



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE
HIDALGO

INSTITUTO CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES

LICENCIATURA EN DERECHO

TESINA:

"LA VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES DEL INDICIADO
EN LA DETENCIÓN"

Para obtener el título de Licenciada en Derecho

Presenta:

VIOLA GONZÁLEZ LÓPEZ.

Asesores:

MTRO. FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ MÁRQUEZ.

MTRO. RICARDO CESAR GONZÁLEZ BAÑOS.

Pachuca de Soto, Hgo., 2006.

ÍNDICE

LA VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL INDICIADO EN LA DETENCIÓN

INTRODUCCIÓN. I

PRÓLOGO. VI

CAPÍTULO I **“DERECHOS DE ORDEN SOCIAL”** 1

1.1 Derecho a la Libertad Personal. 1

1.1.1 Normatividad Internacional. 2

1.2 Derechos a las Garantías Judiciales. 5

1.2.1 Derechos del Indiciado. 5

1.3 Código de Procedimientos Penales del Estado De Hidalgo. 9

1.3.1 El Inculpado y su Defensor. 9

CAPÍTULO II **“ESTADOS DE RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD”** 12

2.1 La Detención como Medida Cautelar. 12

2.1.1 Orden de Aprehensión. 13

2.1.2 Flagrante Delito. 14

2.1.3 Caso Urgente. 15

2.2 La Detención como Estado Jurídico. 16

2.3 La Retención. 17

2.4 Prisión Preventiva. 18

2.5 Pena Privativa de la Libertad. 19

2.6 El Arresto. 19

2.7 Auto de Formal Prisión. 20

2.8 Formas Limitativas de la Libertad Personal. 24

2.9 Justificación y Crítica a la Restricción de la Libertad. 29

CAPÍTULO III
“MEDIDAS CAUTELARES” 31

3.1	Fundamento Constitucional.	32
3.2	Excepciones.	34
3.3	Casos.	35
3.4	Orden de Aprehensión.	36
3.4.1	Prerrequisitos.	37
3.4.2	Requisitos.	38
3.4.3	Ordenes de Comparecencia, Captura y Acompañamiento.	39
3.4.4	Reaprehensión y Recaptura.	41
3.4.5	Ejecución.	42
3.5	Flagrancia.	44
3.5.1	Flagrancia Estricta.	46
3.5.2	Cuasiflagrancia.	46
3.5.3	Presunción de Flagrancia.	47
3.5.4	Formas de Flagrancia en la Ley.	48
3.6	Caso Urgente.	48
3.7	Declaratoria de Detención.	50
3.8	Formal Prisión o Reclusión Preventiva.	52
3.8.1	Delimitación con el Procesamiento Definitivo.	53
3.8.2	Prescindibilidad o Imprescindibilidad	54
3.8.3	Plazo de Detención.	55
3.8.4	Plazo de la Prisión Preventiva.	58
3.8.5	Revisiones Periódicas.	59

CAPÍTULO IV
“REFORMA CONSTITUCIONAL” 60

4.1	Artículo 16 Constitucional.	60
4.1.1	Orden de Aprehensión.	61
4.1.2	Flagrancia.	61
4.1.3	Urgencia.	62

4.1.4 Periodo de Detención.	63
4.2 Detención y Retención.	64
4.2.1 Flagrancia.	64
4.2.2 Urgencia.	65
4.2.3 Retención.	66
4.2.4 Otras Disposiciones.	66
4.3 Derechos del Detenido.	67
4.3.1 Derechos de la Víctima o del Ofendido.	68
4.4 Ordenes de Aprehensión o de Comparecencia.	69
4.4.1 Libertad Provisional.	69
4.5 Flagrancia y Urgencia.	69
4.5.1 Delincuencia Organizada.	70
4.6 Derechos del Detenido.	70
CONCLUSIONES	71
PROPUESTAS.	73
BIBLIOGRAFÍA.	74

INTRODUCCIÓN

Los derechos naturales del hombre, llamados también Derechos Humanos, han sido fundamentales para que el individuo se desarrolle en sociedad; cabalmente por eso, su defensa, protección y respeto por parte de las autoridades públicas, básica y necesariamente deben contener medios que garanticen su vigencia en las diversas legislaciones mundiales, sin que México esté apartado de tal tópico jurídico.

En nuestro país, las Garantías Individuales o Constitucionales han venido a proteger y salvaguardar la observancia de los derechos fundamentales de todo individuo, asegurándose así que ningún hombre sea afectado en su esfera jurídica por un acto de autoridad arbitraria, que se base tan solo en la voluntad de un "Funcionario Público". Antes de que emita un acto de esa especie, la autoridad tiene la obligación ineludible de fundarse en lo que menciona la Constitución y, para no alterar la esfera de derechos de un gobernado, deberá cumplir previamente con las diversas obligaciones que se desprenden de las Garantías Individuales.

En México, actualmente se otorgan garantías en materia penal que salvaguardan la vida, la libertad y la integridad física del hombre frente a las autoridades judiciales y administrativas; con ello, se da certeza al hombre en su desenvolvimiento diario en sociedad. Por parte de las autoridades estatales, las Garantías Individuales otorgadas por la Carta Magna, sirven de diques a la actuación estatal, a fin de que no actúen desenfrenadamente, violentando los derechos del hombre (del gobernado en general).

Como bien se ve, en México se encuentran debidamente protegidos los derechos del hombre en la Constitución, garantizándose así la vigencia de ellos desde siempre en la vida de cualquier gobernado. En tales condiciones es válido sostener que la vida, la libertad y la integridad física de todo individuo (por hablar sólo de los derechos del hombre que dan lugar a las garantías en materia penal) están salvaguardadas constitucionalmente desde la expedición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917, sin que se trate de un tópico novedoso y no propuesto por el constituyente. Éste se preocupó por el tema en estudio, razón por la cual otorgó las Garantías Constitucionales e impuso un medio de control constitucional eficaz para dejar inválido todo acto de autoridad contraventor de esas garantías.

Nos ha tocado vivir en un siglo en el cual se resumen todas las grandezas, miserias y angustias de la humanidad, pero a pesar de la superación del ser humano, todavía vive en función de los mismos principios que sustentaron su primera aparición en el mundo.

Desde los comienzos de la Historia, en específico en el Derecho Romano, se han abierto caminos por medio de los cuales el hombre ha tratado de encontrarse a sí mismo; ha luchado por la paz, la justicia, la libertad y los valores, éstos que son perennes mientras la humanidad viva en un mundo en donde pueda traer consigo la superación o destrucción del mismo.

Aunque los valores a través del tiempo siguen siendo los mismos, su aplicación en nuestra época es y debe ser distinta, y para que esto pueda realizarse es necesario utilizar las grandes enseñanzas que la historia nos ha dejado como huella imperecedera, por lo que es sumamente necesario adaptarlas al nivel de nuestra vida cotidiana.

La libertad ha sido y será el tema más apasionante que la humanidad ha tratado, causa generadora en múltiples ocasiones de cruentas luchas, fundamento en otras de programas políticos y expresiones, la mayoría de las veces, utilizadas por la prensa.

Siendo la libertad un anhelo íntimo del hombre, una cualidad esencial a su naturaleza, y así mismo una necesidad básica para su convivencia en sociedad, al ser el hombre un ente sociable, es lo que considero como deber humano el proteger todos los valores que ha forjado, siendo la libertad uno de ellos, y tal vez el más valioso y por el cual se ha luchado, encontramos que puede estar en peligro de ser limitado, debido al uso continuo que se le ha dado.

Esto es lo que me ha llevado a elegir como tema de tesis: **"LA VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL INDICIADO EN SU DETENCIÓN"**.

Entendiendo a la "*Violación de las Garantías Constitucionales*" como el quebrantamiento a los derechos o libertades fundamentales que encarnan a la dignidad de la persona humana y que nuestra Carta Magna reconoce a todos los individuos en su artículo 1º, el cual dispone: "*En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece*".

A la vez, es muy satisfactorio para mí poder abordar este tema, ya que lo considero muy interesante dentro del campo del Derecho, pues una de las finalidades de la conciencia profesional del abogado es velar por la exacta aplicación de la ley, y en el caso particularmente de la ley penal, pues algunos

casos de detención de los presuntos responsables son ilegales, es decir, no cumplen con los requisitos para decretar la detención, concibiéndose ésta como la privación de la libertad de una persona llevada a cabo por la autoridad pública, agentes e, incluso, por un particular en caso de flagrancia (en el lugar de los hechos).

La defensa debe ser proporcionada en el momento mismo en que el presunto responsable del delito es detenido para su investigación por alguna corporación policíaca o por otra persona diversa en caso de flagrancia, ya que de lo contrario el indiciado (probable responsable de haber cometido un delito) tendrá menor oportunidad para su defensa y, por lo tanto, para demostrar su inocencia; en el caso particular de todas aquellas personas carentes de recursos económicos, deben tener la oportunidad de que se les nombre un defensor de oficio, desde el momento de su detención.

Sin embargo, es necesario comprender que el Derecho como su protector y defensor, es precisamente dentro de él donde podemos encontrarla, no existiendo libertad contra la libertad, por lo que sólo bajo un orden social, custodiado por el Derecho, es donde puede darse la coexistencia de las libertades de los hombres.

El sujeto titular o activo es el gobernado, entendiéndose por éste todo sujeto de derecho cuya esfera jurídica es susceptible de ser afectada o alterada por un acto de autoridad y es, por consecuencia, donde los organismos dirigidos para la procuración y administración de la justicia se exceden y violan, ya sea dentro del derecho público y privado de los gobernados, en tanto que el sujeto pasivo está constituido por el Estado y sus autoridades, quienes tiene la obligación de respetar y observar las garantías constitucionales a favor de los individuos.

