.

Finalmente, mencionamos a la prisión preventiva, que a pesar de ser tácticamente privación de la libertad, no es una pena, pues ni es consecuencia de la culpabilidad del sujeto, ni está decretada en una sentencia final.

Es una medida cautelar, meramente provisional, dictada en una resolución judicial, igualmente provisional, si finalidad, ha sido sumamente discutida por los teóricos del derecho procesal penal; esa finalidad plural, se relaciona con el proceso y con la ejecución de la pena, y por ello, es de orden social; infortunadamente, y esto es inevitable, colisiona con intereses del individuo, y de la propia sociedad, por ello, la prisión preventiva, "es un problema de política criminal".¹¹⁹

¹¹⁹ BARITA LÓPEZ, Fernando. *Prisión Preventiva y Ciencias Penales. Enfoque Interdisciplinario*. Primera edición. México 1989. Editorial Porrúa, S.A. P. 35.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO III

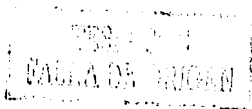
ANÁLISIS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

Antes de analizar el contenido del artículo 16 Constitucional, en lo que el tema se refiere, debemos recordar que este precepto que protege la libertad personal, es uno de los artículos que imparten mayor protección a cualquier gobernado, sobre todo, a través de la garantía de legalidad que consagra.

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

Es por ello, por lo que sin exageración, se puede afirmar que el alcance ampliamente protector de este artículo, está a la vanguardia de cualquier sistema o régimen jurídico extranjero, a tal punto, que nos es dable aseverar que en ningún otro país, el gobernado encuentra su esfera de derechos tan libremente protegido como en México, cuyo orden jurídico total, desde la Ley Suprema, hasta el más minucioso reglamento administrativo, registra su más eficaz tutela en las disposiciones implicadas en dicho precepto.

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



Dicho precepto, al igual que el 19, 20 y 119 Constitucionales, recibió en 1993 reformas de notable importancia, y otras de menor relevancia, acaso innecesarias, marcando de esta manera, como dice Benítez Treviño, “una nueva etapa en el procedimiento penal para la defensa de los derechos humanos”.¹²⁰

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

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

Lo anterior, concuerda con lo señalado en el dictamen de fecha 8 de julio de 1993, que suscribieron las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia, respecto a las iniciativas de reforma de los preceptos señalados, el cual indicó, “como objetivos las búsqueda del perfeccionamiento de nuestras garantías individuales, con la consecuente salvaguarda de los derechos humanos, en materia de procedimientos penales, considerando los ámbitos legítimos de actuación de la autoridad, tanto en la etapa indagatoria y persecutoria de los delitos, como en la etapa propiamente procesal de todo juicio de este orden...”

Claro está que también se tomaron en cuenta las nuevas conductas antisociales cometidas por organizaciones e individuos, que han hecho de esa labor legal, su

¹²⁰ BENÍTEZ TREVIÑO, Humberto V. *Filosofía y Praxis de la Procuración de Justicia*. Prol. Jorge Carpizo. Segunda edición. México 1994. Editorial Porrúa, S. A. P. 210

modus vivendi, con el consecuente daño a los bienes individuales y colectivos, de cuya salvaguarda depende una sana convivencia.

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

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

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

3.1 PRIMER PÁRRAFO

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

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

3.1.1 ACTO DE MOLESTIA

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

La molestia “es una simple inquietud; es una incomodidad, una extorsión, un fastidio, una desazón física o moral; en fin es una falta de comodidad, un impedimento o dificultad de actuar libremente”.¹²¹

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

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

¹²¹ BRISEÑO SIERRA, Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano. Segunda reimpresión. México 1985. Editorial Trillas. P. 71.

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

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

3.1.2 MANDAMIENTO ESCRITO

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

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

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

Su explicación la encontramos, en que las facultades del poder público, consagradas en la ley, son atribuciones abstractas, generales e impersonales, en tanto

no se materialicen, y esto último sólo es posible cuando la autoridad formula el acto por escrito para hacer o dejar de hacer lo que la ley manda.

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

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

Sus consecuencias son:

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

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

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

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

El acto de autoridad consagrado en forma escrita, da oportunidad al gobernado de conocer los alcances de los derechos y obligaciones que se consagran a la luz de la ley que se aplica, sin que puede variar su contenido.

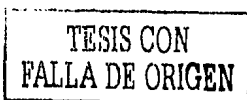
Será a partir del momento en que se tenga por conocido el acto de autoridad, cuando legalmente le corra el plazo al gobernado, para que lo impugne a través de los medios de defensa que la ley le brinda, siempre y cuando materialmente conozca la disposición pública, lo que logra a través de su contenido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

3.1.3 AUTORIDAD COMPETENTE

Por lo que hace a la garantía de que el acto de autoridad debe ser dictado por el órgano público competente, diremos que la competencia "es la facultad que la ley brinda al poder público para satisfacer las necesidades sociales para las que fue creada".¹²²

Sin embargo, la figura de la competencia puede estudiarse desde dos aspectos; con fundamento en la legitimidad del nombramiento del servidor público que representa al órgano del Estado, examinándose así la validez de los actos que dicta a

¹²² MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. Estudio Constitucional del Proceso Penal. Tercera edición. México 1990. Editorial Porrúa, S.A.. P. 59



nombre de la institución; y, con base en los actos de autoridad, analizando si se hace una correcta aplicación de la ley en concordancia con sus ámbitos de validez.

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

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

Como bien lo interpreta la Corte, el Poder Judicial Federal no tiene la facultad expresa de examinar la legitimidad de quien ocupa un cargo público, salvo que se trate de nombramientos dados dentro de ese mismo poder; esto se desprende del estudio de los artículos 103 al 197 de nuestra Carta Magna.

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

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

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

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

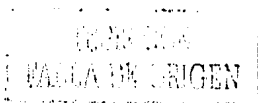
Como requisito formal de validez constitucional de los actos de autoridad, la competencia es realizar la función pública en los términos que manda la ley.

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

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

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

La competencia jurisdiccional supone el debate de los órganos del Estado para delimitar a quién corresponde dictar los actos de autoridad, en términos de su esfera



de atribuciones, por lo que esta clase de controversias, se resuelven por el Poder Judicial de la Federación, en diferentes vías: juicio competencial para dirimir cual de los Tribunales Federales es competente, o qué jurisdicción, por razón de fuero, tiene la facultad de dictar justicia, cuando el conflicto surge entre los Tribunales Federales y Locales, en términos del artículo 106 Constitucional y de la Ley de Amparo, y en el juicio constitucional, donde se resuelven las controversias planteadas por los poderes públicos que integran el Gobierno Federal y el Gobierno de los Estados federados, a la luz del artículo 105 de la Ley Fundamental.

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

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

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

Continua expresando dicho autor, que por extensión, también se denomina competencia, al mencionado ámbito de ejercicio de su jurisdicción, vale decir al

conjunto de los asuntos, abstractamente determinados por la ley, en que un juez, conjunto o colegio de jueces pueda intervenir".¹²³

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

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

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

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

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

¹²³ Citado por CASTILLEJOS ESCOBAR, Marcos. Decreto de Reforma y Adición al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Artículo en la obra La Reforma Jurídica de 1983 en la Administración de Justicia. México 1984. Procuraduría General de la República. P. 690.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

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

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

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

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

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

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

e) Por razón de la persona, ésta considera a la persona misma que está vinculada con el litigio, también es llamado fuero personal, en este sentido han llegado a existir el consejo de menores, tribunales para militares, para universitarios; sin embargo, algunos sostienen que aquí no existe el criterio personal, sino naturaleza del delito.

f) Por razón del turno, señala Gómez Lara que "es un fenómeno de afinación de competencia que se presenta cuando en el mismo partido o distrito judicial, o en la misma competencia tanto por la materia como por el territorio, grado y cuantía."¹²⁴

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

g) Por razón de la atraktividad o atracción, viene a ser la cualidad competencial por la que "el tribunal que es competente, respecto de un asunto, asume competencia respecto de un asunto que normalmente no le pertenece, pero que por razón de conexidad con el asunto que ya conoce, desplaza al segundo órgano".¹²⁵

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

h) Por razón de la prevención, el cual se aplica cuando existen dos o más tribunales que son igualmente competentes para el conocimiento de algún asunto, en

¹²⁴ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, México 1990. Editorial Harla. P. 140

¹²⁵ *Ídem*.

este caso, la prevención implica que el juez que primero conozca del asunto, es el que determinará a su favor la competencia excluyendo a los restantes.

i) Por razón de la elección, en el cual una de las partes en el proceso, es la que decide cual es el órgano competente.

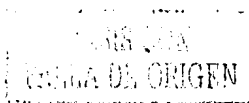
Estudiada así la competencia en materia penal, las sentencias en estos juicios, deben ser dictadas por autoridades competentes, "porque de no ser así, se otorgará la protección federal, para el efecto de que sea juzgado por autoridad competente, sin que ello implique violación al principio *NON BIS IN IDEM*".¹²⁶

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

3.1.4 FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN

Por lo que hace a esa garantía consagrada en el artículo 16 Constitucional, se señala que "fundar es la exigencia constitucional que obliga al titular del órganos del Estado a señalar en su mandamiento, el artículo de la legislación que establece su esfera de competencia y la facultad de consagrar derechos a favor de los particulares,

¹²⁶ CASTILLEJOS ESCOBAR, Marcos. Op. cit. P. 690.



o de exigir el cumplimiento de las obligaciones que le correspondan".¹²⁷ La cual debe ser precisa y exactamente aplicable al caso concreto.

Motivar es "exponer con claridad los argumentos lógicos que permitan adecuar la conducta o hecho a las normas jurídicas invocadas".¹²⁸

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

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

La declaración de inconstitucionalidad del acto de autoridad y sus efectos, por falta de fundamentación y motivación, deja en posibilidad al poder público de carácter administrativo de dictar un nuevo mandamiento, sin embargo, no se le obliga a dictarlo.

Tratándose de los actos judiciales o jurisdiccionales, la falta de fundamentación y motivación, constituye una violación de garantías que debe repararse en todo momento, ello en virtud de que nuestra Carta Magna establece que se respeten las formalidades esenciales en todo procedimiento.

¹²⁷ MACNILLA OVANDO, Jorge Alberto. Op. cit. P. 66.

¹²⁸ OSORIO Y NIETO, César Augusto. La Averiguación Previa. Sexta edición. México 1992. Editorial Porrúa, S. A. P. 35

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

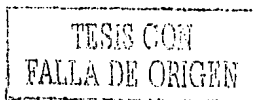
El acto fundado y motivado, permitirá a los tribunales de amparo, examinar su validez constitucional a la luz del principio de legalidad, si del fundamento argüido no resulta la disposición legal exactamente aplicable al caso, se declarará la inconstitucionalidad de acto de autoridad, ello se puede apreciar apropiadamente, en los motivos que sustentan los argumentos con los que se concluye que la hipótesis de la norma encuadra en la conducta material en la que se aplica.

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

3.2 SEGUNDO PÁRRAFO

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

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



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

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

De esta manera se observa que, actualmente se busca equiparar a la orden de aprehensión, los extremos de prueba que se exigen para un auto de formal prisión.

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

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

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.2.1 ORDEN DE APREHENSIÓN

El término de aprehensión es de origen latino, "este vocablo expresa la idea básica de coger o asir alguna persona o alguna cosa para retenerla. (del latín *apptehensio*, derivado del verbo *apprehendere*, de *ad*, y *prehendere*, asir, tomar)".¹²⁹

En el proceso penal, la orden de aprehensión "es la providencia cautelar, dispuesta por el tribunal, para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona con el fin de lograr los aseguramientos propios de las medidas privativas de libertad que implican, (asegurar eventual condena, presencia al proceso, impedir destruir pruebas, etc.)".¹³⁰

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

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

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

- a) Que se encuentren satisfechos los requisitos de procedibilidad, tales como la denuncia, acusación o querrela;

¹²⁹ *Enciclopedia Jurídica Ormeza*. Tomo I. Buenos Aires 1969. Editorial Bibliográfica Argentina. P. 742.

¹³⁰ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. cit. P. 498.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- b) Que se haya promovido previamente la acción penal;
- c) Que exista radicación del negocio procesal ante el tribunal;
- d) Que exista petición del Ministerio Público; y,
- e) Que se declare la existencia de los elementos del tipo y la probable responsabilidad.

Por lo que se refiere a los requisitos, se encuentran:

- a) Que la orden deberá constar por escrito y ser firmada por el órgano que la dicta;
- b) Que sólo la autoridad competente la puede ordenar;
- c) Que tiene que estar fundada y motivada; y,
- d) Que el delito que se califique con los hechos en que se basa el ejercicio de la acción, se encuentre sancionado abstractamente en la ley con cuando menos con la pena privativa de libertad.

3.2.2 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD: DENUNCIA, ACUSACIÓN Y QUERRELLA

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

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

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

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

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

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

Respecto al término acusación, la doctrina establece dos criterios, ya que para algunos consideran que se denuncian hechos, "pero solamente se acusa cuando se afirma que hay persona o personas las cuales se señalan concretamente como

ESTADO DE GUATEMALA
MINISTERIO PÚBLICO
CALLE LA AMIGABILIDAD

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

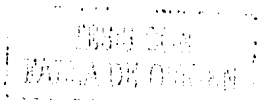
El artículo 21 Constitucional, otorga al Ministerio Público la función investigadora de "perseguir e investigar los delitos", auxiliado por un Policía, el cual estará bajo su autoridad y mando inmediato de aquél, y dicha investigación se inicia a partir del momento en que el Ministerio Público tiene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

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

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

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

Respecto al término acusación, la doctrina establece dos criterios, ya que para algunos consideran que se denuncian hechos, "pero solamente se acusa cuando se afirma que hay persona o personas las cuales se señalan concretamente como



responsables de tales hechos, para los efectos de su formal procesamiento; otros consideran en cambio, que los términos son equiparables y que encierran exactamente el mismo contenido".¹³¹

Nosotros nos adherimos a la primera postura, puesto que como lo afirma Silva Silva, "en México se les llama acusados a aquellos contra los que se han presentado conclusiones acusatorias, y se dice así que el acusado sólo lo hay en el plenario, mientras que en la instrucción sólo hay inculpados".¹³²

Se puede afirmar que en el ordenamiento mexicano la acusación corresponde en exclusiva al Ministerio Público a través del ejercicio de la acción penal en la consignación y posteriormente en las conclusiones acusatorias, ya que el ofendido y sus representantes no son parte en el proceso penal, en cuanto intervienen sólo en lo que se refiere a la reparación del daño.