PRÓLOGO

Las detenciones arbitrarias en nuestro país, que realizan algunas corporaciones policíacas o personas que pretenden ejercer justicia por su propia mano, son una práctica constante por parte de las autoridades. El pronunciamiento en contra de estas acciones por parte de la sociedad civil, las organizaciones civiles de los derechos humanos, así como por diversos organismos internacionales han ayudado a que se preste mayor atención a esta problemática, logrando algunos avances en la legislación nacional; sin embargo, los esfuerzos no han sido del todo suficientes, pues los mismos recursos contemplados para combatir las detenciones arbitrarias padecen de muchos impedimentos para hacerlos efectivos. Por ello, es urgente que nuestra legislación sea adecuada a los estándares internacionales, y que las autoridades competentes cumplan con las recomendaciones que en esta materia hayan hecho los diferentes mecanismos internacionales de defensa de los derechos humanos, con el fin de dar cabal cumplimiento a sus obligaciones y respeto a los mismos.

El marco legal que fundamenta la prohibición de las detenciones arbitrarias en México, parte de lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los artículos 14, 16, 19 y 20. En este sentido, lo planteado por las normas de carácter internacional, principalmente los tratados en materia de derechos humanos, reconoce una amplia fuente de derechos, entre los que sobresalen los relativos a la libertad personal y, por ende, a la prohibición de los órganos del Estado, de efectuar detenciones al margen de los parámetros establecidos por las leyes respectivas. Esta normatividad es obligatoria para cualquier órgano de gobierno, ya sea a nivel federal, estatal y/o municipal.

No obstante, en la práctica, la legislación interna, principalmente en materia penal y de garantías constitucionales, en ocasiones contradice los parámetros que la ley y la jurisprudencia internacional han establecido respecto a las detenciones.

Las detenciones arbitrarias prevalecen en México, a pesar de que la Constitución establece el requisito de contar con una orden de aprehensión y la inmediata presentación de los detenidos ante el juez. Existe un amplio rango de excepciones que permiten que las detenciones sin orden de aprehensión, en "caso urgente" o cuando el sospechoso es aprehendido en flagrancia, otorgan al Ministerio Público y a la Policía Ministerial una facultad discrecional indebida para ordenar y ejecutar detenciones sin una orden judicial. Esta discrecionalidad puede emplearse indebidamente para aprehender a personas contra las cuales no existan elementos suficientes para fincar responsabilidad; así, en el tiempo que transcurre entre la detención y presentación ante el juez, es posible que se cometan abusos, entre ellos la tortura, para obtener una confesión que después sea utilizada como base para una acusación.

Por lo tanto, es indispensable que la legislación mexicana adecue sus estándares de protección y se modifiquen las prácticas violatorias por parte de la autoridad, ajustando su actuación a la ley, así como a los derechos humanos reconocidos, todo ello con el fin de lograr una justicia equitativa en aras del bien común de los individuos.

Una de las medidas cautelares de naturaleza personal más socorridas, típica o representativa del proceso penal, es aquella que asegura la restricción de la libertad personal o física del sujeto pasivo del proceso penal, presumido como *sujeto activo del delito*.

Esta medida tan peculiar del proceso penal, y casi desconocida en otro tipo de procesos, lleva a la aplicación de medidas restrictivas a la libertad física de una persona; esto es, la reduce a la detención y reclusión preventiva.

En el fondo, la restricción provisional de la libertad física también implica una sanción anticipada. Esto es precisamente lo que ha llevado a los hombres a criticarla.

¿Cómo es posible que sin existir sentencia de condena, una persona ya se encuentre privada de su libertad?

Contra la existencia misma de la prisión preventiva se ha alzado un denso clamor, que la tilda de injusta: imponer a un hombre una pena grande como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable, y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia, es inmoral su contenido aflictivo o ejemplar, porque se aplica a quien aún no ha sido condenado.

El objetivo de asegurar la ejecución de la pena puede hacer de la cárcel preventiva un instrumento práctico, pero no darle verdadera justificación jurídica. Por la diversidad de bienes en juego y la irreversibilidad del perjuicio que causa, no es posible compararla válidamente con el secuestro.

Encontramos, al final, que la detención preventiva se aplica por razones de carácter práctico, mas no que se justifique.

Así como se diferencia a la privación provisional de la libertad, con respecto a la privación definitiva (*la que surge con la sentencia condenatoria*), se suele

diferenciar dentro de la propia privación provisional de la libertad individual del sujeto pasivo del proceso (o potencial sujeto pasivo del proceso) a la "detención" o "arresto" de la "prisión preventiva", violando el principio de inocencia (Art. 11 Código de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo).

La privación provisional de la libertad y detención son especies de un mismo género, aun cuando un pequeño sector de estudiosos pretendan afirmar que la detención le corresponde al Ministerio Público y la aprehensión al tribunal.

Mientras que la detención o arresto es más efímera en el tiempo, la prisión preventiva es más o menos prolongada. Podríamos decir que la detención limita la libertad del individuo durante un periodo brevísimo, hasta tanto sea convalidada u homologada tal orden de detención. Esta convalidación u homologación de la orden de detención es a la que se llama prisión preventiva, cuyo estado es más intenso que la detención.

Dicho de otra manera, la privación provisional de la libertad puede ser preliminar (*hasta que decida si continúa*) u homologada. La diferencia que se atisba es de grado e intensidad, aunque no de esencia.

Como vemos, la detención puede ordenarla no sólo la autoridad judicial (orden de detención) sino también cualquier particular (casos de flagrancia) o el Ministerio Público (por ejemplo en el llamado "caso urgente"), en tanto que la prisión preventiva es privativa del campo procesal penal, es decir, la autoridad judicial, la que en su caso podrá homologar o convalidar la orden de privación provisional de la libertad, dada por el mismo tribunal o por otro tipo de autoridades, a través del llamado auto de formal prisión, también denominado de reclusión preventiva.

En resumen, se puede señalar que si bien es cierto que existe un grave problema de normatividad, principalmente en materia penal, que redundando en la existencia de la práctica de la detención arbitraria, también lo es que existen otros factores de carácter estructural que deben ser atendidos conjuntamente, con el objetivo de que las reformas legislativas cuenten un clima propicio para su adecuada aplicación.

CAPÍTULO I

"DERECHOS DE ORDEN SOCIAL"

1.1 DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL.

EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS refiere:

... No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta de decir verdad, 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 ... (1)

Toda persona tiene derecho a gozar de su libertad personal, mientras no se vea involucrada en un hecho delictivo que amerite la acción penal por parte del Estado.

Éste tiene en todo tiempo la facultad de afectar dicha libertad mediante el sistema penal, sujetándose siempre a los requisitos que señala el presente artículo. De esta forma se busca que las personas no padezcan inseguridad jurídica en ejercicio de sus libertades, por detenciones o aprehensiones arbitrarias.

(1) Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Trillas, 2004.

Entre los requisitos procedimentales que se exigen en toda orden de aprehensión están los siguientes: dicha orden debe ser girada por escrito; debe ser hecha por autoridad competente, es decir, por algún órgano que tenga la facultad para llevar a cabo determinadas funciones o para realizar determinados actos judiciales; que se exprese en ella el motivo y el fundamento legal en que se apoye; y que el hecho, motivo de la denuncia, sea castigado por la ley con pena corporal. Con todo ello se busca que las autoridades no actúen arbitrariamente privando de forma ilegal el derecho de los individuos a gozar de su libertad personal. El Ministerio Público es la autoridad competente para recibir y conocer las denuncias y querellas, al ser el representante de la sociedad.

En México, la doctrina sostiene que el requisito de fundamentación y motivación que señala el artículo 16 constitucional, al tener rango de un derecho individual, implica para cualquier autoridad la obligación de actuar siempre con apego a la ley y a la Constitución, de forma tal que sus actos no sean realizados arbitrariamente.

1.1.1 NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

ARTÍCULO 1 DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS:

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. (2)

(2) Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México, Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. (CIDH). Septiembre 1998. Pág. 718.

ARTÍCULO 7 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS:

- I. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
- II. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas.
- III. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

ARTÍCULO 9:

- I. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
- II. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta...

ARTÍCULO 18:

Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, como medios para la readaptación social del

delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los gobernadores de los estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del ejecutivo federal.

La federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de los menores infractores.

Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República Mexicana para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para este efecto. Los gobernadores de los estados podrán solicitar al ejecutivo federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

ARTÍCULO 19:

Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión en que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y

circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordena la detención o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

1.2 DERECHO A LAS GARANTÍAS JUDICIALES

Por parte de las autoridades estatales, de las garantías individuales otorgadas por la Carta Suprema, que sirven de diques a la actuación estatal, a fin de que no actúen de forma desenfrenada, violentando los derechos del hombre (del gobernado en general).

1.2.1 DERECHOS DEL INDICIADO

ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL: ⁽³⁾

En todo juicio del orden penal tendrá el acusado las siguientes garantías:

(3) Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Trillas 2004.

- I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador tomando en cuenta las circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima un daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños o perjuicios patrimoniales causados.

Si el delito es preintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores

- II.** No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto;
- III.** Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración indagatoria;
- IV.** Será careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa;
- V.** Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca concediéndole el tiempo que la ley estime necesario al efecto, y auxiliándole para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite siempre que se encuentren en el lugar del proceso;
- VI.** Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos de lugar en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso, serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación;

- VII.** Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;
- VIII.** Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de 2 años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo;
- IX.** Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quién lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento que sea aprehendido y tendrá derecho a que éste se encuentre presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite; y
- X.** En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

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

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

1.3 CÓDIGO DE PROCEDIMEINTOS PENALES DEL ESTADO DE HIDALGO

1.3.1 EL INculpADO Y SU DEFENSOR

Artículo 34.- Para los efectos de este Código, tiene carácter de indiciado en la averiguación previa, de inculpado, la persona a quien *se le atribuya la comisión de un delito*, de procesado, a partir del *auto de radicación hasta que se dicte sentencia definitiva*, y de sentenciado, *a partir de que se dicte aquélla*, aunque no haya causado ejecutoria. (4)

Artículo 35.- El inculpado y su defensor gozarán de todos los derechos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la del Estado, este Código y demás leyes penales.

Artículo 36.- Cuando el inculpado fuese detenido o comparezca ante el Ministerio Público, se le harán saber los siguientes derechos:

I.- A tener una defensa adecuada en los términos de la fracción V del artículo 15 de este Código;

II.- A no ser obligado a declarar, y si desea hacerlo deberá estar asistido de su defensor;

III.- A que su defensor esté presente en las diligencias de averiguación previa en que intervenga;

IV.- A obtener su libertad caucional, en los casos que sea procedente;

V.- Que le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación, pudiendo consultar el expediente por sí mismo o a través de su defensor;

(4) Código Penal y de Procedimientos Penales para el estado libre y soberano de Hidalgo. Editorial Cajica, S. A. DE C. V. 2004.

VI.- Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que le sean posibles desahogar dentro del plazo que prevé el párrafo segundo del artículo 388 del presente Código; asimismo, que se le auxilie para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar de la averiguación; y

VII.- A solicitar al Ministerio Público el no ejercicio de la acción penal, cuando esto sea procedente en los términos del artículo 390 de este Código, fundando legalmente su solicitud.

Para los efectos de las fracciones I, II, y III se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que él solicite, personalmente si estuvieren presentes, o utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer.

Cuando en lo previsto por la fracción VI de este artículo, no sea posible el desahogo de pruebas ofrecidas por el indiciado o su defensor, consignadas que sean las diligencias de averiguación previa, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas.

ARTÍCULO 13.- El derecho de defensa es inviolable en todo grado y estado de los procedimientos penales.

El inculpado que fuere detenido o que comparezca ante el Ministerio Público, tendrá derecho a la asistencia de un defensor en los términos de este Código, desde que se inicie la averiguación previa; a ser informado, en el momento de su detención, de las razones de la misma y a que se le reciban, cuando sea posible desahogar dentro del plazo legal, las pruebas que ofrezca en relación con los hechos imputados.

ARTÍCULO 15.- Además de los derechos señalados en el artículo 36 de este Código, el procesado tendrá los siguientes:

I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, en los términos previstos por este Código;

II.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la autoridad judicial, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;

III.- Siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra;

IV.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa; y

V.- A una defensa adecuada, por sí, por abogado o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez en el proceso o el Ministerio Público durante la averiguación previa, le designarán un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos procedimentales y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

CAPÍTULO II

"ESTADOS DE RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD"

Los estados de privación de la libertad que establece la ley, son cuatro: la detención, que a su vez debe analizarse como medida cautelar y como estado jurídico; la retención; la prisión preventiva y la pena privativa de la libertad.

Son figuras jurídicas que deben analizarse y distinguirse con mucho cuidado, porque en la práctica se les confunde con facilidad e, incluso, en ocasiones se usan como sinónimos.

2.1 LA DETENCIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR

Concepto

Es la figura jurídica por la cual se permite legalmente la restricción de la libertad de las personas, en los casos y previo los requisitos que establece la ley (Art. 16 Constitucional; 117 a 128 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo).

La *detención*, como dice Bustamante, ***"es el estado de privación de la libertad que sufre una persona por mandato de un juez"***. La *detención* es el estado de privación de la libertad en que se encuentra una persona cuando ha sido depositada en una cárcel, o prisión pública, u otra localidad, que preste la seguridad necesaria para que no se evada.

Casos

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Const.) y el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo (CPPH), establecen los casos siguientes:

- Orden de Aprehensión
- Flagrante Delito
- Caso Urgente

2.1.1 Orden de Aprehensión

Es la providencia o medida cautelar por la cual, por regla general, se permite la restricción de la libertad a una persona, a quien se considera como probable autor o partícipe de la comisión de un delito, cuando se satisfacen los requisitos establecidos en la ley (Art. 16 párrafo primero y segundo Const.):

- Que provenga de autoridad judicial competente.
- Que se dé por escrito, debidamente fundada y motivada.
- Que preceda denuncia o querrela.
- Que se trate de un hecho determinado que la ley señale como delito (Catálogo de tipos previstos por la ley penal).
- Que el hecho típico esté sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.
- Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del procesado.
- Que lo solicite el Ministerio Público al ejercitar la acción penal o con posterioridad (Arts. 16 y 102 Const.; 117, 121 y 398 fracción I CPPH).

Su diferencia con la Orden de Comparecencia

Es la figura jurídica por la cual únicamente se ordena a la autoridad ejecutora, que haga comparecer al probable responsable en la comisión de un hecho delictuoso, cuando se satisfacen los mismos requisitos exigidos para la orden de aprehensión, salvo lo relativo a la punibilidad, por ser ésta alternativa (prisión o multa), o cualquier otra que no amerite la privación de la libertad (Art. 398 fracción II CPPH).

2.1.2 Flagrante Delito

Es la figura jurídica por la cual cualquier persona puede restringir la libertad de otra, cuando se le sorprende en el momento mismo de estar cometiendo el delito o en uno próximo a él; dando lugar a tres formas, que teóricamente se denominan: *flagrancia estricta*, *cuasiflagrancia* y *presunción de flagrancia*.

- A) *Flagrancia estricta.***- Se da cuando el inculpado es detenido en el momento mismo de estar cometiendo el hecho delictivo (Art. 117 fracción I, CPPH). Como no siempre es posible restringir la libertad de una persona en el momento mismo de estar cometiendo el hecho delictuoso, máxime tratándose de delitos de realización instantánea, la ley secundaria ha regulado otras dos formas, cuando menos la hidalguense.
- B) *Cuasiflagrancia.***- Ésta se da cuando inmediatamente después de cometido el hecho delictuoso, el inculpado es perseguido materialmente hasta lograr su captura (Art. 117 fracción II, CPPH).
- C) *Presunción de flagrancia.***- Se da cuando iniciada la averiguación previa, pero dentro de las 96 horas siguientes a la realización de los hechos:

- El inculpado es señalado por el ofendido o por algún testigo presencial, como el autor o partícipe del delito;
- Se encuentran en su poder objetos o instrumentos del delito, o existan indicios bastantes que hagan probable su responsabilidad (Arts. 117 fracción III, CPPH; 117 Código Federal de Procedimientos Penales).

2.1.3 Caso Urgente

Es la figura jurídica por la cual el Ministerio Público, al estar integrando una averiguación previa y bajo su responsabilidad, puede decretar la detención del indiciado, cuando se satisfagan los requisitos de ley:

- Debe darse por escrito, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.
- Que se trate de un delito grave.
- Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia.
- Que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otra circunstancia.

Es importante comentar, que siendo la regla general la **orden de aprehensión**, es la forma más usual para restringir la libertad de las personas, que se ejecuta a través de la llamada, en el estado de Hidalgo, Policía Ministerial, por depender constitucionalmente del Ministerio Público; como excepción se da la flagrancia que, a través de sus modalidades, permite que cualquier persona pueda restringir la libertad de otra, cuando es sorprendida en el momento mismo de estar cometiendo el delito o un próximo a él, la cual también resulta frecuente en la práctica. Sin embargo, no pasa lo mismo con la

otra excepción que es el caso urgente, ya que por lo riguroso de sus requisitos en la práctica no se da.

2.2 LA DETENCIÓN COMO ESTADO JURÍDICO

Concepto

Es la situación de estar a disposición del juez de la causa hasta en tanto se resuelve la situación jurídica del inculcado, en los casos previstos por la ley (Art. 16 párrafo sexto Const.).

Casos

Los casos en que puede darse la detención como estado jurídico, también llamada en la legislación hidalguense Detención Constitucional, son los siguientes:

- 1) Cuando se ejecuta una orden de aprehensión y se pone al inculcado a disposición de su juez;
- 2) Cuando se consigna con detenido en flagrante delito o caso urgente y el juez declara legal dicha detención; y
- 3) Cuando habiendo orden de aprehensión en contra de una persona, ésta comparece voluntariamente a responder su proceso.

Esta detención se da, sin perjuicio de los beneficios de la libertad provisional bajo caución o bajo protesta que pueda gozar el procesado (Arts. 297 y 314 CPPH).

Duración

La duración de esta figura jurídica puede ser de hasta 72 horas o su ampliación por otras tantas, plazo en que el juez debe resolver la situación jurídica del inculpado y decretar cualquiera de los autos de plazo constitucional que prevé la ley.

2.3 LA RETENCIÓN

Concepto

Es la figura jurídica por la cual, el Ministerio Público restringe la libertad de un indiciado que ha sido puesto a su disposición, en los casos y por el tiempo previsto por la ley (Arts. 16 párrafo séptimo Const.; y 120 CPPH).

Casos

Los casos en que puede darse esta figura jurídica, que igualmente constituye un estado jurídico de estar a disposición del Ministerio Público, mientras determina el ejercicio de la acción penal y por consecuencia su consignación ante el juez competente, o bien su libertad e incluso la medida cautelar del arraigo, son los siguientes:

- 1)** Cuando se pone a disposición del Ministerio Público a una persona después de haber sido detenido en flagrante delito y se declara legal dicha detención; y
- 2)** Cuando se ejecute una orden de detención en caso urgente y se pone a disposición del ministerio público al detenido.

Duración

El plazo de retención en ningún caso podrá exceder de 48 horas (delincuencia no organizada), salvo que se trate de delincuencia organizada, caso en el cual podrá duplicarse (Art. 120 párrafos segundo y tercero CPPH).

2.4 PRISIÓN PREVENTIVA

Concepto

Es la figura jurídica por la cual, se restringe la libertad de una persona en forma más permanente, cuando en su contra se ha dictado un auto de formal prisión.

Se refiere al estado de privación de la libertad que guarda una persona contra la que se ha ejercitado acción penal.

Casos

Básicamente la prisión preventiva puede darse en los siguientes:

- 1)** Cuando se trate de un delito grave;
- 2)** Cuando tratándose de un delito no grave, así lo decrete el juez a solicitud del Ministerio Público, por haber sido condenado el inculpado con anterioridad por un delito grave; o bien, cuando el Ministerio Público aporte elementos de prueba que establezcan que, por la conducta precedente del procesado o por circunstancias y características del delito cometido, constituya un riesgo para el ofendido o para la sociedad el otorgarse la libertad provisional a que tiene derecho (Arts. 20 fracción I Const.; 297 párrafo segundo CPPH);

- 3) Cuando habiendo solicitado el procesado o su defensor la libertad caucional y ésta ha sido concedida por el juez, pero no ha sido garantizada en términos de ley; y
- 4) Cuando teniéndose derecho a la libertad caucional, el procesado o su defensor, no la solicitan.