Anteriormente la acusación era uno de los requisitos de procedibilidad, este término era un tanto confuso sobre el cual no había una noción más o menos unánime y precisa. Mediante la reforma al artículo 16 Constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999 se suprimió el vocablo "acusación"¹³³ quedando solamente la denuncia y la querrela.

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

En México, donde priva el monopolio acusador del Ministerio Público, la querrela es siempre requisito de procedibilidad, que se resume "en manifestación de

¹³¹ V. CASTRO, Juventino. Las Garantías Constitucionales y la Libertad Personal que ellas regulan. De la serie Varía Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. México 1990. Editorial Porrúa, S.A. Pp. 9 y 10

¹³² SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. cit. P. 180.

¹³³ OSORIO Y NIETO, César Augusto. La Averiguación Previa. Décima edición. México 1999. Editorial Porrúa, S.A. P. 9.

conocimiento sobre hechos delictuosos y una expresión de voluntad a efecto de que se lleve adelante la persecución procesal".¹³⁴

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

Si en la denuncia, cualquier persona puede poner en conocimiento del Ministerio Público hechos posiblemente delictuosos, e incluso éste puede proceder de oficio a la investigación de los mismos, tan luego tenga conocimiento de su realización, en cambio, en la querrela, siendo un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, sólo pueden formularla las personas señaladas en el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual dice que cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la querrela de parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja, para que se proceda en los términos de los artículos 275 y 276 del ordenamiento legal aludido; los cuales señalan fundamentalmente, ante quién se debe formular la querrela y qué formalidades se tienen que cumplir.

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

¹³⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. cit. P. 25.

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

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

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

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

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

En todos los casos citados, se tiene por presentada la querrela, en razón de existir el principio del interés jurídico básico de una persona facultada

normativamente para formular la querella, puesto que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales, los agentes del Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo a las órdenes que reciban de aquellos, están obligados a proceder de oficio a la averiguación de los delitos de que tengan noticia, salvo que se traten de delitos en los que solamente se pueda proceder por querella necesaria, o la ley exija algún requisito previo, donde cumplidas con dichas formalidades, se procederá a iniciar la averiguación previa.

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

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

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

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

Por último diremos que afortunadamente el Constituyente suprimió lo relativo a la “declaración bajo protesta de persona digna de fe”, ya que este requisito suscitaba

mucha controversia, dado que incluía una cuestión hasta cierto punto subjetiva pugnando con el principio de credibilidad.

3.2.3 ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL TIPO PENAL Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

Recordemos que al reformarse el artículo 16 Constitucional, la noción del "Cuerpo del Delito", se vio sustituido por el de "elementos que integran el tipo penal", con ello se desechó una figura tradicional y se recibió, en cambio, un concepto de contenido más amplio y controvertido, por lo que la ley secundaria ha tenido que dar una extensa caracterización sobre lo que se entiende por elementos del tipo penal, seguida de otra, acerca de lo que se comprende por la probable responsabilidad del indiciado.

Nosotros, sólo de manera general, veremos estos dos conceptos, ya que el Constituyente estimó necesario incorporarlos como sustento de la orden de aprehensión, considerando que el texto anterior del artículo en de referencia, sólo mencionaba "la probable responsabilidad del inculgado".

La expresión de elementos que integran el tipo penal, es novedosa, "los penalistas la explican como la adecuación de la conducta al tipo señalado por la ley"¹³⁵; en consecuencia, si no se integran los elementos del tipo penal, no hay tipicidad.

¹³⁵ BENTEZ TREVIÑO, Humberto. Op. cit. P. 214.

Sabemos que para la existencia del delito, se requiere una conducta o hecho humanos; más no toda conducta o hecho son delictuosos, precisa, además que sean típicos, antijurídicos y culpables.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta, de que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa que: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna de que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", lo cual significa, que no existe delito sin tipicidad. No debe confundirse el tipo con la tipicidad; los modernos doctrinarios están de acuerdo en señalar que "el fenómeno de la tipicidad ejerce una triple función garantizadora, fundamentadora y sistematizadora"¹³⁶, de cuyo contenido nos ocuparemos enseguida.

En su función garantizadora, la tipicidad realiza una función prejurídica de importancia trascendente; constituye garantía jurídica, política y social de la propia libertad.

Nuestra Carta Magna avala esta función, de conformidad con el primer párrafo del artículo 16 y primera parte del artículo 13, éste último referente a que "nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales", independientemente del tercer párrafo del artículo 14 del mismo ordenamiento. De esta manera dichas normas constituyen también el sistema político que permite garantizar la libertad y seguridad individuales.

¹³⁶ REYES ECHANDÍA, Alfonso. Tipicidad. Sexta edición. Bogotá Colombia 1989. Editorial Temis. P. 13

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En su función fundamentadora, la tipicidad es fundamento de ilicitud en el sentido de que, mientras el legislador no describa una conducta como típica, no es posible predicar de ella una categoría delictuosa.

Pero la tipicidad no sólo es fundamento del delito *in genere*, en cuanto abstractamente consiga modelos de comportamiento humano, sin que lo es en concreto cuando la descripción contiene particulares referencias de modo, tiempo y lugar, que permiten diferenciar una figura delictiva de otra de la misma especie, por ello el concepto de tipo penal nos suministra las bases jurídicas sustanciales y formales sobre las que descansa el delito.

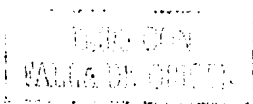
Por último la tipicidad en su función sistematizadora, ha venido a llenar un gran vacío en el derecho penal, la tajante separación existente aún entre la parte general y la especial; gracias a ella es posible ahora lograr una verdadera sistematización de la parte especial del derecho penal y aquí el tipo penal ha ayudado a este propósito, por lo que pasaremos a explicar dicho concepto.

El tipo penal "es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas)".¹³⁷

El tipo pertenece a la ley, pues es en ésta donde hallamos los tipos penales; en la parte especial del Código Penal y en las leyes especiales.

Es el tipo penal aquél modelo de comportamiento que el legislador plasma en una norma positiva, porque lo considera lesivo de intereses sociales dignos de tutela penal y en este orden de ideas nos dice el maestro Castellanos Tena que por tipo

¹³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Primera reimpresión. México 1991. Editorial Cárdenas editor y distribuidor. P. 391.



debe de entenderse como “la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales”.¹³⁸

Por todo esto, el tipo es predominantemente descriptivo, porque los elementos descriptivos son los más importantes para individualizar una conducta y, entre ellos de especial significación es el verbo, que es precisamente la palabra que sirve gramaticalmente para connotar una acción.

No obstante, los tipos no son a veces absolutamente descriptivos porque en ocasiones acuden a conceptos que remiten o se sustentan en un juicio valorativo jurídico o ético y a estos elementos normativos de los tipos penales y junto con estos pueden también aparecer los dispositivos amplificadores del tipo.

Pero independientemente de esto, la función de los tipos es la individualización de las conductas humanas que son plenamente prohibidas. Por ello los elementos del tipo constituyen ahora el sostén jurídico de la probable responsabilidad, pues de no acreditarse aquellos no tiene sentido jurídico penetrar al estudio de ésta.

Resulta, de esta manera muy importante lo dispuesto por los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, los cuales establecen que “el Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpaado como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos; dichos elementos son:

¹³⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. Vigésima edición. México 1984. Editorial Porrúa, S.A. P. 167.

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y,

III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión. Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere:

- a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo;
- b) El resultado y su arbitrariedad a la acción u omisión;
- c) El objeto material;
- d) Los medios utilizados;
- e) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- f) Los elementos normativos;
- g) Los elementos subjetivos específicos; y,
- h) Las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad, se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley”.

En cuanto a la probable responsabilidad del indiciado es lo que Eugenio Cuello Calón citado por Benitez Treviño, estima como "el deber jurídico de un individuo imputable, de responder a la sociedad del delito imputado".¹³⁹

Por su parte Guillermo Colín señala que la probable responsabilidad significa "lo fundado en razón prudente o de lo que se sospecha por tener indicios".¹⁴⁰, y desde luego esto es en relación a una persona sujeta a investigación.

En consecuencia, existe probable responsabilidad del indiciado cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, por lo cual debe ser sometido al proceso correspondiente.

De esta manera, el artículo 13 del Código Penal Federal, considera como autores o partícipes del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;
- II.- Los que lo realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que la lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión

¹³⁹ BENITEZ TREVIÑO, Humberto V. Op. cit. P. 214.

¹⁴⁰ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Décima Segunda edición. México 1990. Editorial Porrúa, S.A. P. 287.

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilién al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y,

VIII.- Los que con acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Ante semejante multiplicidad de formas, puede afirmarse que habrá probable responsabilidad del indiciado, cuando existan pruebas o elementos cuyo análisis de conjunto permitan colegir a través de una inferencia lógica que uno o más sujetos pudieron haberse ubicado en alguna de las situaciones antes mencionadas, en relación con los hechos constitutivos del delito.

Obvio es señalar que para resolver sobre la probable responsabilidad, la autoridad deberá constatar que no exista acreditada en favor del presunto responsable del ilícito, alguna causa de licitud a las que se refiere el artículo 15 del Código Penal Federal y existan datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

3.3 TECER PÁRRAFO

De especial significación fue la creación de este tercer párrafo, que traslada aquí la materia antes contenida en la fracción XVIII del artículo 107 Constitucional, derogada en 1993, misma que resultaba asistemática, ya que lo dispuesto en las primeras diecisiete fracciones de dicho artículo, se refieren a la materia de Amparo. Por lo que el nuevo párrafo quedó en los siguientes términos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

“La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión; deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por le ley penal”.

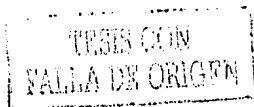
3.3.1 REFERENCIA TEMPORAL

En este párrafo, se cambia el término de poner al detenido a disposición de su juez dentro de las veinticuatro horas por el de “sin dilación alguna”, es decir, sin demora necesaria.

Se trata de prevenir el tiempo de detención de un sujeto, por cumplimiento de orden judicial de aprehensión, antes de que sea puesta a disposición del tribunal emisor de dicha orden.

No se trata de un plazo para ejercitar acción penal, por ello para mejorar la sistemática jurídica se derogó la fracción XVIII del artículo 107 Constitucional, pues daba pauta a que erróneamente se pensara por algunas personas como un plazo para ejercitar la acción penal.

Por otra parte, la contravención de no poner al inculcado inmediatamente a disposición del juez se sanciona acorde a lo dispuesto por el artículo 225 del Código Penal Federal.



3.4 CUARTO PÁRRAFO

Por lo que hace a este párrafo del citado artículo 16, se contempla lo referente a la detención en los casos de delito flagrante realizada por cualquier persona, pues como veremos posteriormente, tanto el delito flagrante como los casos urgentes, constituyen excepciones a la regla general de que sólo por mandato de autoridad judicial puede aprehenderse a un indiciado.

Sin embargo, practicada así la detención por cualquier persona en casos de delito flagrante, ésta tiene la obligación de poner al indiciado, sin demora, a disposición de la autoridad inmediata, y ésta, con la misma prontitud a la del Ministerio Público, con lo que se busca evitar privaciones ilegítimas de libertad.

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

En este apartado como se observa, contempla el término de indiciado para evitar otros calificativos jurídicos que solamente confundían y que constituían excesos en el uso de los términos jurídicos como lo eran “al delincuente y a sus cómplices” y “flagrante delito”.

3.4.1 DELITO FLAGRANTE

Resultó benéfico haber suprimido la expresión de “flagrante delito”, y sustituirlo por el de delito flagrante, puesto que ahora se refiere a la figura jurídica del delito;

por la manera como se consagra y no como si pareciera que la expresión significara la existencia jurídica del delito como se hacía entender, dado que la existencia legal de los ilícitos, sólo es dable en sentencia que declara jurídicamente, que la conducta material es delito y que existe responsabilidad penal por haberse probado sus supuestos. Lo señalado anteriormente es como sabemos, atribución exclusiva de la autoridad judicial competente en términos del artículo 21 de la Carta Magna, y por ende, los particulares no tienen ningún tipo de facultades de esta índole. De esta manera la nueva redacción autoriza la detención del autor de la conducta material que puede configurar delito.

En cuanto al concepto flagrancia, sólo diremos en este capítulo que “proviene de *flagrantia*, *flagrantie*, cuyo significado es arder, brillar, estar flameante, incandescente, y que metafóricamente al pasar al derecho y aplicarse al delito”¹⁴¹, ya que dedicaremos una mejor explicación en el capítulo siguiente.

Ahora bien, debemos destacar el imperativo que dice “poniendo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta con la misma prontitud a la del Ministerio Público”, concepción jurídica que apoya y legitima a la Representación Social, como se fundamenta en el artículo 21 Constitucional, para que en ejercicio de su función investigadora, cumpla con un cometido histórico que le ha otorgado la ley y se eviten ataques a los derechos humanos y a las garantías individuales.