Duración

La duración de la prisión preventiva podrá ser por todo o parte del proceso, según el caso, pero nunca excederá del máximo de la pena privativa de la libertad fijada en la ley para el delito que motivare el proceso.

2.5 PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Concepto

También llamada pena de prisión, consiste en la restricción definitiva de la libertad física de una persona, por el tiempo y circunstancias previstas en la sentencia definitiva, sin perjuicio de los beneficios que el sentenciado pueda obtener en el periodo de ejecución.

Casos

La pena privativa de la libertad se ejecuta, fundamentalmente, cuando la sentencia definitiva condenatoria ha causado ejecutoria.

Duración

La duración es variable, dependiendo del contenido de la sentencia, cuyo mínimo es de tres meses y el máximo, en el estado de Hidalgo, es de cincuenta años (Arts. 28 y 105 CPH; 25 CFPP).

2.6 EL ARRESTO

Es la privación de la libertad, como consecuencia de un mandato de autoridad administrativa.

El artículo 21 constitucional señala que el arresto no puede ser mayor de 36 horas, con excepción de cuando por no pagarse la multa, se permuta por arresto, caso en que puede extenderse hasta por quince días.

2.7 AUTO DE FORMAL PRISIÓN

Considero de trascendencia establecer la importancia que reviste el auto de formal prisión dentro del procedimiento penal mexicano, el cual radica en dos puntos esenciales: el primero, consiste en la determinación a la que llega el órgano jurisdiccional al hacer un minucioso análisis de la averiguación previa que el Ministerio Público integró y consignó, para determinar si se encuentran datos suficientes que acrediten la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del individuo señalado como sujeto activo. Con esta resolución el juez instauro el proceso y establece, es decir, determina el delito que será materia del proceso, la víctima o el sujeto pasivo y el individuo que, revestido de la calidad de sujeto activo, debe enfrentar el mismo; el segundo, consiste en el acto de molestia de la privación de la libertad eventual que sufre el individuo que ha sido señalado en el auto de formal prisión como presunto responsable; lo anterior nos permite apreciar con claridad la importancia que reviste el **auto de formal prisión** en el Derecho Penal; sin él no puede iniciarse ningún proceso, pero decretado el auto de bien proceso se trastoca uno de los valores más trascendentes del ser humano: **la libertad**. Como ya he mencionado, el auto de formal prisión tiene jerarquía constitucional, la ley suprema establece en su artículo 19, tanto los elementos de fondo como los de forma, que deben ser

observados por el juez que decreta dicho auto, así como el plazo en el que debe dictarse y su necesidad, en todo proceso que se desarrolle frente a un acusado.

Ante esta última característica es preciso resaltar que también se exige congruencia entre el delito señalado en el auto y la resolución sobre el fondo que en su oportunidad se dicte, al mismo tiempo, y como necesario corolario de lo anterior, se torna inadmisibile el desenvolvimiento del proceso por un delito distinto del señalado en el auto de formal prisión.

Explicado el presupuesto de la situación que analizamos (la detención del individuo), podemos manifestar que en estos casos el Ministerio Público inicia el ejercicio de la acción penal. La acción procesal penal comprende tres períodos, a saber: *Iniciación, desarrollo y culminación*. En el primero, el Ministerio Público excita al órgano jurisdiccional a que, aplicando la ley a un caso concreto, resuelva sobre si hay fundamento o no para seguir un proceso contra una o unas personas determinadas. (5)

La *iniciación*, como toda la acción procesal penal, en México está entregada al Ministerio Público. No hay que creer que con la querrela se inicia la acción procesal penal, pues con ella no se excita al órgano jurisdiccional para que aplique la ley al caso concreto; a quien excita el ofendido, es al Ministerio Público, para que haga las averiguaciones que ordena la ley y, en su caso, ejercite la acción penal. Nos encontramos que lo primero que hace el juez, una vez que se ha ejercitado la acción penal, es dictar el auto cabeza de proceso (6) o de radicación, o de inicio. Esta resolución surte los siguientes efectos:

(5) El desarrollo y culminación de la acción penal serán estudiados en el orden que corresponda.

(6) Nombre impropio por no ser este auto la cabeza del proceso. La cabeza puede ser el auto de formal prisión o sujeción a proceso.

Primero: Fija la jurisdicción del juez;

Segundo: Vincula a las partes a un órgano jurisdiccional;

Tercero: Sujeta a los terceros a un órgano jurisdiccional.

Cuarto: Abre el período de preparación del proceso.

Hemos indicado que a partir del auto de radicación nacen determinados deberes para el órgano jurisdiccional. Entre éstos, salta como primero, el deber u obligación de tomar la declaración preparatoria.

La *declaración preparatoria* es la rendida por el indiciado ante el juez de la causa, pero lo importante de ella está en los requisitos que deben llenarse al tomarla. Estos requisitos pueden clasificarse en *constitucionales y legales*, por estar previstos, unos en nuestra Carta Magna y, los otros, en los preceptos adjetivos. Ellos informan obligaciones para el órgano jurisdiccional y son:

Los de la Constitución:

- a) Obligación de tiempo;
- b) Obligación de forma;
- c) Obligación de dar a conocer el cargo;
- d) Obligación de dar a conocer el nombre del acusador;
- e) Obligación de oír en defensa al detenido; y
- f) Obligación de tomarle en el mismo acto su declaración preparatoria.

Las de orden común:

El artículo 290 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal impone las siguientes obligaciones al juez (nos referimos a las que no están comprendidas en la Constitución):

- a) Dar a conocer al indiciado el nombre de los testigos que declaran en su contra;
- b) Dar a conocer al indiciado la garantía de la libertad caucional en los casos en que procede, y el procedimiento para obtenerla; y
- c) Dar a conocer al indiciado el derecho que tiene para defenderse por sí mismo, o para nombrar persona de su confianza que lo defienda, advirtiéndole que si no lo hiciera, el juez le nombrará un defensor de oficio. (7)

En lo que alude a la obligación anterior, es pertinente señalar que la Constitución, en su artículo 20, fracción IX, establece que el inculpado puede nombrar defensor desde el momento de ser detenido. Sobre este derecho caben las siguientes consideraciones:

- a) Que no hay obligación de ser asistido forzosamente por un defensor desde el momento de la detención, en tanto que la ley establece: "podrá nombrar"; y
- b) Que desde la declaración preparatoria deben hacerle saber el derecho que tiene para nombrar defensor, tiene forzosamente que estar asistido por uno, por establecerse, en las disposiciones condignas, que si no nombra defensor, se le nombrará uno de oficio.

La declaración preparatoria debe comenzar con los generales del detenido, incluyendo sus apodos, y en lo que toca a la forma como debe desarrollarse existe la más absoluta libertad, la cual se otorga con el fin de poder esclarecer el delito y las circunstancias en que se concibió y se llevó a término (Art. 291 CPPDF y 154 CFPP).

(7)La Constitución consagra el derecho de la libertad caucional y el de nombrar defensor; pero no indica que estos derechos, que constituyen garantías, se hagan saber al tomar declaración preparatoria. Por esta razón, los registramos entre las obligaciones que hemos denominado legales para distinguirlas de las constitucionales.

El estudio del auto de formal prisión lo vamos a hacer sujetándonos al siguiente índice:

- A) *Requisitos medulares.* Del análisis de los artículos que señalan los requisitos del auto de formal prisión (artículos 19 Constitucional, 297 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 161 del Código Federal de Procedimientos Penales), se concluye que la parte medular de la resolución citada se encuentra en la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.
- B) *Comprobación del cuerpo del delito.* En este elemento, primero debe estudiarse qué es el cuerpo del delito, para después entrar al análisis de cómo se comprueba.
- C) *Cuerpo del delito.* Es la parte de un todo, de la misma manera que el cuerpo del hombre es una parte de la entidad hombre. En cuanto que el cuerpo del delito es parte de un todo, se necesita conocer primero el todo, para después entender qué proporción corresponde a aquél. El todo a que se refiere el cuerpo del delito es el delito "real"; el acto que presentándose con su complicadísima maraña de elementos. (intención, proceder, cambios en el mundo externo, etc.).

2.8 FORMAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD PERSONAL

Los jueces de lo Civil, para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear, según lo estimen conveniente, cualquiera de los siguientes medios de apremio:

- a) Multa de 60 a 180 días de salario mínimo general vigente, en caso de reincidencia;
- b) Auxilio de la fuerza pública;
- c) El cateo por orden escrita, y
- d) El arresto hasta por 15 días.

Si agotados dichos medios, no logran que se cumplan sus determinaciones, consignarán al renuente al Ministerio Público (Art. 73 del Código de Procedimientos Civiles). Los jueces de lo Penal en el orden común pueden imponer, como medios de apremio, la multa de 1 a 30 días de salario, el auxilio de la fuerza pública y el arresto hasta por 15 días.

También los tribunales o jueces para hacer cumplir sus determinaciones, podrán emplear cualquiera de los siguientes medios de apremio: **a)** multa por el equivalente a entre 1 y 30 días de salario mínimo vigente en el momento y lugar en que se realizó la conducta que motivó el medio de apremio. Tratándose de jornaleros, obreros y trabajadores, la multa no deberá exceder de un día de salario, y tratándose de trabajadores no asalariados el de un día de ingresos; **b)** el auxilio de la fuerza pública, y **c)** el arresto hasta de 36 horas. Si fuese insuficiente el apremio, se procederá contra el rebelde por el delito de desobediencia. Los funcionarios a que se refiere el propio artículo 20 del Código de Procedimientos Penales vigente en la entidad solamente podrán emplear como medios de apremio, multa del importe de un día de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal; arresto hasta de 36 horas y el auxilio de la fuerza pública (Art. 33 del Código de Procedimientos Penales).

En el orden federal, el Ministerio Público y los tribunales, pueden emplear como medios de apremio la multa de 1 a 30 días de salario mínimo; el auxilio de

la fuerza pública y el arresto hasta por 36 horas (Art. 44 del Código Federal de Procedimientos Penales). Se explica la necesidad de que los tribunales estén dotados de estas medidas coactivas porque, de otra manera, sus determinaciones no pasarían de simples consejos y su cumplimiento se abandonaría a la voluntad de los particulares.

En el testigo, obligado a comparecer ante la autoridad que lo requiere, existe una restricción a su libertad personal. Desahogada la cita que le resulta en la averiguación, readquiere su libertad. La restricción sólo tiene un límite precario, el indispensable para el desahogo de la diligencia. Para hacer que comparezca ante la autoridad que lo reclama, debe emplearse la cita o mandato de comparecencia. La citación que hace el tribunal para que comparezca coarta la libertad del testigo, puesto que se le impone la ejecución de un hecho sin su voluntad, pero tan luego como se desahoga la diligencia en que ha de intervenir, cesa la limitación impuesta. En cambio, una persona a quien se tiene encarcelada no se halla en las mismas condiciones en que se encuentra el testigo, éste sufre una restricción a su libertad que puede llegar hasta el arraigo, por el tiempo estrictamente indispensable para que rinda su declaración.

La privación de la libertad que se impone a una persona a quien se presume responsable de un delito, en términos generales, debe ser resultado de un mandamiento fundado y escrito, que emane de la autoridad judicial competente. Es un acto jurisdiccional que procede cuando el delito imputado a la persona merece sanción corporal. Aunque en el lenguaje común se usen indistintamente, los términos "*arresto*", "*detención*", "*prisión*", "*encarcelamiento*", etc., para distinguirlos creemos conveniente darles su connotación apropiada.

El mandamiento de detención que sólo la autoridad judicial puede expedir y siempre que lo solicite el Ministerio Público, presupone que a alguien se le atribuye la comisión de un delito, y que se han satisfecho los presupuestos generales, que señala el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o bien que esté satisfecho algún requisito previo, como sería si la orden de detención se pidiese contra un alto funcionario de la federación, o contra un juez, magistrado o agente del Ministerio Público.

En las leyes vigentes, se emplean de una manera confusa, los términos "aprehensión" y "detención". **Aprehensión**, del latín *prehensia*, es la acción que consiste en coger, prender o asegurar. Por eso hemos indicado en el párrafo anterior, que por aprehensión entendemos el acto material que ejecuta la Policía Judicial encargada de cumplir los mandamientos judiciales y que consiste en asegurar o prender a una persona, poniéndola bajo su custodia con fines preventivos, conforme lo amerite la naturaleza del proceso.

La *detención*, en cambio, es el estado de privación de libertad que sufre una persona por virtud de un mandamiento judicial. La aprehensión consiste en la acción de apoderarse de una persona, de asegurarla para prevenir su fuga. La detención es el estado de privación de libertad que padece una persona.

De lo expuesto se desprende de que por regla general, para proceder a la detención de una persona, se requiere mandamiento judicial fundado y escrito.

Que los requisitos que el juez debe tener en cuenta para acordar de conformidad la petición de captura que haga el Ministerio Público, son:

- a)** Que exista la querrela o la denuncia;
- b)** De un hecho determinado en la ley como delito;

- c) Que el hecho esté castigado con pena corporal conforme a la ley, y
- d) Que la querrela o la denuncia estén apoyadas por declaración bajo protesta de persona digna de fe o, en su defecto, que existan otros datos que hagan presumir, racionalmente, la responsabilidad del inculpado.

Se ha sostenido que para dictar un mandamiento de detención se requiere que el cuerpo del delito esté comprobado. Es indudable que el artículo 16 de la Carta Magna no exige que se satisfaga este requisito y, en varias ocasiones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha sostenido. (8)

El Constituyente de 1917, a pesar de los enconados debates que hubo para que se despojase a la autoridad administrativa de la facultad de proceder a la detención de una persona sin orden judicial, al fin llegó a admitir que podía hacerlo, sin el requisito de la orden previa, pero sólo en casos urgentes, bajo su más estrecha responsabilidad, cuando no hubiese en el lugar ninguna autoridad judicial y siempre que se tratase de delitos perseguibles de oficio, con la obligación de poner inmediatamente al detenido a disposición de la autoridad judicial.

Por último, quedan por estudiar las privaciones a la libertad impuestas por la autoridad administrativa. Para diferenciarlas de lo que constituye la detención o la prisión preventiva, se les ha dado el nombre de **arrestos**. Estas medidas se aplican a los infractores de los reglamentos de policía y buen gobierno.

(8) MARGALLI GONZALEZ CLOTARIO: La orden de aprehensión y la jurisprudencia de la Suprema Corte, 1993. Edición del Sindicato de Abogados.

El artículo 21 de la Constitución Política de la República de 1857 establecía que la autoridad política o administrativa, sólo podía imponer como corrección, hasta quinientos pesos de multa o hasta un mes de reclusión, en los casos y modo que expresamente determinase la ley.

2.9 JUSTIFICACION Y CRÍTICA A LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD

Justificación

En nuestro sistema jurídico penal, la doctrina, la ley y la jurisprudencia, aducen y llevan implícitas diversas causas de justificación, fundamentalmente de carácter social y práctico; entre las principales encontramos las siguientes:

- ***La presencia de las partes del proceso:*** Efectivamente, en el proceso penal, la presencia del inculpado es imprescindible, dado que no es posible como pasa en otros procedimientos (civiles, por ejemplo) seguir el proceso en contumacia o en rebeldía, pues en tales casos se violan las garantías constitucionales de audiencia y de defensa, entre otras.
- ***Evitar la venganza privada:*** En delitos particularmente graves, el dejar en libertad al autor sería tanto como permitir que el ofendido y la propia sociedad se hicieran justicia por su propia mano.
- ***Garantizar la ejecución de la eventual condena:*** En la medida que se tenga a la mano al responsable de un delito, a través de la prisión preventiva, es desde luego más fácil ejecutar la condena impuesta en la sentencia.

Crítica

La crítica es abundante en la doctrina, por ejemplo, el destacado procesalista mexicano Sergio García Ramírez, entre otras cosas manifiesta: *"la privación de la libertad del inculpado sujeto a un procedimiento penal, llámese detención, retención o reclusión preventiva, no tiene ninguna justificación ante el principio del inculpado, pues ante el noble dogma de derecho penal liberal, de lógica jurídica y de justicia estricta, presupone que **TODA PERSONA ES INOCENTE HASTA QUE NO SE DEMUESTRE QUE ES CULPABLE**".* Además, lo recomendable jurídicamente hablando es *"investigar para detener"*, y no *"detener para investigar"*.

Por cuanto a la pena de prisión que normalmente se impone en las sentencias condenatorias, también es materia de severas críticas, por obedecer a criterios eminentemente retributivos; sin embargo, hasta ahora no hemos sido capaces de inventar otros medios para contrarrestar las consecuencias jurídicas del delito.

CAPÍTULO III

"MEDIDAS CAUTELARES"

En ese orden de ideas, las normas generales que legislan sobre las medidas cautelares de manera personal se establecen en función al aseguramiento de la aplicación de la ley sustantiva. De inicio y ante la carencia de información, según Fix Zamudio, las *medidas cautelares* son *los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso.*

Según García Ramírez, las medidas cautelares se clasifican en:

- a) *Reales o Patrimoniales: tienen por finalidad asegurar los resultados de la acción civil para el objeto civil.*
- b) *Personales: sí afectan a los sujetos a quienes se atribuye la comisión de hechos punibles. Restringen o privan de su libertad personal al presunto responsable.*

Afectan a una persona al eventual resultado que se dé en medida definitiva; esta afectación preventiva que incide sobre la persona, le impide su movilidad o libertad de tránsito, comunicarse con otras personas, o faculta a las autoridades a examinarlas anticipadamente.

En el estado de Hidalgo, las *medidas cautelares* se clasifican en 6, como son:

- 1) Detención
- 2) Prisión preventiva

- 3) Arraigo
- 4) Embargo precautorio
- 5) Aseguramiento y restitución al ofendido en sus derechos
- 6) Cateos

Y para el estudio de esta investigación, de las medidas cautelares señaladas nos interesa analizar el arraigo.

El artículo 132 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo, señala:

... " cuando con motivo de una Averiguación Previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, el indiciado quedará arraigado, bajo vigilancia de la policía en el domicilio que señale en el lugar en que se siga el procedimiento y a falta de éste o a su negativa de señalarlo, la autoridad ministerial designará el lugar del arraigo... el arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la Averiguación Previa, no pudiendo exceder de 30 días... salvo que las circunstancias plenamente lo justifiquen, en cuyo caso el arraigo podrá prolongarse hasta la duplicación de dicho plazo".

3.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

El artículo 14 constitucional prescribe que para que un gobernado sea privado de su libertad, se requiere que medie del acto de privación; el procedimiento previo, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.

Como esta disposición constitucional impide la privación provisional de la libertad, resulta entonces que las medidas cautelares consistentes en la libertad y privación provisional de la libertad, aparentemente resultan inconstitucionales. La excepción a lo dispuesto por el propio artículo 14 sólo puede encontrarse en el texto de la propia Constitución, y no en preceptos de orden secundario.

La base constitucional a la privación provisional de la libertad física de una persona la encontramos en el artículo 18 constitucional, cuando dispone que sólo por delito que merezca pena de carácter corporal, habrá lugar a la *"prisión preventiva"*, así como en el artículo 16 constitucional, reformado en 1993, al establecer que cuando menos esté sancionada la conducta delictuosa por una pena *"restrictiva de la libertad"*.

Es precisamente por esta razón que, cuando el Ministerio Público presenta conclusiones acusando por una pena no privativa de la libertad, el tribunal debe dejarlo en libertad (Art. 296 CFPP).

Esto significa, que en los casos en que la pena que pudiera ser aplicable (en el caso de resultar triunfante la pretensión del sujeto activo del proceso), sea, según la ley, de carácter privativo de la libertad, será factible aplicar una medida cautelar restrictiva de la libertad física. Fuera de este caso, será ***inconstitucional*** toda medida cautelar que tienda a restringir preventivamente la libertad.