Autoridad inmediata es:

- 1) El Ministerio Público o la Policía Judicial o la Policía Preventiva, cuando la captura es realizada por un particular, o;

¹⁴¹ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. cit. P. 502.

- 2) El Ministerio Público, cuando la captura es realizada por la Policía.

En consecuencia, en los casos en que la Policía Preventiva o la Policía Judicial efectúe la captura o reciba de otra persona al detenido, deberá poner a éste inmediatamente a disposición del Ministerio Público.

3.5 QUINTO PÁRRAFO

El presente párrafo, regula lo referente a detenciones en casos urgentes, dando un nuevo contenido a la noción de urgencia y se ha señalado que la única autoridad que puede ordenar la detención de un individuo, por urgencia, en el Ministerio Público pues antes se aludía, con un término extremadamente genérico, a la autoridad administrativa.

El texto de este párrafo es el siguiente: “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 elección 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”.

De esta manera, observamos, que hubo la necesidad de suprimir el texto anterior que decía “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”, puesto que dicho texto, generaba muchas polémicas tanto en lo referente a la facultad que se le otorgaba a la autoridad administrativa para practicar detenciones, como el hecho de referirse a delitos que se perseguían de oficio, sin haber hecho una limitación de los mismos, dando connotaciones extremadamente genéricas, independientemente de que contrastaba con las facultades inherentes de la Representación Social.

3.5.1 LOS CASOS URGENTES

Ahora para que haya urgencia, se requiere que se trate de delito grave así calificado o caracterizado por la ley, al cual se le puede conceptuar como “la comisión de una conducta antisocial a que la ley le marca alta penalidad y no admite la libertad bajo fianza”.¹⁴²

También se requiere que exista “riesgo fundado” de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia les obvio, que lo fundado no es el riesgo, que siempre existe, sino la apreciación que a este respecto hace la autoridad; y que no se pueda “ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia”. Operando quizás con frecuencia esta última hipótesis, a partir de la “circunstancia” de que no se ha podido integrar la averiguación.

Se dice así mismo que el Ministerio Público debe fundar el mandamiento de detención y expresar los indicios que motiven su proceder, estipulación innecesaria,

¹⁴² BENITEZ TREVIÑO, Humberto. Op. cit. P. 215.

dado que por mandato del mismo artículo 16 Constitucional, todo acto de autoridad que implique molestia a los particulares debe estar fundado y motivado. Nosotros hemos preferido desarrollar esta noción de los casos urgentes en otro capítulo para mejor comprensión.

3.6 SEXTO PÁRRAFO

En complemento a lo dispuesto por el párrafo anterior, se consideró conveniente establecer un control de legalidad por parte del juez en relación a aquellas detenciones realizadas en flagrancia o urgencia, quedando dicho párrafo en los siguientes términos.

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

3.6.1 CONTROL JUDICIAL SOBRE LA LICITUD DE LA DETENCIÓN

Como medio para la tutela de los derechos básicos del inculcado detenido, el sexto párrafo del artículo 16 Constitucional, incorporó un punto anteriormente desarrollado por la legislación secundaria; el control judicial sobre la licitud de la detención. La primera determinación jurisdiccional, una vez radicado el asunto, debe calificar primero las circunstancias de urgencia o flagrancia y, si el Ministerio

Público consignó a algún detenido, sin haberlas precisado, el juez tiene que dejarlo en libertad, porque de lo contrario, el Código Penal Federal, en su artículo 225, establece la responsabilidad para los jueces que no lo hagan; en consecuencia, se confiere a los jueces la responsabilidad de ratificar la detención o liberar inmediatamente al detenido con las reservas de ley, cuando de actuaciones así se desprenda.

Esto nos conduce a decir que si los agentes del Ministerio Público no obtienen elementos suficientes para tener por demostrada la urgencia o la flagrancia, deberán dejar al inculcado en libertad con las reservas de ley y consignar la averiguación previa con pedimento de orden de aprehensión cuando así proceda.

De esta manera como puede observarse, el sentido de la reforma obliga a los servicios públicos encargados de la procuración y administración de justicia a respetar los derechos humanos.

3.7 SÉPTIMO PÁRRAFO

En el párrafo que se comenta, del citado artículo 16 Constitucional, se establecen dos plazos para la denominada "retención" (que es otra manera de llamar a la detención; ésta no se agota en un acto, sino implica un estado, una situación más o menos prolongada, como se advierte sencillamente por la lectura del primer párrafo de artículo 19 Constitucional) del sujeto capturado en flagrancia o por urgencia. Dicho párrafo dice 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 ponérsela a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo aludido será sancionado por le Ley Penal.

3.7.1 RETENCIÓN ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA

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

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

Es una experiencia acreditada, tanto nacional como internacionalmente, que el establecimiento de referencias temporales para la realización de actos de autoridad que afecten valores fundamentales como lo es la libertad, es una mejor manera de tutelares, en vez de la utilización de términos de difícil precisión.

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

La segunda parte de este párrafo autoriza la duplicidad del plazo de cuarenta y ocho horas, llamada por Sergio García Ramírez "retención duplicada"¹⁴³, en aquellos casos en que la ley prevea como delincuencia organizada; concepto que como dice la exposición de motivos sobre la reforma al artículo 16 Constitucional, ha de estar orientada entre otros, por los siguientes criterios: la permanencia en las actividades delictivas que realicen, su carácter lucrativo, el grado de complejidad en la organización de dichos grupos, el que la finalidad asociativa sea la comisión de delitos que afecten bienes fundamentales de los individuos y de la colectividad, y que a su vez alteren seriamente a la salud o seguridad públicas.

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

La delincuencia organizada debe entenderse según Benitez Treviño, como "la asociación de tres o más personas reunidas para cometer un delito grave así calificado por la ley".¹⁴⁴

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

¹⁴³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Manual de Prisiones*. Cuarta edición Aumentada. México 1998. Editorial Porrúa, S.A. P. 156

¹⁴⁴ Ídem.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO IV

LA FLAGRANCIA Y LOS CASOS URGENTES, SUPUESTOS EN QUE PROCEDE LA DETENCIÓN DE UN SUJETO SIN QUE MEDIE ORDEN JUDICIAL DE APREHENSIÓN.

4.1 LA FLAGRANCIA

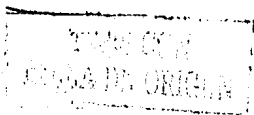
Después de la orden de aprehensión, otra vía para lograr la detención preventiva es la llamada Flagrancia (evidencia facti).

Por ello, es necesario entender el significado de dicha palabra, partiendo de su raíz etimológica.

4.1.1 CONCEPTO

Si bien es cierto que el Diccionario de la Lengua Española no es autoridad filosófica ni jurídica, su indiscutible autoridad si nos puede ubicar certeramente de donde proviene la palabra que nos ocupa, independientemente de que en él se nos den a conocer otros términos a los cuales nos remite el diccionario. Así pues, encontramos lo siguiente:

Flagrancia: "(Del latín *flagrantia*), femenino. Calidad de flagrante.



Flagrante: (Del latín *flagrans, antis.*) participio activo poético de flagrar. Que flagra. Que se está ejecutando actualmente. En flagrante. Locución adverbial. En el mismo momento de estarse cometiendo un delito. Sin que el autor haya podido huir.

Flagrar: (Del latín *flagare*), verbo intransitivo. Poético. Arder o resplandecer como fuego o llama".¹⁴⁵

Por otra parte, en la doctrina encontramos en términos semejantes lo que significa esta palabra.

Así mismo el maestro Silva Silva, nos dice que este término "proviene de *flagrantia, flagrantiae*, cuyo significado es arder, brillar, estar flameante, incandescente y que metafóricamente al pasar al derecho y aplicarse al delito, significa delito resplandeciente, o actualidad del delito".¹⁴⁶

Entendido así el concepto, implica la manera en que se consagra cualquier delito desde el momento durante el cual se realiza la actividad o inactividad típica.

Julio Acero nos dice que: "Conforme al diccionario la palabra "flagrar" (del latín *flagrare*), significa arder o resplandecer como fuego o llama. De manera que etimológicamente y pintorescamente, flagrante delito equivale a delito flameante o resplandeciente, para dar idea de un hecho vivo y palpable cuya realidad se impone claramente y subsiste ante los ojos del observador".¹⁴⁷

González Bustamante, por su parte manifiesta que flagrante "es participio activo del verbo flagrar, que significa arder resplandecer como fuego o llama y no deja de

¹⁴⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Op. cit.

¹⁴⁶ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. cit. P. 502.

¹⁴⁷ ACERO, Julio. Nuestro Procedimiento Penal. Ensayo Doctrinal y Comentarista sobre las últimas Leyes del Ramo del Distrito Federal y del Estado de Jalisco. Tercera edición. Guadalajara, Jalisco 1939. Imprenta Font. P. 132.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

aplicarse, con cierta propiedad al delito que se descubre en el mismo acto de su perpetración".¹⁴⁸

De esta manera se entiende que un delincuente es cogido en flagrante delito cuando se le sorprende en el momento de estarlo cometiendo (*in ipsa perpetrattione facionaris*).

La flagrancia, entendida como requisito, resulta importante en nuestro sistema porque:

- a) Puede dar lugar a la detención sin que medie orden judicial de aprehensión; y,
- b) Puede ser un requisito en los juicios militares para que pueda abrirse un juicio de guerra extraordinario.

La idea o concepto de flagrancia supone la íntima relación entre un hecho considerado como delictuoso y su autor, aunado al elemento sorpresa.

La jurisprudencia nacional ha sostenido que "no debe confundirse el delito con las consecuencias del mismo; que por delito flagrante debe entenderse el que se está cometiendo actualmente sin que el autor haya podido huir, y por lo tanto, considerar flagrante un delito porque se miren sus consecuencias, constituye un grave error jurídico".¹⁴⁹

Por delito, resulta importante destacar que el concepto que nos ocupa en el devenir histórico, ha tenido distinta significación jurídica como veremos a continuación.

¹⁴⁸ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. P. 117

¹⁴⁹ Idem.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.1.2 SIGNIFICACIÓN JURÍDICA

Si bien es cierto que Carrara, citado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, clasificó las infracciones atendiendo al momento de su consumación en “flagrantes y no flagrantes”¹⁵⁰, según que el autor sea sorprendido o no en el momento de perpetrarlo, también entendía que la distinción era artificial y relativa.

Por ello, la flagrancia aparece históricamente enlazada a una mayor punición como en la época romana; a procedimientos especiales como en ésta misma, y en el derecho intermedio, pero sin lugar a dudas muy relacionada con la cuestión probatoria.

En el derecho romano, el delito flagrante era conocido como *manifestum*, que en oposición al no manifiesto (*furtum manifestum et nec manifestum*) y esta distinción tenía su importancia, en razón de que el primero era punido no sólo en forma más severa, sino también de oficio. La razón de la mayor sanción la explica Carrara, diciendo que:

- a) Porque la culpabilidad es evidente; y,
- b) Es más intenso el espíritu de venganza.¹⁵¹

El derecho canónico equiparó el hecho notorio al manifiesto (que incluía al flagrante) a los que era aplicable el procedimiento *ex officio* (de oficio). En el derecho de la época intermedia, se estudió ampliamente la flagrancia, especialmente en relación con el arresto, el rito y las pruebas, así lo hacer notar Manzini.¹⁵² El procedimiento inquisitorio de dicha época a través de esta figura, daba lugar a un

¹⁵⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. cit.

¹⁵¹ *idem*

¹⁵² MANZINI, Vincenzo, Derecho Procesal Penal. Tr. De Sentis Melendo Ayerra, tomo IV. Buenos Aires 1951. Ediciones Jurídicas Europa-América. P. 128

proceso inquisitorio sumario, cuando la culpabilidad del reo aparecía evidente por haber sido sorprendido in fraganti. En estos casos se debía proceder precipitadamente, ya que como expresa Duranti citado por Manzini, "en las causas notorias, no se necesitaba acusación, denuncia, inquisición o excepción, ni testigos u otras pruebas; ni se debe recibir en ellas libelo, ni emplearse conocimiento de causa, pero se debe citar al reo e interrogarlo y a presencia de él, o ausente en contumacia, se debe promulgar la sentencia".¹⁵³ Naturalmente esta idea actualmente no es válida, porque es violatoria de garantías del procesado.

Por ello hubo, sin embargo, jurisconsultos que reaccionaron contra esa excesiva severidad, puesto que "si alguien fuere encontrado por los oficiales en flagrante crimen, puede infligírsele consiguientemente la pena aún sin sentencia, según la glosa comúnmente aplicada. Pero yo quisiera darle aún defensa, pues si fuera ladrón podría tal vez excusar el hecho por necesidad del hambre o porque no hubiera podido de otro modo obtener satisfacción de un crédito suyo; y si era homicida porque el matado era desenterrado por bando o rebelde o por otra razón, a menos, sin embargo, que la calidad del reo y sus palabras excluyeran toda defensa".¹⁵⁴

En el derecho de la época intermedia, el procedimiento exabrupto excluía todo respeto a las formalidades del proceso, y en casos, sin interrogatorio ni defensa, se sometía al acusado a la tortura, siempre que el hecho fuera de la calidad del que estudiamos.

El delito flagrante ha pasado a las leyes contemporáneas, siendo contemplado en diversas situaciones. En las disposiciones constitucionales de casi todos los países, se respeta y establece la inmunidad parlamentaria, desde su elección, hasta el

¹⁵³ *idem.*

¹⁵⁴ *idem.*

cese en sus funciones, pero dicha inmunidad no significa impunidad de las personas que gozan de fuero constitucional, ya que es posible proceder penalmente en su contra, cumpliendo con los requisitos que establece su orden jurídico interno, más aún si son sorprendidos in fraganti en la ejecución de un ilícito.

Igualmente las disposiciones militares para tiempos de guerra contemplan la realización de juicios sumarísimos y la aplicación de muy severas penas, tratándose de delitos flagrantes.

En la actualidad, la mayor parte de los ordenamientos de índole constitucional, autorizan a cualquier persona particular a proceder a la detención de una persona sorprendida in fraganti en la comisión de un ilícito, o en forma cuasi flagrante, en dichos casos la facultad que se le concede se restringe, en cuanto tiene la obligación inmediata de poner al indiciado en manos de la autoridad competente.

Por ello, podemos concluir que en la flagrancia se está en presencia de hechos delictivos manifiestos en los que, en forma también evidente, ha intervenido el inculpado, de tal suerte que en el proceso penal, regularmente la controversia se concentra en la existencia de excluyentes de responsabilidad o en el señalamiento de ciertos factores que debe tomar en cuenta el juez para la emisión de la sentencia. No existe así, razón alguna para que un procedimiento por delito flagrante se sujete a la misma y prolongar la tramitación que corresponde al procesamiento por hechos ilícitos que no son flagrantes, es decir, que no son manifiestos o evidentes.

4.1.3 DELITO FLAGRANTE

Virtualmente, el derecho interno de todos los países europeos y latinoamericanos permiten a cualquier particular detener sin orden de autoridad judicial, a toda persona sorprendida en el momento de cometer una infracción penal, o acabando de cometerla, para el único efecto de ponerla inmediatamente a disposición de la autoridad judicial o de alguna otra autoridad competente.

Esta excepción, dice Rodríguez y Rodríguez, "es generalmente aceptada y consignada, incluso por las mismas constituciones estatales, dada que comparada con otro tipo de detenciones implica muy pocos riesgos de llegar a causa perjuicios a personas inocentes".¹⁵⁵

Claro está que tampoco se puede desertar por completo la posibilidad de un error, como por ejemplo, cuando se detiene a alguien por un hecho en la creencia de que se trata de un delito cuando en realidad no lo es.

Sea como fuere, esta excepción es reconocida entre otras cosas, por las constituciones europeas, como son las de Bélgica (artículo 7) y Luxemburgo (artículo 12).

Entre la constituciones latinoamericanas, consignan esta excepción la de Bolivia (artículo 9), Brasil (artículo 20), Colombia (artículo 24), Costa Rica (artículo 37), Chile (artículo 13), Ecuador (artículo 191 inciso 4º), El Salvador (artículo 166), Guatemala (artículo 43), Honduras (artículo 72), México (artículo 16 párrafo cuarto), Nicaragua (artículo 39), Panamá (artículo 22, segundo párrafo), Perú (artículo 56), República Dominicana (artículo 8, inciso 2, letra B), Uruguay (artículo 15) y Venezuela (artículo 60, inciso 1).

¹⁵⁵ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. Op. cit. P. 83.

No obstante, la determinación de los hechos, elementos o situaciones que conforman la noción de flagrante delito, así como la calificación de las circunstancias que pueden justificar la necesidad de una detención inmediata varía de un país a otro.

Nosotros sólo nos limitaremos a estudiar el caso de México, en donde como ya mencionamos, es en el artículo 16 Constitucional, párrafo cuarto, donde se contempla esta figura, mismo que establece que: "En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud a la del Ministerio Público".

Por lo que resultó benéfico haber suprimido con la reforma constitucional la expresión "flagrante delito" y sustituirlo por el de "delito flagrante".

De esta manera resulta imprescindible saber qué se entiende por dicho concepto y así nos dice Zamora Pierce que: "Llámesse delito flagrante a aquél cuyo autor es sorprendido en el momento mismo de cometerlo. Flagra (del latín flagrar), significa arder o resplandecer como fuego o llama; de manera que, etimológicamente el término delito flagrante se refiere al hecho vivo y palpitante, resplandeciente, cuya observación convence al testigo de que está presenciando la comisión de un delito".

156

Rafael de Pina nos dice que "considérese que el delito es flagrante cuando es descubierto en el momento de su ejecución o en aquél en que el autor es sorprendido cuando lo acaba de cometer".¹⁵⁷

¹⁵⁶ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. P. 26

¹⁵⁷ DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. México 1965. Editorial Porrúa, S. A. P. 292

Juventino V. Castro, por su parte manifiesta que “se denomina delito flagrante o in fraganti a aquél que se descubre en el momento mismo de su ejecución o en uno muy próximo a él, circunstancia que permite apreciar indubitablemente la conducta ilícita del infractor”.¹⁵⁸

Todas estas definiciones tienen en común la manera en que una persona ve como se consagra el delito y no requiere como dice Escriche, que el perpetrador haya sido visto “por muchos testigos al tiempo que lo cometía”.¹⁵⁹

Es necesario decir que nuestra Constitución Política no define lo que debe entenderse por delito flagrante, dejando esta definición a la ley secundaria; de esta manera el artículo 198 del Código Federal de Procedimientos Penales, como el artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en resumen establecen que se considerará que hay delito flagrante cuando el indiciado es detenido al momento de estarlo cometiendo, o si, inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso:

- a) Aquél es perseguido materialmente; o
- b) Alguien lo señala como responsable y se encuentra en su poder el objeto del delito, el instrumento con que parezca cometido, o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito.

En ambos preceptos, se establece además, que en esos casos el Ministerio Público iniciará la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según procediera, decretará la retención del indiciado, si están satisfechos los requisitos de

¹⁵⁸ V. CASTRO, Juventino. Op. cit. P. 46.

¹⁵⁹ ESCRICHE, Joaquín. Op. cit. P. 215

procesabilidad y el delito merezca pena privativa de libertad cuando menos, o bien, ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de libertad, o bien alternativa, por lo que la violación de lo dispuesto a tales artículo hacen responsable al Ministerio Público que decreta la indebida retención.

Por todo esto Briseño Sierra señala que: “El delito flagrante lleva a coartar la libertad de un presunto responsable, y supone la predeterminación del hecho delictuoso, el empleo de la fuerza, el aseguramiento de la persona, su traslado y la consiguiente denuncia o querrela”.¹⁶⁰

De esta manera podemos decir, que la medida cautelar no es la flagrancia o actualidad del delito, sino la detención preventiva. El delito flagrante en el mejor de los casos, es uno de los requisitos, que aunado a la potencial pena privativa de libertad cuando menos, puede dar lugar a la ejecución de una medida cautelar restrictiva de la libertad personal.

Por la posibilidad de ejecutar la medida cautelar aún desde antes de que se inicie el proceso, tal medida resulta meta-procesal, y puede convalidarse más tarde por la autoridad competente.

Cuando el legislador la admite, lo hace por la urgencia que es una de las característica no sólo de ésta, sino de toda medida cautelar. De aquí, que con motivo de este tipo de urgencia y la cercanía temporal con el delito, se faculta a cualquier particular, para ejecutar sin orden de autoridad, la medida restrictiva de la libertad física.

Con razón decía Don Emilio Reus, citado por González Bustamante, que “la facultad concedida a cualquier persona para proceder a la detención del delincuente

¹⁶⁰ BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El Enjuiciamiento Penal Mexicano* P. 91.

sorprendido en flagrante delito (*rectius* delito flagrante), ha respondido en gran modo a las exigencias de la opinión pública y a una gran necesidad social, es la cual, de facilitar el pronto castigo del culpable que no duda que lo es, que ha sido sorprendido in fraganti y en los casos en que ningún inconveniente, ninguna dificultad puede resultar por el aceleramiento".¹⁶¹

En todo caso no debe olvidarse el peligro personal, que representa el intentar coartar la libertad ajena, peligro tanto físico como jurídico.

4.1.4 TIPOS DE FLAGRANCIA

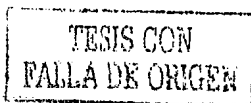
La existencia de tres tipos de flagrancia, se afirma no sólo por la ley, sino también por los estudiosos; siendo éstas las siguientes:

- a) Flagrancia estricta;
- b) Cuasiflagrancia; y,
- c) Flagrancia presunta.

De esta manera se dice que hay Flagrancia estricta, cuando el sujeto detenido es sorprendido en el momento mismo de estar ejecutando o consumando la conducta delictiva.

Su concepto se encuentra vinculado con la fase externa del *iter criminis* en su período de ejecución en su aspecto de consumación.

¹⁶¹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. P. 118.



Florián por ejemplo alude a la “comisión”, *in ipsa perpetratione facinoris* y Manzini hace incidir la flagrancia al momento de estarse cometiendo el delito.

Recordemos que esta figura fue tema de derecho medieval, siendo un caso patente de evidencia probatoria, que repercute como en la actualidad en el proceso.

Por su parte la ley italiana habla de actualidad del delito y para esta figura ha establecido un juicio “directísimo o sumarísimo”.

De esta manera, al precisar la flagrancia estricta, ponemos como ejemplo el momento en que una persona es sorprendida lesionando a otra con un instrumento punzo cortante, por lo que en ese mismo momento podrá ser detenida *in ipsa perpetratione facinoris* (en el momento de estar ejecutando el hecho).

Bajo la cuasiflagrancia, una persona podrá ser detenida aún después de que ejecutó o consumó la conducta delictiva, pero siempre y cuando no se le haya perdido de vista y aún haya sido perseguida desde la realización del hecho delictivo.

Aunque ya ha pasado la consumación, aparece la otra especie de flagrancia, decía Julio Acero, cuando “no deje de prevalecer como exigencia principal, la racional proximidad del tiempo de la ejecución del delito, para que se considere su impresión subsiste íntegra y clara como tema de estricta actualidad”.¹⁶²

Por otro lado González Bustamante señala que “el delito cuasiflagrante es aquél en que el agente del delito, después de haberlo cometido, huye y es perseguido materialmente; siempre que la persecución durare y no se suspendiere; mientras el responsable no se ponga fuera del inmediato alcance de los que lo persiguen”.¹⁶³

¹⁶² ACERO, Julio. *El Procedimiento Penal*. Puebla 1968. Editorial Cajica. P. 131.

¹⁶³ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit.. P. 7.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Esta figura en estudio, también es registrada por la ley, por lo que el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como el artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la señalan al decir que existe un delito flagrante no sólo cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpado es perseguido materialmente (cuasiflagrancia).

La cuasiflagrancia es registrada por la ley al expresar que “después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpado es perseguido materialmente”, crea las siguientes interrogantes: ¿Qué debe entenderse por “después”?, y ¿hasta qué tiempo alcanza la persecución en la flagrancia?

Si “después” indica posterioridad en tiempo, podría decirse que en la cuasiflagrancia que se examina, queda cualquier etapa temporal posterior al delito, más esta interpretación no es correcta ya que con ello llegaría a ser inoperante la garantía consignada en el artículo 16 Constitucional. En otras palabras, si se pudiera detener sin orden judicial después del delito, no hubiera sido necesario que el legislador constitucional señalara requisitos para aprehender a un infractor.

En este orden de ideas, cabe determinar como acertadamente dice Rivera Silva que “el después, consignado en la ley, se inicia en los momentos inmediatos posteriores a la consumación del delito, en los que la actividad de persecución se vincula directamente al delito que se acaba de cometer. Así, el después resulta operante para el delito que se acaba de cometer”.¹⁶⁴

¹⁶⁴ RIVERA SILVA, Manuel. *El Procedimiento Penal*. Décima Segunda edición. México 1982. Editorial Porrúa, S.A. P. 154.

Explicado el alcance de “después”, queda por averiguar hasta qué punto es todavía operante la cuasiflagrancia en lo tocante al tiempo de persecución, es decir, si se está en la flagrancia cuando en lo “materialmente perseguido” transcurre una hora, cinco horas, un día o más. A este respecto señala el mencionado procesalista que “se está dentro de la cuasiflagrancia, en tanto no cesa la persecución, independientemente del tiempo.

Si por cualquier razón se suspende la persecución, ya no se está en la hipótesis prevista en la ley”.¹⁶⁵

Ejemplo. Un sujeto ha robado un bien, aunque fue visto cuando robaba, no fue detenido en ese momento, toda vez que éste se echó a correr y quien o quienes lo vieron robar lo siguen sin perderlo de vista, para detenerlo más adelante.

Por último, en la presunción de flagrancia nos dice Jorge Alberto Silva que “el individuo ni ha sido aprehendido al ejecutar o consumir el delito, y tampoco ha sido perseguido luego de cometido. Aquí, sólo existen datos que hacen factible pensar que ese sujeto fue el auto”.¹⁶⁶

La Ley establece que existe presunción de flagrancia, cuando alguien es señalado como responsable del delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad”.

Desde luego, esto nos conduce a decir que la presunción de flagrancia implica una presunción controvertible, *juris tantum* (presunción legal que admite prueba en

¹⁶⁵ Ídem.

¹⁶⁶ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. cit. P. 504.

contrario), de modo que si se le encuentra a una persona en los supuestos que señala la ley, se presume consecuentemente su responsabilidad.

Ejemplo.- Al llegar a nuestra casa, vemos cerca de ella a un individuo que carga nuestra televisión e ignoramos que sea. Aunque vimos el momento consumativo, si concurre alguna presunción; la de encontrar en su poder nuestra televisión se presume dicha flagrancia.

4.1.5 CARACTERIZACIÓN DE LA FLAGRANCIA

Sorprender al autor del delito en el momento de cometerlo es lo que caracteriza a la figura examinada. Por ello, el concepto jurídico de flagrancia está constituido por una idea de relación entre el hecho y la persona. No puede haber flagrancia en virtud solamente del hecho típico; es necesaria siempre la presencia del autor de la conducta típica. De tal suerte, que no constituye flagrancia si el autor del delito no es sorprendido en el acto mismo de su ejecución, o no se le detiene inmediatamente, pues es necesario que el hecho perdure o no haya concluido en el momento en que se descubre.