Si al tribunal le asalta la duda acerca de si la potencial pena ha de ser corporal, cobra vigencia la expresión ***quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertates respondendum est*** (siempre que surja una duda acerca de la libertad, debe interpretarse a favor de ella).

Cabe observar que la pauta establecida por nuestra Constitución para privar preventivamente de su libertad a una persona, no es universal. Existen otros sistemas que le conceden facultades al tribunal para resolver si debe o no imponerse la medida restrictiva de la libertad, basándose principalmente en factores de peligrosidad social, más que en el tipo de sanciones por imponer.

Existe, dice Fix Zamudio, una vigorosa corriente doctrinal en México, como en muchos países, para limitar en lo posible a la detención preventiva y sustituirla por otras medidas cautelares que sean menos restrictivas de la libertad personal, como la libertad vigilada, el arresto domiciliario, el arraigo y otras similares, tomando en cuenta que esta institución contradice el principio esencial de la presunción de inocencia del acusado en el proceso penal y que fue consagrado expresamente en el artículo 30 del Decreto Constitucional para la Libertad de América Mexicana, expedido en Apatzingán en 1814 y el cual dice: *"Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado"*. (9)

3.2 EXCEPCIONES

La posibilidad de aplicar una medida restrictiva de la libertad es un *derecho a favor de las autoridades penales*, de manera que es perfectamente factible que se pudiera establecer que en ciertos delitos no impliquen para las personas a las que se les atribuye la aplicación de tales medidas restrictivas de la libertad (El Estado puede renunciar a su derecho).

(9) Fix Zamudio, Héctor "Detención" en Diccionario Jurídico Mexicano.

Un ejemplo de este caso en que el Estado renuncia a su derecho a aplicar una medida cautelar, se encuentra en el artículo 133 Bis del reformado CPPDF que permite conceder la libertad a quienes se encuentren bajo ciertos requisitos, sin necesidad de que los beneficiarios otorguen alguna contraprestación o contra garantía.

Al lado de las excepciones que podría establecer el legislador ordinario al restringir la facultad constitucional de las autoridades, debe mencionarse que tampoco podrá aplicarse medida restrictiva de la libertad a quienes sólo se les impute ser *sujetos responsables de deudas de carácter puramente civil*. Pues aun cuando el legislador secundario pudiera establecer sanciones de carácter corporal para este tipo de conductas, tal sanción sería contraria al propio texto constitucional, que prohíbe la prisión por deudas de carácter puramente civil.

Quedan excepcionadas igualmente de sufrir medidas restrictivas de la libertad, aquellas personas en cuyo favor concurra una causa de ***inviolabilidad*** o de ***inmunidad***.

A nuestro parecer, no pueden ser privados de la libertad de manera provisional los inviolables o impunes, pues el objetivo principal de la detención carece de razón de ser (No existe eventual condena a asegurar).

En el caso de los inmunes, creemos que la inmunidad se apoya más en la prohibición de medidas cautelares restrictivas de la libertad, que en el proceso mismo. Esto significa que podría ser explicable que un inmune esté procesado, pero no privado de la libertad.

3.3 CASOS

Los casos en que se permite la medida restrictiva de la libertad personal, se dice que son de dos tipos: los *de detención* y los *de prisión preventiva*, a los que ya hemos aludido.

DETENCIÓN

ORDEN DE APREHENSIÓN ----- FLAGRANCIA ----- CASO URGENTE

PRIVACIÓN PROVISIONAL DE LA LIBERTAD ----- PRISIÓN PREVENTIVA

Como medios de detención, mencionaremos los que se enuncian como: orden de aprehensión, flagrancia y caso urgente. En el único *caso de prisión preventiva*, tenemos al auto de formal prisión, también llamado de reclusión preventiva.

3.4 ORDEN DE APREHENSIÓN

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 que las medidas privativas de libertad implican (*Asegurar eventual condena, presencia al proceso, impedir destruya pruebas, etc.*).

El vocablo aprehensión deriva de *prehendo,prehendere,prehendi*, que significa tomar, asir, coger. En el caso del derecho proceso penal, consiste en asir a una persona aun contra su voluntad, y llevarla ante el tribunal que la reclama.

Obsérvese que el nuevo texto constitucional alude a *orden de aprehensión judicial*, para diferenciarla de la orden expedida por el Ministerio Público.

3.4.1 PRERREQUISITOS

Dentro de los supuestos o prerrequisitos de la orden de aprehensión encontramos los propios del auto de procesamiento provisional a que ya nos hemos referido.

Estos supuestos que la doctrina, y aun la jurisprudencia, mencionan constantemente son, entre otros:

- a) Que se encuentren satisfechos los *requisitos de procedibilidad*, tales como son la denuncia o querella;
- b) Que se *haya promovido previamente la acción penal*, esto es, que el sujeto activo del proceso, previamente haya ejercitado la acción penal;
- c) Que exista petición del Ministerio Público;
- d) Que exista radicación del negocio procesal ante el tribunal; y
- e) Que declare acreditada la existencia del tipo penal delictivo y la probable responsabilidad. Vale decir, que se dé el procesamiento provisional.

La Suprema Corte, hasta antes de la reforma constitucional de 1993, llegó a sostener que para ordenar una aprehensión no se requería la prueba plena del cuerpo del delito, pues sólo bastaba la denuncia o querella en torno a un hecho

calificado como delito. Aunque, para las aprehensiones a través del exhorto, por disposición expresa de la modificada Ley Reglamentaria del artículo 119 Constitucional, el cuerpo del delito debería estar *plenamente comprobado*.

Actualmente, a diferencia de lo que preceptuó la vieja redacción, se requiere para la orden de aprehensión que estén acreditados los datos que integren el tipo penal delictivo, así como la probable responsabilidad.

Como se advierte de esta lista, que es común encontrar en los escritores mexicanos de Derecho Procesal Penal, no se menciona algún requisito de la orden de aprehensión, sino tan solo prerequisites y/o supuestos que también le son comunes a la orden de citación.

3.4.2 REQUISITOS

En lo que atañe a los *requisitos* de esta providencia o medida cautelar, encontramos los siguientes:

- a)** Que el delito se califique con los hechos en que se basa el ejercicio de la acción, se encuentre *sancionado abstractamente en la ley penal*, con pena privativa de la libertad o con pena contra la vida; es decir, a las que la doctrina mexicana llegó a llamar penas corporales.

Es pertinente observar que, según el texto constitucional, la pena cuando menos debe ser la de privación de la libertad, por lo que existe la posibilidad para que en las leyes secundarias se pueda establecer que en ciertas o todas las penas privativas de libertad no se establezca la reclusión preventiva, quedando tan solo las penas contra la vida, dada su gravedad, como aquellas en que obligatoriamente se debe imponer por el legislador secundario la detención.

- b) Que sólo el tribunal la puede ordenar, no pudiendo por tanto dictar tal resolución algún otro tipo de autoridad, pues formal y materialmente sólo la autoridad judicial es la competente.

La ausencia de cualquiera de los mencionados requisitos, e incluso los prerrequisitos, implica para la autoridad la obligación de dejar en libertad al detenido, con el correlativo derecho de éste para exigirlo (Art. 123 CFPP).

ORDEN DE APREHENSIÓN

PRERREQUISITOS

(SUPUESTOS)

- Satisfacer los requisitos de procedibilidad;
- Promoción de la acción;
- Radicación de la causa;
- Petición del Ministerio Público; y
- Declarar la existencia de un hecho que la ley defina como delito.

REQUISITOS

- Que el hecho calificado sea sancionado con pena corporal o reclusión; y
- Sólo el tribunal puede ordenarla.

3.4.3 ÓRDENES DE COMPARECENCIA, CAPTURA Y ACOMPAÑAMIENTO

Debe diferenciarse la orden de aprehensión de la orden de citación o comparecencia, que es una resolución del tribunal, con los mismos prerrequisitos de la orden de aprehensión, y que se diferencia de ésta en que la potencial

sanción que podría ser aplicable no es de las privativas de la libertad, y en que esta orden va dirigida por el tribunal *directamente a la persona que ha de comparecer*, pues en la orden de aprehensión, dicha orden va dirigida a un tercero que será el ejecutor (Ejemplo: Art. 157 CFPP).

El segundo de los casos (aprehensión se emplea la fuerza), el constreñimiento, en tanto que en el primero (comparecencia), se trata de una *"invitación obligatoria"*; esto es, que intima o apercibe al citado para que comparezca por sí solo. El mandato de comparecencia es, en sustancia, un decreto de citación al imputado. " Consiste en el mandamiento del juez penal, o de otra autoridad revestida del relativo poder jurisdiccional, con que se obliga al imputado de presentarse ante el eminente en lugar, día y hora determinados: orden sancionada mediante conminatoria de la emisión de mandato de acompañamiento, si el imputado no se presenta sin un impedimento legítimo. (10)

Atendiendo a la continuación de la custodia que puede seguir a la orden de aprehensión, deben diferenciarse las siguientes resoluciones:

- a)** La orden de aprehensión que irá acompañada, además, de la detención del sujeto. Es decir, deberá el sujeto quedar recluido o detenido preventivamente, aún después de ejecutada la aprehensión. Aquí continuará la custodia, y se llama orden de detención u orden de captura.

(10) Manzini. Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal, t. III. Pags. 566 - 567.

En este punto, cabe recordar que los estudiosos se detienen a diferenciar la orden de aprehensión de la orden de detención. Así, se considera aprehensión el acto mismo de la captura, el hecho real de apoderamiento, en tanto que la detención es un estado que casi siempre sigue a la aprehensión. Se trata de un estado de custodia, bajo privación de la libertad. Cabe, no obstante, advertir que no siempre después de la aprehensión se da la detención, como en el caso siguiente:

- b)** La orden de acompañamiento, que se constriñe en acompañar el sujeto al ejecutor, quien lo escolta y custodia para que se presente ante el tribunal, una vez realizado el acto procesal para el que fue llamado, sin que quede privado de la libertad. A ésta puede llamársele orden de acompañamiento o de escolta. Aquí la custodia no continúa.