Sin embargo, como hemos dicho, a su lado, hay otras figuras asimilables para la forma de proceder a la captura, pero la cuestión temporal está siempre presente y es determinante aunque relativa, por ello como menciona Briseño Sierra "las legislaciones no pueden precisarla, pudiendo sólo hablarse de proximidad, en particular respecto a la persecución", como lo es en los casos de cuasi-flagrancia, o

en relación "a los vestigios o señales que se encuentren al capturar al presunto", tal como acontece en la presunción de la flagrancia.¹⁶⁷

Debe descartarse la idea de que la flagrancia la encontramos únicamente en los delitos instantáneos, ya que en los delitos permanentes, cuya consumación continúa ininterrumpidamente hasta el cese de la permanencia. En tal caso, el agente debe ser sorprendido mientras, activa o pasivamente, mantiene el delito en estado de permanencia.

En los delitos continuados, materializados éstos por una serie de infracciones idénticas, ejecutadas con unidad de resolución. La flagrancia existirá cuando la persona fuera sorprendida en el momento de cometer el último hecho delictuoso.

4.1.6 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y EN LA LEY ADJETIVA

Nuestro texto constitucional, establece como regla general que sólo mediante orden de aprehensión proveniente de la autoridad judicial competente, se aplicará la medida cautelar restrictiva de la libertad, pero dentro de las reglas específicas, que derogan a la citada general, nos encontramos que también el propio texto constitucional, indica en el párrafo cuarto del artículo 16 Constitucional que como excepción. "En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público".

¹⁶⁷ BRISEÑO SIERRA, Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano. Op. cit. Pp. 91 y 92.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De lo anterior, se desprende que no sólo la autoridad podrá aplicar la medida cautelar, sino que también un particular la puede ejercitar.

El Constituyente es de la opinión que la flagrancia nos impone de tal forma que la evidente culpabilidad del sujeto, que autoriza el rompimiento de la regla general, y sin esperar a la orden judicial, permite que lo detenga cualquier persona. En tan amplio concepto, quedan comprendidos, desde luego, el Ministerio Público y los funcionarios encargados de practicar diligencias de policía judicial.

En congruencia con lo dicho en el párrafo anterior, el artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece que "inmediatamente que el Ministerio Público Federal o los funcionarios encargados de practicar en su auxilio diligencias de averiguación previa, tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictarán todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso, los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo; saber que personas fueron testigos, evitar que el delito se siga cometiendo y, en general impedir que se dificulte la averiguación, procediendo a la detención de los que intervinieron en su comisión en los casos de flagrante delito.

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

El Ministerio Público, sólo podrá ordenar la detención de una persona, cuando se trate de delito flagrante o de caso urgente, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional y en los términos de los artículos 193 y 194 bis respectivamente.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El artículo 193 señala que “en los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

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

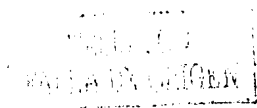
La violación de esta disposición hará plenamente responsable al Ministerio Público o funcionario que decrete indebidamente la retención y la persona así detenida será puesta en libertad.

El artículo 194 bis establece que “en los casos de delito flagrante y en los casos urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada...”

Estas disposiciones casi se asemejan a las que establecen los artículos 266, 267 y 268 bis, todos éstos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y que nos dicen que:

Artículo 266.- “El Ministerio Público y la Policía Judicial a su mando están obligados a detener al responsable, sin esperar tener orden judicial, en delito flagrante o en caso urgente”.

Artículo 267.- “Se entiende que existe delito flagrante, no sólo cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando, después de



ejecutado el hecho delictuoso, el inculpado es perseguido materialmente o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder algún objeto de mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicio, que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.

En esos casos el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según proceda, decretar la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merezca pena privativa de libertad, o bien, ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de libertad, o bien alternativa.

La violación de esta disposición hará plenamente responsable al Ministerio Público que decrete la indebida retención, y el indiciado deberá ser puesto en inmediata libertad”.

Artículo 268 bis.- “En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada...”.

Con toda intención no hemos señalado en qué casos procede la duplicidad del plazo a que aluden los artículos 194 bis y 268 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, respectivamente, en virtud de que se señalarán al estudiar la segunda excepción a que hace mención el párrafo quinto del artículo 16 Constitucional, referentes a los casos urgentes.

Así pues, continuando con la fundamentación legal de la flagrancia, observamos que se faculta también a cualquier otra autoridad e incluso a los particulares para proceder a la captura de una persona sorprendida in fraganti en la realización de un ilícito.

Lo extraordinario de autorizar a un particular para que detenga a otro nos resulta evidente si recordamos que, fuera de esta autorización constitucional y de los llamados casos urgentes que establece el multicitado artículo 16 Constitucional, esa conducta sería sancionable como delito de privación de libertad a que alude el artículo 364 fracción I del Código Penal Federal.

El propio Constituyente limita esta intervención del particular en el campo de las funciones autoritarias, ordenándole que ponga al indiciado sin demora, a disposición de la autoridad inmediata y ésta con la misma prontitud a la del Ministerio Público, es decir, que sin tardanza, sin dilación, sin detenerse, haga entrega a la autoridad más cercana, cualquiera que ésta sea, a la persona detenida en dicha circunstancia.

“Si la venganza, odio o cualquier otra motivación, el particular retuviere en su poder, sin entregar inmediatamente a la autoridad, a las personas detenidas in fraganti, su conducta es encuadrable en la fracción I del artículo 362, habida cuenta de que, a partir del instante en que pudo y debió ponerlas a disposición de la autoridad, las retiene (y por tanto, detiene) ilegalmente”.¹⁶⁸

El artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, establece que se aplicará la pena de un mes a tres años de prisión y multa hasta de mil pesos.

¹⁶⁸ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Op cit. P. 135.

1.- Al particular que fuera de los casos previstos por la ley, detenga a otro en una cárcel privada o en otro lugar por menos de ocho días, de la pena será de un mes más por cada día...”.

Por otra parte, en el párrafo sexto del artículo 16 Constitucional, como hemos dicho, se establece un control de legalidad por parte del juez, en relación a aquellas detenciones realizadas en flagrancia o urgencia y se dice que “en casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”.

Este control judicial sobre la licitud de la detención significa que la primera determinación judicial, una vez radicado el asunto, o bien en el mismo acto de radicación, el juez tiene que avocarse a constatar sobre la licitud de la detención en los casos de urgencia o flagrancia, es decir, que sea apegada al mandamiento Constitucional.

En la práctica, esta garantía es nugatoria (por vicios del actuar judicial), la mayoría de los jueces salvo honrosas excepciones, por un lado decretan la libertad del indiciado con las reservas de ley y por el otro, al mismo tiempo previa notificación y pedimento del Agente del Ministerio Público, gira la respectiva orden de aprehensión dándose el caso, que aún el indiciado no ha cruzado los umbrales del reclusorio cuando ya los agentes de la policía judicial lo están aprehendiendo.

Tal obligación que tiene el juez de constatar la licitud de la detención, también es señalada en la ley, y concretamente el artículo 134 párrafo tercero del Código Federal de Procedimientos Penales, así como el artículo 268 bis, último párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establecen disposiciones semejantes a lo señalado por el párrafo sexto del artículo 16 Constitucional.

De esta manera, en caso de que la autoridad judicial no acate el mandamiento constitucional, se establece su responsabilidad en términos de lo previsto por el artículo 225 del Código Penal Federal.

Algunas formas de flagrancia dice García Ramírez, “pueden darse en el desarrollo del mismo proceso”¹⁶⁹. Así se denunciará inmediatamente al Ministerio Público al testigo de quien con fundamento se sospecha que ha incurrido en falsedad y al respecto el artículo 255 del Código Federal de Procedimientos Penales dice: “Si de lo actuado apareciere que algún testigo se ha producido con falsedad, se mandará compulsar las constancias conducentes para la investigación de este delito y se hará la consignación respectiva al Ministerio Público, sin que esto sea motivo para que se suspenda el procedimiento; si en el momento de rendir su declaración el testigo apareciera que es manifiesta la comisión del delito de falsedad, será detenido desde luego y consignado al Ministerio Público”.

Por lo que toca al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el artículo 214 se establece que “si de las actuaciones aparecieron indicios bastantes para sospechar que algún testigo se ha conducido con falsedad, o se ha contradicho manifiestamente en sus declaraciones, quedará inmediatamente a disposición del Ministerio, se mandará compulsar las piezas conducentes para la averiguación del delito se formará por separado el expediente correspondiente, sin que por esto se suspenda la causa que se esté siguiendo”.

También puede ser caso de flagrancia, el hecho de que el jurado no manifieste el impedimento que tenga para hacerlo, cuando se le interrogue sobre ellos, o indique tener uno que en rigor no presentan estos casos se sancionarán como falsedad en declaraciones judiciales.

¹⁶⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. cit. Pp. 386 y 387.

El artículo 316 del Código Federal de Procedimientos Penales, a este respecto dice que: "cuando un jurado no manifieste el impedimento que crea tener al hacérsele la pregunta a que se refiere el artículo anterior, y apareciera en el acto o posteriormente que lo tiene, será consignado por el delito a que se refiere la fracción I del artículo 247 del Código Penal".

En este mismo sentido el artículo 345 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, contiene la disposición señalada, por lo que dice que "cuando un jurado no manifieste el impedimento que crea tener al hacerle la pregunta a que se refiere el artículo anterior, y apareciera en el acto o posteriormente que lo tiene, será consignado al juez competente para que éste le imponga la sanción que señala el artículo 247 del Código Penal.

La misma consignación se hará si se alega algún impedimento y después apareciere no ser cierto".

Otro caso de flagrancia se presenta en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuando un jurado se niega a rendir la protesta que le corresponde con lo que incurre en delito de desobediencia, definido por el artículo 182 del Código Penal Federal que señala que: "El que debiendo ser examinado en juicio, sin que le aprovechen las excepciones establecidas por este Código o por el de Procedimientos Penales, agotados sus medios de apremio, se niegue a otorgar la protesta de ley o a declarar, pagará de 10 a 30 días de multa. En caso de reincidencia impondrá prisión de uno a seis meses o de 30 a 90 días multa".

El citado artículo como se observa es remisivo al Código de Procedimientos Penales, por lo que concretamente el artículo 350 del Código Adjetivo de la materia para el Distrito Federal señala que "Si alguno de los jurados se negare a protestar, el

juez, de acuerdo con lo que dispone el artículo 182 del Código Penal le impondrá de plano la sanción que ese precepto señala, sin recurso alguno, y será sustituido desde luego por el supernumerario correspondiente”.

Empero, se suscitan aquí serias dudas sobre la constitucionalidad de tal mandato, porque se ordena imponer al desobediente, de plano y sin recurso, la sanción prevista por el Código Sustantivo. De tal suerte se sanciona un delito sin previo juicio.

En cambio, el artículo 312 del Código Federal de Procedimientos Penales que señala: “Si alguno de los jurados se negare a protestar, el presidente de los debates le impondrá de plano, y sin recurso alguno, multa de diez a cien pesos y lo substituirá, desde luego, por el supernumerario correspondiente”. Con lo que se observa que no remite al Código Penal y simplemente autoriza imponer la multa ya señalada situándose la misma dentro de las correcciones disciplinarias.

Las sanciones previstas por los artículo 342 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como las estipuladas por los artículos 374 y 376 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal para los casos en que algún jurado se niegue a votar o a firmar, son claramente correcciones disciplinarias.

Por último diremos que nuestra ley no establece la facultad de detener in fraganti a aquéllas personas respecto de las cuales se sospecha o se sabe que va a cometer un delito, como existe, verbigracia, en Tailandia, pero en cambio si existe la obligación de denunciar la posible comisión de un delito para no incurrir en responsabilidad penal.

4.2 LOS CASOS URGENTES

El otro caso de excepción a la regla, según la cual sólo la autoridad judicial puede ordenar la detención preventiva es el "caso urgente".

Aquí el Ministerio Público, podrá ordenar la detención provisional de una persona en congruencia con lo que dispone el párrafo quinto del artículo 16 Constitucional, que 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 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".

4.2.1 CONCEPTO

La noción de urgencia, según el Diccionario de la Real Academia Española significa la "necesidad o falta apremiante de lo que es menester para algún negocio".

170

Sin embargo, nosotros tenemos que remitirnos a la ley para entender lo que el Constituyente quiso decir al hablar de los Casos Urgentes, y así son dice el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales que: "En casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que acrediten:

¹⁷⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Op. cit.

- a) Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en este artículo;
- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y,
- c) Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión...”

Con mejores técnicas el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales establece que: “Habrá caso urgente cuando:

- a) Se trate de delito grave, así calificado por la ley;
- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y,
- c) Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias...”

La explicación a cada uno de estos incisos, la daremos en otro punto, sin embargo queremos dejar claro que en el dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de fecha 8 de julio de 1993, respecto a la iniciativa de reforma el artículo 16 Constitucional entre otros más artículos, se dijo que el párrafo quinto de dicho numeral “fue una de las que mayor cuidado y profundidad llevó en su análisis y discusión, por ser una excepción a la regla general señalada en el párrafo segundo de artículo citado. Los motivos de la reforma se centran en la necesidad de precisar los términos de la autorización vigente para la detención en casos urgentes a fin de proteger de mejor manera la libertad de los gobernados, se resolvió dicha autorización, sólo para el Ministerio

Público en congruencia de lo que dispone el artículo 21 Constitucional. Así mismo, se consideró necesario limitar dicha ley, y no para cualquier delito de oficio. Queda claro la obligación para el legislador ordinario de realizar una relación limitativa de delitos que por su gravedad justifiquen la detención en casos urgentes, debiendo cumplir tan delicada función con la extrema prudencia que evite la arbitrariedad, considerando a aquellos delitos que por sus efectos alteren seriamente la tranquilidad y paz públicas. Además, se precisó que el carácter de urgencia surge por una parte del riesgo fundado de fuga, y por la otra, de la imposibilidad para ocurrir oportunamente ante la autoridad judicial para solicitar la orden de captura.