"El mandato de acompañamiento, dice Manzini, es un decreto del juez o de otra autoridad revestida del relativo poder jurisdiccional, consistente en el mandamiento impartido por ese mismo juez a los oficiales y agentes de la policía judicial o de la fuerza pública para que conduzcan a su presencia al imputado, si hace falta hasta mediante el empleo de la fuerza. (11)

3.4.4 REAPREHENSIÓN Y RECAPTURA

Otro tipo de resolución emparentada con la orden de aprehensión es la *reaprehensión y recaptura*, que se da como una reiteración de la medida cautelar de privación de la libertad física, cuando por alguna circunstancia la persona escapa a la detención o que, gozando de una medida substituta de la detención (por ejemplo, la caución), se encuentra con la imposibilidad de poder continuar gozando de tal medida substituta, por lo cual se le revoca y se ordena su reaprehensión.

(11) Idem, Pags. 569 - 570.

En el caso de la reaprehensión no se requiere, como en la aprehensión, previa solicitud del Ministerio Público.

ORDEN DE APREHENSIÓN

Penal potencial: corporal o privativa de la libertad, se dirige a un tercero para que la ejecute, autoriza el empleo de fuerza o constreñimiento;; luego de la aprehensión sobreviene la custodia (detención).

ORDEN DE CITACIÓN O COMPARECENCIA

Penal no corporal ni privativa de la libertad: se dirige directamente al citado, íntima o apercibe para que comparezca por sí solo; no implica custodia posterior.

ORDEN DE ACOMPAÑAMIENTO O ESCOLTA

Penal no corporal ni privativa de libertad: se dirige a un tercero para que haga comparecer al citado; puede emplear la fuerza o el constreñimiento; el sujeto sólo es custodiado hasta su presentación.

3.4.5 EJECUCIÓN

La orden de aprehensión, e incluso las de reaprehensión y la de acompañamiento, se entregarán al Ministerio Público, para que por su conducto las ejecute la policía.

Tan luego como se logre la aprehensión, de inmediato (*sin dilación alguna*, establece la Constitución), deberá la persona ser puesta a disposición del tribunal que la reclama. En caso de que el ejecutante no cumpla con esto, se hará acreedor a una sanción.

Tratándose de delitos culposos, establece el Código Federal de Procedimientos Penales en su numeral 272, el detenido será puesto a disposición del juez de manera directa, es decir, sin necesidad de quedar dentro de prisión. Esto con la finalidad de que pueda obtener la libertad bajo caución.

Si el aprehendido es un empleado o funcionario público, se comunicará su detención, sin demora, al superior jerárquico. Si el aprehendido está trabajando en un servicio público, deberá el ejecutor procurar que no se interrumpa su trabajo.

En caso de que el privado de la libertad sea un extranjero, se dará aviso de esto a la representación diplomática o consular correspondiente (Art. 128 frac. III, CFPP). La legislación colombiana, al igual que otras, establece que lograda la captura, "se le solicitará al capturado indique la persona a quien se debe comunicar su aprehensión, lo que se hará de inmediato, salvo que la persona señalada esté implicada en el hecho que se investiga". (12)

Desgraciadamente en nuestra ley no existe obligación a cargo del funcionario que ejecute la detención, de leerle al detenido tal mandamiento de detención, como ocurre en otros lugares. De cualquier manera, sería deseable establecer esta obligación en los textos legales.

(12) Reformas al procedimiento penal Pag. 82.

El derecho que sí tiene el detenido, es el de que se le informe sobre la imputación en su contra y el nombre del denunciante. Tendrá además el derecho a comunicarse con quien crea más conveniente, designar defensor o persona de su confianza, incluso hacer uso del servicio telefónico.

3.5 FLAGRANCIA

Otro supuesto o vía para lograr la detención preventiva es la llamada flagrancia (evidencia fáctil). El 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. Como se advertirá, la idea o concepto de flagrancia supone la íntima relación entre un hecho considerado como delictuoso y su autor, aunado al elemento sorpresa.

El arresto de flagrancia, apunta Manzini, es el acto con el que una persona es sorprendida mientras está cometiendo un delito o en un estado declarado equivalente por la ley, la priva provisionalmente de su libertad personal un sujeto autorizado, para ponerla a disposición de esa misma autoridad. (13)

Nuestro texto constitucional establece como regla general, que sólo mediante orden de aprehensión proveniente de la autoridad judicial se aplicará la medida cautelar restrictiva de la libertad; pero dentro de las reglas específicas, que derogan la citada general, nos encontramos que también el propio texto constitucional indica que como excepción, en los casos de delito flagrante, cualquier persona podrá prender al delincuente y sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con prontitud, al Ministerio Público.

(13) Manzini. Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal, t. III, pág. 601

Esto es, no sólo el tribunal podrá aplicar la medida cautelar, sino que también un particular la puede ejecutar.

La flagrancia, entendida como requisito, resulta importante en nuestro sistema porque:

- a) Puede dar lugar a la detención sin orden de aprehensión de autoridad judicial o del Ministerio Público; o
- b) Ser un requisito en los juicios militares para que pueda abrirse un juicio de guerra extraordinario.

La medida cautelar *no es la flagrancia o actualidad del delito*, sino la *detención preventiva*. La flagrancia, en el mejor de los casos, es uno de los requisitos que, aunado a la potencial pena privativa de la libertad, puede dar lugar a la ejecución de una medida cautelar restrictiva de la libertad personal. Por la posibilidad de ejecutar la medida cautelar aun desde antes de que se inicie el proceso, tal medida resulta meta procesal y debe convalidarse por la autoridad. A este respecto, en el caso de que una persona sea privada de su libertad por parte de quien no es autoridad, ésta quedará a disposición del Ministerio Público, el cual deberá ratificar o descalificar la detención (Art. 193 CFPP).

Por su parte, la Constitución establece que al pasar al detenido ante el juez, éste debe, en su caso, ratificar la detención.

Cuando el legislador admite esta forma de detención, lo hace por la *"urgencia"*, que es una de las características, 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 aun a cualquier particular para ejecutar, sin

orden de autoridad judicial o del Ministerio Público, la medida restrictiva de la libertad física.

Aunque la flagrancia delictiva está fuera del proceso, a nuestra asignatura le interesa por su conexión con la medida de cautela.

La existencia de tres tipos o clases de flagrancia se afirma no sólo por la ley, sino también por los estudiosos. Esta clasificación atiende al grado de alejamiento de la conducta delictuosa, e incluye:

- a) Flagrancia estricta;
- b) Cuasiflagrancia; y
- c) Presunción de flagrancia.

3.5.1 FLAGRANCIA ESTRICTA

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 las fases consumativas o ejecutiva de un delito; es decir, en el *inter criminis*. Florián, por ejemplo, alude a la "comisión", *in ipsa perpetratione fascinatoris*,⁽¹⁴⁾ y Manzini hace incidir la flagrancia al momento de estarse cometiendo el delito.⁽¹⁵⁾

Por su parte, la ley italiana habla de actualidad del delito: ejemplo: en el momento en que un sujeto es sorprendido manteniendo secuestrada a una persona, en ese mismo momento podrá ser detenido (*in ipsa perpetratione fascinatoris*).

(14) Florián. Eugenio, Elementos de derecho procesal penal, pág. 236.

(15) Manzini, Vincenzo, Tratado de derecho procesal penal, t. III, pág. 601.

3.5.2 CUASIFLAGRANCIA

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 perseguido desde la realización del hecho delictuoso.*

Aunque ya ha pasado la consumación, aparece la otra especie de flagrancia, Decía Julio Acero, cuando " no deje de prevalecer siempre como exigencia principal, la racional proximidad del tiempo de la ejecución del delito, para *que se considere que su impresión subsiste íntegra y clara como tema de estricta actualidad*". (16)

Ejemplo: un sujeto ha robado un bien. Aunque fue visto cuando robaba, no fue detenido en ese momento, sino que luego de echar a correr; quien o quienes lo vieron robar lo siguen, para prenderlo más adelante.

3.5.3 PRESUNCIÓN DE FLAGRANCIA

En la presunción de flagrancia, el individuo no ha sido prendido al ejecutar o consumir el delito, y tampoco ha sido perseguido luego de haberlo cometido. Aquí, *sólo existen datos que hacen factible pensar que ese sujeto fue el autor.*

El hecho de encontrarle en su poder la cosa robada, o el arma ensangrentada, implica una presunción de flagrancia.

(16) Acero, Julio, El procedimiento penal, pág. 131.

Ejemplo: al llegar a nuestra casa, vemos cerca de ella a un individuo que carga nuestro televisor. Aunque no vimos el momento consumativo, sí concurre una presunción: la de encontrar en poder de otro nuestro televisor robado.

3.5.4 FORMAS DE FLAGRANCIA EN LA LEY

"Algunas formas de flagrancia, refiere García Ramírez, pueden darse en el desarrollo del mismo proceso. Así, se consignará (*rectius, denunciará*), inmediatamente al Ministerio Público al testigo de quien con fundamento se sospecha que ha incurrido en falsedad (artículos 214 CFPP y 255 CFPP). 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 presenta... Otro caso de flagrancia se presenta en el CPDF cuando un jurado se niega a rendir la protesta que le corresponde, con lo que incurre en delito de desobediencia..." (17) No establece nuestra ley la facultad de arrestar *in fraganti* a aquellas personas respecto de las cuales se sospeche o sabe que van a cometer un delito.

3.6 CASO URGENTE

El otro caso de excepción a la regla, según la cual sólo un tribunal puede ordenar la detención preventiva, es el denominado por nuestra Constitución y los estudiosos como "*caso urgente*".

Aquí, también un agente de la autoridad administrativa podrá ordenar la detención provisional, siempre que en el lugar "no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de hora, lugar o circunstancia".

(17) García Ramírez, Sergio, Curso de derecho procesal penal, pág. 343.

El único agente de la autoridad administrativa que puede ordenar tal detención es el Ministerio Público.