Por último, expresamente se señala la existencia de indicios en contra del inculpado para evitar que este tipo de detenciones se hagan con fines meramente investigatorios".

De estas ideas, se nutrió la exposición de motivos de fecha 22 de noviembre de 1993, presentada por el Ejecutivo Federal y que propuso las reformas a diversos ordenamientos, pero fundamentalmente a la Ley Adjetiva Penal, que definen lo que debe entenderse por los llamados *casos urgentes*.

4.2.2 SIGNIFICACIÓN JURÍDICA

Mientras el derecho interno de ciertos países limita la responsabilidad de detener sin necesidad de orden judicial, al responsable de una infracción penal únicamente en los casos de delito flagrante, diversos otros países autorizan también, sea de hecho, sea de derecho, la detención inmediata del inculpado cuando ésta es o parece

ser urgente. Sin embargo, las disposiciones legales pertinentes, e incluso, las prácticas a este respecto difieren en amplitud según el país de que se trate.

En Bélgica, por ejemplo, se ha sostenido que, aparte de los delitos flagrantes, los agentes de la policía judicial pueden, cuando existen el mandamiento de detención correspondiente, y dentro del mismo plazo, tal mandamiento le sea notificado al inculpado.

En Francia, conforme a los artículos 61 a 63 del Código de Procedimientos Penales, la policía judicial puede detener a cualquier persona que se encuentre en el lugar de la comisión del delito, sea con el objeto de establecer o verificar su identidad, sea porque pueda proporcionar información acerca de los hechos, sea incluso, porque contra ella existen indicios graves y concordantes susceptibles de motivar su inculpación, es decir, tal detención se autoriza siempre y cuando lo exijan o justifiquen las necesidades de la indagación.

En Italia, es sobre todo el temor a la fuga del sospechoso lo que cuenta de manera relevante para que la policía pueda proceder a una detención sin mandato, ya que, en los términos del artículo 238 del Código de Procedimientos Penales, tal detención es posible cuando el mandato de detención, y siempre y cuando pueda presumirse racionalmente que el sospechoso tratará de fugarse.

En la República Federal de Alemania, según el artículo 127, inciso 2 del Código de Procedimientos Penales, en caso de que las condiciones para expedir un mandato de detención se encuentran reunidas, pero existiendo al mismo tiempo algún peligro si se espera hasta su expedición, tanto el Ministerio Público como la policía pueden proceder a la aprehensión del presunto responsable.

Con todo, el sistema que presenta un interés particular, puede ser el más completo, dado que engloba las características más comunes del derecho continental europeo sobre la detención sin mandato en caso de urgencia, es el sistema adoptado en Suecia.

En este país, una persona puede ser detenida durante cierto tiempo, si autorización judicial, en las tres hipótesis o situaciones siguientes:

Primera.- Cuando sea en interés de la encuesta preliminar, cualquier persona que se encuentre en el lugar de la comisión del delito estará obligada a acompañar al agente policiaco para ser interrogada inmediatamente después de haberse cometido el delito, pudiendo incluso ser obligada a ello por la fuerza (artículo 23, inciso 8 y 9 del Código de Procedimientos Penales).

Segunda.- La policía también podrá detener sin mandato a toda persona susceptible de ser objeto de un mandamiento de detención, en caso de existir algún riesgo de esperarse hasta la expedición del mismo (artículo 24, inciso 7 del Código de Procedimientos Penales). La detención en estas circunstancias se considera como una medida de urgencia no sólo por los términos mismos de la disposición aludida, sino por el hecho de que, además se exige que la persona así detenida, sea conducida lo más pronto posible ante una autoridad competente (inciso 8 del artículo citado líneas arriba). Y,

Tercera.- La detención de una persona sin participación judicial puede no únicamente ser decidida, sino también prolongada, por las autoridades encargadas de la averiguación de los delitos, pero siempre su intervención deberá contar con la autorización constitucional y dar aviso oportuno a la autoridad competente.

A diferencia de las autorizaciones otorgadas en las dos primeras hipótesis, las facultades conferidas en la tercera, las cuales se encuentran previstas por el artículo 24, inciso 5, del código en cita, más que una medida de urgencia parecería ser una medida sustitutiva de la intervención judicial en materia de aplicación de la detención preventiva.

Existen, por otra parte, ciertas formalidades que se deben cumplir en los casos de urgencia, como en los casos de flagrancia.

Así pues, en los casos en que se autoriza la aprehensión o detención de una persona sin mandato judicial, la presentación de ésta, en el más breve plazo posible, ante un magistrado u otro funcionario habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales, constituye una exigencia generalizada en todos los países europeos.

Por lo que hace América Latina, observamos que en Argentina, el caso más frecuente de detención sin orden judicial es la efectuada por la policía con motivo de la comisión de un delito. Así la legislación prevé que en los mismos casos en que cualquier persona está facultada para detener sin orden, es decir, en caso de delito flagrante, para la policía más que un derecho es una obligación, debiendo proceder a la detención del sospechoso, aún sin mandato judicial, no solamente en el caso anterior, sino también cuando existan sospechas vehementes de comisión de un delito contra una persona determinada (artículo 4, del Código de Procedimientos Penales).

Ahora bien, la policía debe presentar al detenido ante la autoridad judicial en el más breve plazo. De ahí que la legislación de este país se utilicen términos tales como “inmediatamente”, o bien “en las primeras horas hábiles del despacho del juez” (artículos 4 y 370 del Código de Procedimientos Penales).

No obstante, cabe señalar que tales prescripciones no se cumplen en la práctica dentro de tales límites, debido a que la misma policía lleva a cabo una prevención sumaria de corte judicial, entregando por lo general al juez, junto con el detenido, las pruebas acumuladas durante dicha prevención, la cual requiere por lo menos de dos a tres días.

En Colombia, sólo en casos excepcionales, pueden los funcionarios de policía o administrativos decretar la detención, y tal sería el caso, por ejemplo, de la situación prevista en el artículo 28 Constitucional que se asemeja a lo que establecía nuestro artículo 16 antes de la reforma.

En el Salvador, donde la Constitución garantiza que sólo las autoridades judiciales podrán decretar, mediante una orden escrita la privación de libertad de una persona, la facultad otorgada concretamente por el artículo 67, fracción I, del Código de Procedimientos Penales, franquea la puerta a grandes abusos, dado que con demasiada frecuencia las autoridades policíacas detienen a una persona por simple denuncia o con objeto de investigar un delito que se dice ha cometido, sin que nunca se cumpla con la obligación de poner al detenido a disposición de la autoridad judicial dentro del plazo de veinticuatro horas que señala la ley, abusándose, por el contrario, de las detenciones excesivamente prolongadas.

En México, la significación jurídica del llamado caso urgente es la siguiente: A diferencia de la excepción de flagrancia, compañera constante de la regla general desde los orígenes de ésta, como lo prueban los antecedentes históricos relatados en la primera parte de este trabajo, la excepción de caso urgente es una recién llegada, aparece apenas en el Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, con el siguiente texto; "Solamente en casos urgentes podrá la autoridad administrativa decretar, bajo su más estrecha responsabilidad, la detención de un acusado,

poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial la posibilidad de que la autoridad administrativa tuviese facultades para privar de su libertad a una persona, encontró una decidida oposición en el seno del Congreso Constituyente; al grado de que en la 21ª Sesión Ordinaria, celebrada la tarde del sábado 23 de diciembre de 1916, la Comisión encargada de elaborar el dictamen sobre el artículo 16 del Proyecto de Constitución, integrada por los diputados Francisco J. Múgica, Enrique Recio, Enrique Colunga, Alberto Román y L. G. Monzón, propuso se eliminara la excepción de caso urgente, fundándose en los siguientes razonamientos: Juzgamos peligroso dar facultades a la autoridad administrativa para ordenar aprehensiones, ni aun en casos urgentes. Desde luego, siendo tan numerosas las autoridades administrativas, habría que determinar a cuáles de ellas, se conceden esas facultades.

Por otra parte la necesidad de dejar la calificación de la urgencia del caso a la misma autoridad ejecutora, puede dar lugar a abusos frecuentes, tanto más de temerse cuanto que es fácil muchas veces eludir la responsabilidad consiguiente y cuando la experiencia ha demostrado con cuanta frecuencia han abusado las autoridades administrativas de la facultad que se les ha concedido de ordenar aprehensiones. Será raro que en algún caso, por urgente que sea, no tenga la autoridad administrativa el tiempo necesario para recabar de la judicial la orden de aprehensión; pero, en todo caso, podrá tomar las precauciones necesarias para impedir la fuga del inculpado.”

Ese dictamen suscitó un debate en el cual intervinieron, a favor de eliminar el caso urgente, los CC. Diputados Recio, De la Barrera, López Lira y Múgica. Éste último, cuyas palabras tienen especial importancia por su carácter de miembro de la Comisión, dijo: “...Por lo que nosotros discutimos allá, puedo informar a ustedes lo

siguiente: Para los casos verdaderamente urgentes de delitos ya se autoriza hasta los particulares para que hagan aprehensiones; eso en casos de delito in fraganti, en casos de verdadera urgencia, porque si vamos a considerar otra clase de delitos y otra clase de autorizaciones tan urgentes que hasta la autoridad administrativa pueda librar la orden de aprehensión, y efectuar ésta, entonces, señores, habremos llegado al caso de que, a pesar de los buenos deseos del Ciudadano Primer Jefe y de la Revolución, no se habrá remediado nada, pues es indudable que en cualquier momento propicio habrá personas que se acerquen con una insinuación de urgencia a una autoridad y que esa autoridad estime urgente también la aprehensión y decretar que se quite la libertad a un individuo que no merece sufrir aquel atropello ni merece mucho menos que se le prive de la libertad... Esta necesidad de garantizar la libertad de los individuos cuando se trata de los delitos de orden común, ha nacido indudablemente de toda esa serie de atropellos que en tiempos pasados se vinieron cometiendo en la persona de los ciudadanos, y en los que indudablemente tenían una gran participación las autoridades políticas, no sólo por su mala inclinación y la mala educación de aquellos tiempos, sino por lo fácil que es sorprender a una autoridad, principalmente en nuestros pueblos cortos en que los representantes del poder son hombres ignorantes y no alcanzan a darse cuenta de la gravedad de un atropello que sólo tienen presente este pensamiento, el de que tienen que dar garantías; y así dictaban y pueden dictar en lo sucesivo órdenes de aprehensión a diestra y siniestra, con la idea de que están dando garantías”.

En una segunda intervención, Múgica agregó que: “Si la mente de los legisladores y en primer lugar la del Primer Jefe, quien lo ha consignado en el proyecto de Constitución, garantizar la libertad del individuo, es decir, de tal manera que previene en el cuerpo de este mismo artículo que no debe dictarse ninguna orden de aprehensión, hasta que no haya definido si hay delito o no que perseguir, hasta

que no esté garantizado, cuando menos, con el testimonio de dos o tres personas honorables, que hay verdadero delito por el cual debe o no privársele de la libertad, y no simplemente aprehender a un individuo, pregunto yo, señores, ¿será lógico darles esta facultad tan amplia a las autoridades municipales, por más honradas, por más honorables, por más populares y justicieras que sean?, desde el momento en que se quita a la misma autoridad judicial la facultad de mandar aprehender a un individuo, que es la propia, la apropiada, la especial para estos casos de aprehensión, facultad que le corresponde de acuerdo con todas las legislaciones y por la naturaleza misma de su institución. Así nunca se necesita saber de antemano si hay en realidad delito que perseguir, ni el testimonio fundado de personas que acrediten que aquel individuo es delincuente para poder dictar la orden de aprehensión. ¿Será pues, lógico y consecuente que si al Poder Judicial le quitamos esa facultad, esa facilidad para efectuar la aprehensión de un presunto criminal, se la demos a la autoridad administrativa sólo en casos urgentes que necesariamente tiene que calificar la misma autoridad administrativa?”.

En contra del dictamen de la Comisión, es decir, a favor de que se conservase la hipótesis del caso urgente, habló el Diputado Jara quien afirmó: “Esto, yo creo fue en previsión de los pequeños lugares donde no es posible que haya distintos turnos de jueces, o que no haya personal competente, sino sólo un juez que no va a estar continuamente, sin dormir y sin comer, esperando que llegue la hora en que se solicite su intervención en un caso urgente que haya necesidad de preceder alguna aprehensión...”, Jara nos proporciona un clarísimo concepto de lo que entiende por caso urgente al decirnos que debe facultarse a la autoridad administrativa para detener cuando: “...se tiene conocimiento de que el delito se ha cometido y que el delincuente después de ocho o diez días o un mes (esta referencia temporal tiene por objeto distinguir la flagrancia del caso urgente), 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 del tren para fugarse...” Todavía hizo uso de la palabra Jara para defenderse del argumento de “que si la autoridad administrativa tuviese la facultad de ordenar aprehensiones, se vería en peligro esa misma libertad. Aquí, en el párrafo que vengo sosteniendo, dice de una manera clara y terminante: “Solo en casos de gran urgencia podrá la autoridad administrativa decretar, bajo su más estricta responsabilidad”, allí la ley establece, bajo su responsabilidad más estricta el dictar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente bajo el furo judicial; de manera que la autoridad administrativa no pueda hacerlo sin incurrir en un delito, en una grave falta abusando de las facultades que se ponen en sus manos, porque la ley ordena que inmediatamente ponga al acusado a disposición de la autoridad judicial; de manera que no tiene derecho para retenerlo en su poder, incurriendo en la grave responsabilidad que la ley establece por el hecho de haberlo retenido en su poder en la forma indicada”.¹⁷¹

Finalmente, el Congreso votó por otorgar a la autoridad administrativa, facultades para detener, pero reformó el texto del proyecto para someter esas facultades a la realización de cuatro condiciones:

- a) Que se trate de un caso urgente, y de los debates ya transcritos en parte, nos informan que por tal entendía el Constituyente el temor de fuga;
- b) Que no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, es decir, que en el lugar en el cual pretende llevarse a cabo la detención no tiene su sede ningún tribunal, o bien, es un lugar pequeño en el cual reside un solo

¹⁷¹ ROMERO GARCÍA, Fernando. Diario de Debates del Congreso Constituyente. Tomo I. Número 34. México 1917. Imprenta de la Cámara de Diputados. Pp. 619-635.

juez, quién no puede ser habido para solicitarle una orden de aprehensión;

- c) Que se trate de delitos que se persiguen de oficio; y,
- d) Que la autoridad administrativa ponga al detenido inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

Las tres primeras condiciones se encontraban unidas por la conjunción “y”, luego entonces, si faltaba una sola de ellas, la autoridad administrativa no estaría autorizada para detener.

Sin embargo, la mala redacción del texto del artículo 16 Constitucional aprobado por dicho Congreso dio lugar a la imperiosa necesidad de una reforma a nuestra Ley Fundamental con relación a la facultad otorgada a la autoridad administrativa para detener en los llamados Casos Urgentes.

La propuesta hecha por el maestro Ignacio Burgoa, desde hace varios años, de eliminar el subjetivismo en las autoridades administrativas se concretizó con la reforma de 1993 al marco constitucional, pero a la vez se dio un nuevo contenido a la noción de urgencia, señalándose que la única autoridad que puede ordenar la detención de un individuo, por urgencia, es el Ministerio Público, pues antes se aludía con un término extremadamente genérico, a la autoridad administrativa ya que se decía que “solamente en casos de urgencia, 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”.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El citado texto de por sí generaba muchas polémicas, tanto en lo referente a la facultad que se le otorgaba a la autoridad administrativa para practicar detenciones, como el hecho de no limitar los delitos que se perseguían de oficio, independientemente de que causaba confusión con las facultades propias de la Representación Social.

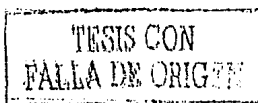
Con la reforma al artículo 16 Constitucional, se estableció en el párrafo quinto, que "solo cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial 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".

De esta manera se corrigió la terminología jurídica del citado precepto constitucional, dando con ello una mejor precisión a la facultad que tiene la Representación Social para detener en Casos Urgentes.

4.2.3 CARACTERIZACIÓN DEL CASO URGENTE

Ahora para que haya urgencia, según entendemos del artículo 16 Constitucional párrafo quinto se requiere:

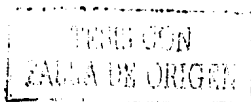
- a) Que el indiciado haya intervenido en la comisión de algún delito grave así calificado en la ley, al que se le puede conceptuar como "la comisión



de una conducta antisocial a que la ley le marca alta penalidad y no admite la libertad bajo fianza".¹⁷²

Por tal motivo, la noción de delito grave es mejor entendida en la Ley Adjetiva Penal y así el último párrafo del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, que fue reformado y adicionado por decreto del 20 de julio de 1994 y publicado en el Diario Oficial de la Federación, el viernes 22 de julio del mismo año, con entrada en vigencia al día siguiente, se estableció en relación a los delitos graves lo siguiente: "Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales por afectar de manera importante, valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal: homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60 tercer párrafo; Traición a la Patria previsto en los artículos 123, 124, 124, 126; espionaje previsto en los artículos 127, 128; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; Sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero, así como los previstos en los artículos 142 párrafo segundo y 145; piratería previsto en los artículos 146 y 147, genocidio previsto en el artículo 149 bis; evasión de presos previsto en los artículos 150 y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis párrafo tercero; 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, 197 párrafo primero y 198 parte primera del párrafo tercero; corrupción de menores previsto en el artículo 201; trata de persona, previsto en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio carnal, previsto en el artículo 208 segundo párrafo;

¹⁷² BENITEZ TREVIÑO, Humberto. Op. cit. P. 215.



falsificación de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237; de violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto en carreteras y caminos, previstos en el artículo 286 segundo párrafo; homicidio, previsto en los artículo 302, con relación al 307, 313, 315, 315 bis, 320 y 323; de secuestro, previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafo antepenúltimo y penúltimo; robo calificado, previsto en el artículo 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones VIII, IX y X, 381 bis; y extorsión, previsto en los artículos 83, fracción III, 83 bis, exceptuando sables, bayonetas y lanzas, y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; tortura, previsto en los artículos 3º y 5º de la Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura; el de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población; y los previstos en los artículos 104 fracciones II y III, último párrafo, 105 fracción IV y 115 bis del Código Fiscal de la Federación”.

Ahora bien, en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal párrafo cuarto, que se reformó y adicionó por el Derecho citado, se señalan los delitos graves para este ordenamiento estableciendo que “para todos los efectos legales, para afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se clasifican como delitos graves, los siguientes: Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo, previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje, previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; trata de personas previsto en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con

relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323; secuestro, previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracción VIII, IX y X y 381 bis; extorsión previsto en el artículo 390 y despojo previsto en el artículo 395 último párrafo todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; así como el de tortura previsto en los artículos 3º y 5º de la Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura”.

- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia y a este respecto es obvio que lo fundado no es el riesgo que siempre existe, sino la apreciación que a este respecto hace la autoridad; y,
- c) Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

En cuanto a la razón de que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, Olga Islas dice que “El horario de labores del juzgado penal no tiene relación alguna con el caso urgente. Así lo expresó en forma contundente el Constituyente de Querétaro”.¹⁷³

Esta idea también nosotros la compartimos, ya que con el objeto de fortalecer la administración de justicia, podría haber varios turnos en los juzgados penales, pero debido a la situación económica por la que atraviesa nuestro país, esto por el momento no puede ser.

¹⁷³ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Op. cit. P. 3327.

Ahora bien, en lo que respecta a la razón de que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial, por la falta de autoridad judicial en el lugar, asienta Julio Acero, "debe de entenderse respecto de la población, villa o hacienda de que se trate y se concibe perfectamente en todas las rancherías, lugares despoblados o aún en poblaciones de cierta importancia, cuando por algún motivo se carezca de ellos o se hayan ausentado los jueces respectivos; pero no en el sentido de que basta que no se hayan hecho presentes en la casa, calle o sitio mismo exacto de la comisión del delito".¹⁷⁴

En nuestra urbe es de observarse, que no opera esta razón, pero sin lugar a dudas en varios lugares de la República Mexicana de manera especial en aquellos pueblos muy apartados de las ciudades, esta falta de autoridad competente puede darse por razones lógicas.

Por lo que quizás ocurrirá con mayor frecuencia la razón de "circunstancia" en donde el Ministerio Público podrá bajo su responsabilidad ordenar la detención de un indiciado, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

4.2.4 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y EN LA LEY ADJETIVA

Hemos dicho que el multicitado artículo 16 Constitucional en su párrafo quinto contempla la detención hecha por la Representación Social en los llamados casos urgentes y que la ley adjetiva penal, concretamente en los artículo 194 del Código Federal del Procedimientos Penales y 268 del Código de Procedimientos Penales

¹⁷⁴ ACERO, Julio. Op. cit. P. 131.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

para el Distrito Federal hacen una extensa caracterización de la figura que nos ocupa, independientemente de que en estos preceptos establecen de manera diferente obligaciones a cargo de la Representación Social.

Así pues, tenemos que el párrafo segundo del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece "que la violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decrete indebidamente la detención y el sujeto será puesto en libertad".

En cambio, en el artículo 268 del Código Penal para el Distrito Federal en su párrafo segundo establece que "El Ministerio Público al emitir la orden de detención en caso urgente, deberá hacerlo por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados...", es decir, que:

- a) Se trate de delito grave, así calificado por la ley;
- b) Que exista riesgo fundado de que el indicado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y,
- c) Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

Las tres primeras condiciones están unidas por la conjunción "Y", luego entonces, si falta una de ellas, la Representación Social no estará autorizada para detener.

Por otra parte, en el párrafo tercero de este artículo dispones que "La orden mencionada será ejecutada por la policía judicial, quien deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Público que la haya librado".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En consecuencia, considero necesario que ambos preceptos sean reformados, a fin de estipular en forma similar lo relativo a las obligaciones de la Representación Social y le la Policía Judicial en los llamados casos urgentes. En el artículo 266 de este ordenamiento se establece que: “El Ministerio Público y la Policía Judicial a su mando, están obligados a detener al responsable, sin esperar orden judicial, en delito flagrante o en caso urgente”; precepto que es congruente con lo señalado por el párrafo quinto del artículo 16 Constitucional.

Por último, al igual que en la flagrancia, en los llamados casos urgentes existe un control judicial sobre la licitud en la detención, al establecer el párrafo sexto del artículo 16 Constitucional, y que nos dice que “en los casos de urgencia o flagrancia el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”.

Así, vemos que resultaría repetitivo lo ya analizado con dicho control judicial, por lo que tanto sólo mencionaremos que existe responsabilidad penal hacia los jueces que no cumplan con la obligación estipulada en nuestra Ley Fundamental, responsabilidad que también abarca a la Responsabilidad Social.

4.2.5 TÉRMINO EN QUE EL MINISTERIO PÚBLICO PUEDE DETENER A UNA PERSONA EN CASOS DE FLAGRANCIA Y URGENCIA

El párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional establece que “ningún indiciado podrá ser detenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsela a disposición de la

TRANS CON
SALA DE ORIGEN

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 le ley penal”.

De esta manera, como se observa, el Ministerio Público cuenta con un término perentorio para resolver la situación jurídica de un indiciado que es de cuarenta y ocho horas, plazo que únicamente podrá duplicarse en aquellos delitos cometido en delincuencia organizada.

Desde luego dicho término fue una innovación de la reforma de 1993, puesto que superó la ambigüedad del texto anterior del artículo 16 Constitucional, cuyo abuso del mismo es sancionado por le ley penal.

La retención ordinaria que se extiende hasta por cuarenta y ocho horas, que señala la primera parte del párrafo citado, da la oportunidad para que la Representación Social cumpla con el deber que la ley le impone en su función investigadora cuando existe persona detenida, dado que para la averiguación de los delitos, dicha Institución no está sujeta a un término.

En este tiempo de cuarenta y ocho horas, el inculpado podrá ejercitar los derechos propios de la defensa, en congruencia con lo que dispone el artículo 20 Constitucional fracción IX.

No es por demás, recordar que la titularidad de la averiguación previa corresponde al Ministerio Público, tal afirmación se desprende de lo dispuesto por el artículo 21 Constitucional, el cual estipula “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público el cual se auxiliara con un policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de

sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente de un día de ingreso”.

En la segunda parte del párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional, se autoriza la duplicidad del término de cuarenta y ocho horas, en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada.

Lo referente a la delincuencia organizada, lo podemos encontrar en la Ley Adjetiva Penal, concretamente en el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de los cuales se infiere que los casos de delincuencia organizada serán aquellos en los que tres o más personas se organizan bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos, alguno de los delitos previstos en dichos artículos.

Benítez Treviño define a la delincuencia organizada como “la asociación de tres o más personas reunidas para cometer un delito grave así calificado por la ley”¹⁷⁵, al cual agregaría de un modo violento o reiterado, con fines predominantemente lucrativos o que alteren seriamente a la salud o seguridad pública.

¹⁷⁵ BENÍTEZ TREVIÑO, Humberto V. Op. cit. P. 217

Dado que la delincuencia organizada ha alcanzado dimensiones importantes con efectos dañosos para la seguridad de las persona, se debe plantear la necesidad de revisar y reorientar con mejor precisión lo que debe entenderse por tal concepto en la ley adjetiva penal, ya que se trata de resolver un problema de seguridad del Estado y de responsabilidad mundial.

La duplicidad del plazo de cuarenta y ocho horas, se adopta en razón de la dificultad que implica la investigación de esta forma de criminalidad violenta, distinta de las asociaciones delictuosas previstas en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

De esta manera, por la importancia que reviste saber cuáles son aquellos delitos en que opera tal duplo de término, nos permitimos transcribir los artículos de la ley adjetiva penal que a la letra dicen:

Artículo 194 bis.- “En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenar libertad o ponerlo a disposición de autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, que serán aquellos en los que tres o más personas que se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos algunos de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; en los siguientes estatutos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal;...

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

En cuanto al artículo 268 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se establece: “En casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, que serán aquellos en los que tres o más personas se organizan bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativo algunos de los previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; ...

Si para integrar la averiguación previa fuese necesario mayor tiempo del señalado en el párrafo anterior, el detenido será puesto en libertad, sin perjuicio de que la indagación continúe sin detenido.

El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley”.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Después de la vida, la libertad personas es el bien más valioso y el eje mismo sobre el cual gira la totalidad del drama penal en México. En el devenir histórico, la libertad personal ha sido siempre tutelada en todos los sistemas y regímenes jurídicos, buscando siempre afectarle en el mínimo posible a través de normas que buscan siempre proteger los intereses más altos de la sociedad.

SEGUNDA.- La privación de la libertad, siquiera a título provisional, genera de ordinario, los más graves trastornos en el sujeto al cual se le impone, tanto en su persona, familia, patrimonio y entorno social, puesto que en el fondo implica una sanción anticipada.

TERCERA.- Por el alcance ampliamente protector del artículo 16 Constitucional en la esfera de derechos del gobernado, podemos afirmar, sin exageración que dicho precepto está a la vanguardia de cualquier sistema o régimen jurídico extranjero.