Cabe recordar que antes de las reformas constitucionales de 1993, cualquier agente de autoridad podía ordenar este tipo de detenciones.

"Por lo que ve a la falta de autoridad judicial en el lugar, asienta Julio Acero, debe entenderse respecto de la población, villa o hacienda de que se trate y se concibe perfectamente en todas las rancherías, lugares despoblados o aun 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". (18)

Este caso excepcional, hasta antes de las reformas constitucionales de 1993, poseía un elemento difícil para su interpretación, como era definir "caso urgente". De aquí que Burgoa se haya pronunciado en su contra, señalando que tal fórmula "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". (19) El mismo Burgoa continuaba expresando que " el artículo 16 (constitucional) prohíba el criterio subjetivo y hasta arbitrario de la autoridad administrativa para determinar la urgencia de un caso y ordenar, por consecuencia, la detención de una persona, pudiendo afirmarse que, merced a la salvedad de que tratamos, se vuelva negativo el principio general de que sólo por decisión judicial procede la aprehensión.

(18) Acero, julio, Procedimiento penal, pág. 131.

(19) Burgoa. Ignacio. Las garantías individuales, pág. 581.

En otras palabras, al establecer la excepción del caso urgente, el artículo 16 constitucional se suicida en lo que respecta al mencionado principio". (20) Cabe advertir que la detención por caso urgente sólo procede cuando se trate de un delito "grave", es decir, no de cualquier delito. A este respecto, la Constitución establece que la gravedad será calificada por la ley, y no por el aprehensor.

Al respecto, la ley dispone que se consideran graves para los efectos de la detención por caso urgente, diversos delitos que se listan en los artículos 194 del CFPP y 268 del CPPDF, mismos en los cuales se comprenden delitos definidos en diversos ordenamientos punitivos. Por ejemplo, el Código Penal y La Ley Federal de Armas de Fuego.

En realidad, lo urgente es característico de toda medida cautelar; el problema de interpretación del artículo 16 constitucional es que *dio el nombre de la receta*, pero no enumeró los ingredientes. Aquí se define la urgencia dentro de una *sospecha de fuga fundada en actos tangibles que la revelen*. A este respecto la Constitución establece: *"ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda substraerse a la acción de la justicia"*.

Como en el caso de la flagrancia, la autoridad judicial, tan pronto tenga conocimiento de la detención, deberá ratificarla, o dejar en libertad al injustamente detenido, sin necesidad de esperar la declaración preparatoria.

(20) Idem. pág. 582.

3.7 DECLARATORIA DE DETENCIÓN

Se establece en la ley la facultad del Ministerio Público para determinar qué personas quedarán en calidad de detenidas, lo que significa que debe pronunciarse una resolución que indique tal cosa. Presentada esa persona ante el tribunal, éste tiene la obligación de ratificarla o rechazarla, dejando en libertad al injustamente privado de la misma (artículo 16 constitucional). Para la ratificación de la detención, el tribunal debe tomar en consideración, entre otros datos, que trata con un delito grave; asimismo, que la causa de la detención fue precisamente por flagrancia o caso urgente.

Incluso en el documento de trabajo tendiente a interpretar las reformas constitucionales, y a la que comparecieron magistrados y jueces de distrito, se estableció que: "no puede concluirse que para dictarse una orden de detención urgente, debe tener como presupuesto básico la existencia de una averiguación previa, pues *lo que se persigue con la disposición constitucional es impedir que, sin base legal alguna, se ordenen detenciones arbitrarias*". (21)

Esta resolución tiene efectos más prácticos que burocráticos. Así, permite primeramente establecer la condición jurídica bajo la que queda la persona, lo cual nos sirve para iniciar a computar algunos de los plazos que la ley establece, y para dejar la constancia para que se puedan actualizar otros fenómenos jurídicos, dentro de los cuales García Ramírez destaca uno de los elementos para concretizar el tipo delictivo de evasión de presos, y el momento a partir del cual se inicia a contabilizar la pena de prisión a que alude el artículo 20 fracción X, último párrafo constitucional. (22)

(21) Interpretación judicial de las reformas constitucionales en materia penal. Documento de trabajo, Pág. 11.

(22) García Ramírez, Sergio. Proceso penal y derechos humanos págs. 53 y 69.

Incluso, por muy irregular que pueda parecer o ser una detención, debe dejarse constancia del momento en que una persona quedó detenida. Obviamente, este momento no es el momento en que se dicta la resolución de detención, sino el momento de la aprehensión misma. Esto es, los efectos de la resolución a que nos referimos se retrotraen al momento preciso en que se consumó la detención.

Por desgracia, la ley no establece los requisitos que debe contener esta resolución, pero puede servir de guía lo que al respecto se establece para la prisión, que se formaliza con el auto de formal prisión o reclusión preventiva, que enseguida examinaremos.

3.8 FORMAL PRISIÓN O RECLUSIÓN PREVENTIVA

A través del *auto de formal prisión*, también llamado de *prisión preventiva*, se confirma, homologa u ordena una medida cautelar restrictiva de la libertad física. La *confirmación*, si el tribunal previamente había ordenado la detención; la *homologación*, si alguna persona o autoridad diversa a la del tribunal ya la había impuesto; o la *ordena*, si hasta ese momento no se había dispuesto la detención.

La *orden de detención preventiva* participa de la misma naturaleza que la *prisión preventiva*. Ambas implican la medida cautelar restrictiva de la libertad. La detención es una medida provisional, pero más provisional en el tiempo que la prisión preventiva, a la que sin extremo cuidado en el lenguaje se le podría llamar "*prisión definitiva, pero dentro de la preventiva*", lo cual revela un contrasentido, pero que sin duda alguna resulta pintoresca e ilustrativa.

En contrapartida, el auto de *reclusión preventiva* se encuentra el que en México se denomina "auto de libertad", que sería una resolución de *liberación de la custodia*. A este auto de libertad con frecuencia también se le confunde con la resolución *denegatoria de procesamiento*, lo cual es erróneo, ya que puede existir una resolución de liberación de la custodia, pero que ordene el procesamiento definitivo. Por ejemplo, en aquellos procesos donde el delito materia del proceso no tenga sanción "corporal" o privativa de la libertad, y el sujeto sí debe ser procesado.

3.8.1 DELIMITACIÓN CON EL PROCESAMIENTO DEFINITIVO.

Es muy común confundir la medida cautelar de *prisión preventiva o de auto de formal prisión* con la resolución de *procesamiento*. Mientras que esta última dispone se continúe el proceso, la primera implica una medida cautelar restrictiva de la libertad.

La gran mayoría de las definiciones dadas por los estudiosos del proceso en México en torno a la "formal prisión", están orientadas al procesamiento, y no a la medida cautelar, pues ni siquiera hacen alusión a uno de los requisitos principales, como es el tipo de sanción que potencialmente ha de garantizarse; es decir, la pena "corporal" o privativa de libertad.

En parte, esto obedece a la mala redacción del artículo 18 constitucional, en el que aparentemente se da pie a la confusión, y otro tanto a que se parte de premisas implícitas, a las que no se les ha prestado atención.

Uno de los proyectos que la disposición establecía:

"Ninguna detención podrá exceder del termino de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión que *tendrá como base la comprobación del cuerpo del delito, el indicio, cuando menos de la culpabilidad del acusado y los demás requisitos que establezca la ley...*" (23)

Si se advierte, aquí se tomaba a los datos del procesamiento como base (como son el cuerpo del delito y la probable responsabilidad), esto es, supuesto de la medida cautelar, y no como requisitos propios o concomitantes.

3.8.2 PRESCINDIBILIDAD O IMPRESCINDIBILIDAD

Cuando el artículo 19 constitucional establece que ninguna detención podrá exceder de 72 horas sin que se "justifique" con un "auto de formal prisión", supone que tal resolución tiene como supuesto la detención, de manera que en aquellos casos en que el inculpado no se encuentre detenido por haber obtenido la libertad caucional, bajo protesta o; bien, en que no se requiera su privación de libertad, el problema consiste en determinar si el tribunal está obligado a dictar un auto de "formal prisión". ¿Es prescindible o imprescindible?

Sobre este particular, la Suprema Corte, en jurisprudencia definida, ha establecido que aun en el caso de que el inculpado goce de la libertad bajo caución o bajo protesta, no deberá dejarse de dictar el auto de "formal prisión", lo cual supone que el tribunal sí tiene obligación de pronunciar tal resolución, aun cuando no se dé el prerequisite o supuesto que marca el artículo 19 constitucional, y que consiste en la detención. (24)

(23) Herrera y Lasso, Eduardo, Garantías Constitucionales, en materia penal, pág. 39.

(24) Apéndice 1917-75, Primera Sala, pág.86.

Consideramos que la tesis de la Corte equivocara el sentido de las palabras, pues al no ser operante una medida cautelar, es incuestionable que no tiene porque pronunciarse.

Lo que en el fondo la Corte quiso decir fue que aun cuando una persona se encuentre en libertad bajo caución, debe *dictarse la resolución de procesamiento definitivo*, a fin de poder continuar con el proceso.

3.8.3 PLAZO DE LA DETENCIÓN

Decíamos que la duración de la detención es más breve que la de prisión preventiva. Examinemos su duración.

Isidro Montiel y Duarte nos recuerda que este plazo ha variado a través de las diversas leyes que han existido. Así, en la Constitución de 1812, el plazo máximo era al parecer de 24 horas; en la Constitución de 1824, de 60 horas; en la Constitución centralista, no se fijó duración de la detención; en la Ley Barragán de 1835, se fijaron 10 días; en cambio, en las bases orgánicas se establecieron 8 días; a partir de la Constitución de 1857, incluyendo la vigente hasta 1993 se establecieron 3 días. A partir de 1993 se precisan 72 horas como máximo.

Resulta claro afirmar que las leyes ordinarias no pueden ampliar tal plazo, pero sí restringirlo, como ocurrió hacia 1870 en la Constitución de Tlaxcala, donde se establecieron 48 horas, según nos lo recuerda Castillo Velazco.

La codificación federal a partir de