CUARTA.- Las reformas constitucionales a los artículos 16, 19, 20 y 119, así como la derogación de la fracción XVIII del 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, representan una fuerte corriente para ser realidad al Estado Social de Derecho que se delineó en dicha Constitución en beneficio de las

clases más desprotegidas, y para elevar la dignidad del hombre sujeto a un proceso penal a través de la protección de los derechos humanos que consagran.

QUINTA.- Es obvio que si los tiempos cambian, tiene que cambiar el derecho por ser reflejo de la realidad. Por ello, las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994 y el 22 de julio del mismo año, en relación a diversos ordenamientos en donde tiene injerencia nuestra materia, constituyen una nueva etapa en el procedimiento penal para la defensa de los Derechos Humanos en México, sin embargo, el legislador ordinario debe procurar no precipitarse al expedir reformas y adiciones a dichos ordenamientos en tan breve plazo como se observa y que tocaron fundamentalmente los supuestos de flagrancia y de los llamados casos urgentes.

SEXTA.- Aunque el delito flagrante sea manifiesto para quien lo presencia, la averiguación previa entorno a aquel indiciado que lo comete es indispensable y la Representación Social tiene que allegarse del mayor número de pruebas posibles para determinar su situación jurídica, porque tal vez podía excusar el hecho por una excluyente de responsabilidad a que alude el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República Mexicana en Materia de Fuero Federal.

SÉPTIMA.- El delito flagrante ha tenido diferente significación jurídica en el devenir histórico, pero siempre ha sido y es el hecho de sorprender a su autor

durante la realización de la actividad o inactividad típica. Asimismo, no debe olvidarse el peligro personal que representa el intentar coartar la libertad ajena, tanto peligro físico como jurídico, esto último, si no es puesto el indiciado sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

OCTAVA.- Nuestra Constitución habla de la flagrancia en su artículo 16 en términos generales, pero es en la Ley Adjetiva Penal, la que señala qué debe entenderse por dicho concepto, contemplando varias formas de esta figura que constituye un caso de excepción a la regla, según la cual sólo la autoridad judicial puede ordenar la detención preventiva de una persona. El concepto de flagrancia está constituido por una idea de relación entre el hecho típico y la persona que lo comete, aunado al elemento sorpresa, donde se observa que su culpabilidad, es evidente.

Nuestra ley no establece la facultad de detener en flagrancia a aquellas personas respecto de las cuales se sospecha o se sabe que van a cometer un delito, pero en cambio existe la obligación de denunciar la posible comisión de un delito.

NOVENA.- La excepción del caso urgente, es una recién llegada en nuestra Constitución de 1917, pues apenas aparece en el proyecto de Venustiano Carranza y dicha noción alcanzó la perfección que varios estudiosos de nuestra materia y ajena a la misma pugnaban.

Corresponde únicamente a la Representación Social la detención de personas cuando se trate de casos urgentes, noción que ha sido precisada en la ley, concretamente en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales y en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Es necesario, que los artículos señalados unifiquen las obligaciones y responsabilidades de la Representación Social y de la Policía Judicial en los llamados "Casos Urgentes".

DÉCIMA.- Los delitos graves se contemplan en el artículo 22 Constitucional, el cual sigue contemplando el tipo penal de Parricidio, figura que ya fue derogada en la ley sustantiva penal por Decreto expedido por el Ejecutivo Federal el 23 de diciembre de 1993, publicado en el Diario Oficial de la Federación el lunes 10 de enero de 1994, con vigencia a partir del día 1º de febrero del mismo año.

Todos los delitos, aún los graves, afectan de manera importante valores fundamentales de la sociedad, así como éstos pueden o no someterse en Delincuencia Organizada.

DÉCIMA PRIMERA.- El concepto de Delincuencia Organizada, debe ser definida con mejor precisión en la Ley Sustantiva Penal, es decir, dentro del Libro Segundo, Título Cuarto, Capítulo IV del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, referente a las Asociaciones Delictuosas, incluso no cometer en forma reiterada la

comisión de delitos, y no siempre el fin que persiguen es predominantemente lucrativo.

DÉCIMA SEGUNDA.- Por primera vez en la historia constitucional de México a partir de 1993, el Ministerio Público cuenta con un término perentorio para resolver la situación jurídica de un indiciado retenido, el cual es de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada.

DÉCIMA TERCERA.- La Flagrancia y la Detención de los llamados Casos Urgentes, son los únicos supuestos en que procede la detención de una persona sin que medie orden de autoridad judicial competente, por lo que bajo ningún motivo se tienen que permitir las detenciones ilegales.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFÍA

ACERO, Julio. Nuestro Procedimiento Penal. Ensayo Doctrinal y Comentaristas sobre la últimas Leyes del Ramo del Distrito Federal y del Estado de Jalisco. Tercera edición. Guadalajara, Jalisco 1939. Imprenta Font.

ACERO, Julio. El Procedimiento Penal. Primera edición. Puebla 1968. Editorial Cajica.

ALCALA ZAMORA, Niceto. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Buenos Aires 1945. Editorial Porrúa, S.A.

BARITA LÓPEZ, Fernando A. Prisión Preventiva y Ciencias Penales (Enfoque Interdisciplinario). Primera edición 1989. Editorial Porrúa, S.A.

BENÍTEZ TREVIÑO, Humberto V. Filosofía y Praxis de la Procuración de Justicia. Prol. Jorge Carpizo. Segunda Edición. México 1994. Editorial Porrúa, S.A.

BRISÑO SIERRA, Humberto. El Artículo 16 de la Constitución Mexicana. Edición Conmemorativa de la Constitución de 1917. México 1967. Editorial UNAM.

BRISÑO SIERRA, Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano. Segunda Reimpresión. México 1985. Editorial Trillas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo. Tercera edición. México 1992. Editorial Porrúa, S.A.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Décima Octava edición. México 1984. Editorial Porrúa, S.A.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III y V. Décima edición. Buenos Aires. Editorial Heliasta.

CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Floral. Tomo I. Madrid 1943.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General. Décima edición. México 1984. Editorial Porrúa, S.A.

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

COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Décima Segunda edición. México 1990. Editorial Porrúa, S.A.

DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Primera edición. México 1965. Editorial Porrúa, S.A.

DEL TORO, Alfonso. Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tomo I. México 1934.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Tomo III. Bogotá, Colombia 1987. Editorial Temis.

FENECH, Miguel. Derecho Procesal Penal. Volumen 2. Tercera edición. Barcelona 1960. Editorial Labor.

FIX ZAMUDIO, Héctor. Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos. México 1958. Editorial Porrúa, S.A.

FLORES GARCÍA, Fernando. Ensayos Jurídicos. México 1989. Editorial UNAM.

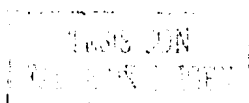
FLORIÁN, E. Tratado de Diritto Penale. Volumen II parte II, Millán.

FLORIS MARGADANT, Guillermo S. El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea. Décima Tercera edición. México 1985. Editorial Esfinge.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Profr. Virgilio Domínguez. Trigésima Sexta edición. México 1984. Editorial Porrúa, S.A.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Libertad como Derecho y como Poder. Definición Positiva y Ensayo de Justificación Filosófica del Derecho de Libertad. México 1941. Editorial Compañía General Editora.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Manual de Prisiones. Cuarta edición. México 1998. Editorial Porrúa, S.A.



GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Proceso Penal y Derechos Humanos. Primera edición. México 1992. Editorial Porrúa, S.A.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Mexicano. Décima edición. México 1991. Editorial Porrúa, S.A.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. La Prisión Preventiva: Doctrina y Constitución Mexicana. Artículo en la Obra Jurídica Mexicana. Tomo IV. México 1987. P.G.R.

JIMÉNEZ ASENJO, Enrique. Derecho Procesal Penal. Volumen II. Madrid 1937. Editorial Revista de Derecho Privado.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo III. Tercera edición. México 1978. Editorial Porrúa, S.A.

LABARDINI MÉNDEZ, Fernando. Estudios Jurídicos en Honor de Raúl F. Cárdenas. Artículo "La Seguridad Jurídica". México 1983. Editorial Porrúa, S.A.

LEVENE H., Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires 1980. Editorial Perrot.

MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. Estudio Constitucional del Proceso Penal. Tercera edición. México 1990. Editorial Porrúa, S.A.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

MANZINI, Vincenzo. Derecho Procesal Penal. Tr. Sentis Melendo Ayerra. Tomo IV. Buenos Aires 1951. Ediciones Jurídicas Europa América.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Buenos Aires 1952. Ediciones Jurídicas Europa-América.

MAURICE W., Thomas. Derechos de Instituciones de la Gran Bretaña. Tr. Miguel García Santesmasses. México 1945. Editorial Minerva.

OSORIO Y NIETO, César Augusto. La Averiguación Previa. Décima edición. México 1999. Editorial Porrúa, S.A.

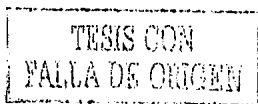
O. RABASA, Emilio y CABALLERO, Gloria. Mexicano. Esta es tu Constitución. Novena edición. México 1994. Editorial Porrúa, S.A.

OSORIO Y NIETO, César Augusto. La Averiguación Previa. Sexta edición. México 1992. Editorial Porrúa, S.A.

PALLARES, Eduardo. Diccionario Teórico y Práctica del Juicio de Amparo. Quinta edición. México 1982. Editorial Porrúa, S.A.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. Tipicidad. Sexta edición. Bogotá, Colombia 1939. Editorial Temis.

RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. Décima Segunda edición. México 1982. Editorial Porrúa, S.A.



R. VON, Ihering. El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su Desarrollo. Tr. Enrique Príncipe Satorres. Tomo II. Madrid 1878.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado. Primera edición. México 1981. Editorial UNAM.

ROMÁN LUGO CORTÉS, María Delia. Los Artículos 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22 y 23 Constitucionales. Ensayo Interpretativo de su Relación con el Derecho Penal Positivo (sustantivo y adjetivo). México 1974. Editorial Jus.

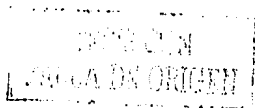
SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. El Habeas Corpus. Garantía de la Libertad. Segunda edición. Buenos Aires 1961. Editorial Perrot.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. La Libertad y sus Problemas. Quinta edición. Buenos Aires 1961. Editorial Perrot.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. Las Instituciones Políticas en la Historia. Evolución de los Sistemas de Gobierno hasta la Revolución Democrática de nuestro tiempo. Primer edición. Buenos Aires 1958. Editorial Bibliográfica Argentina.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa. Prol. Mario de la Cueva. Primera edición. México 1956. Editorial Porrúa, S.A.

SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Primera edición. México 1990. Editorial Harla.



TENA RAMÍREZ, Felipe. Leves Constitucionales de México. 1808-1964. Segunda edición. México 1964. Editorial Porrúa, S.A.

VALLARTA, Ignacio. El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus. Ensayo Crítico Comparativo sobre esos Recursos Constitucionales. México 1989.

V. CASTRO, Juventino. Estudios Jurídicos en Honor de Raúl F. Cárdenas. Artículo "El Derecho Penal en la Constitución". México 1983. Editorial Porrúa, S.A.

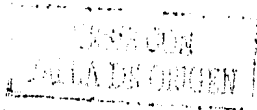
V. CASTO, Juventino. Las garantías Constitucionales y la Libertad Personal que ellas regulan. De la serie Varía Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. Primera edición México 1990. Editorial Porrúa, S.A.

V. CASTRO, Juventino. Lecciones de Garantías y Amparo. Segunda edición. México 1978. Editorial Porrúa, S.A.

VELA, Fernando. Abreviatura del Espíritu del Derecho Romano. De R. Von Ihering. Segunda edición. Madrid 1962, Rev. De Occidente.

VELEZ, Mariconde. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Segunda edición. Buenos Aires 1969. Ediciones Lernes.

VITTORIO, Scialoja. Procedimiento Civil Romano. Tr. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Primera edición. Buenos Aires 1954. Editorial Eudeba.



VIVES, Antón y GIMENO, Sandra.. La Detención. Detenciones Ilegales. La Detención Gubernativa, y la Detención Judicial Barcelona 1977. Editorial Bosch, Casa Editorial.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal. Parte General. Primera reimpresión. México 1991. Editorial Cárdenas editor y Distribuidor.

ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Quinta edición. México 1991. Editorial Porrúa, S.A.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN Y DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS.

CÓDIGO PENAL FEDERAL.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

DIARIO DE LOS DEBATES DEL CONGRESO CONSTITUYENTE, publicado bajo la Dirección del C. Fernando Romero García, Oficial Mayor del Congreso. Tomo I. Número 34. México 1917. Imprenta de la H. Cámara de Diputados.

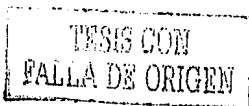
DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. Tomo I Y II. Vigésima Edición. Madrid 1984.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Segunda edición. México 1992. Editorial Porrúa, S.A.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo U y VI. Buenos Aires, Argentina 1969. Editorial Bibliográfica Argentina.

REVISTA "LA LEY". El Sujeto Pasivo en la Privación Provisional de La Libertad. Artículo de J. Ouviaña. Guillermo. Tomo 99 Julio-Agosto-Septiembre. Buenos Aires, Argentina 1960.

DECRETO QUE REFORMA, ADICIONA Y DEROGA ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL., DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, LA LEY DE AMPARO REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULO 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS... Publicado en el Diario Oficial de la Federación el lunes 19 de enero de 1994.



DECRETO DEL 20 DE JULIO DE 1994, EL CUAL REFORMA, AIDICIONA
DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO
FEDERAL, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES , DE LA LEY
FEDERAL DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLISIVOS...

DICTAMEN DE LAS COMISIONES UNIDAS DE GOBERNACIÓN Y PUNTOS
CONSTITUCIONALES Y DE JUSTICIA DE FECHA 8 DE JULIO DE 1993.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN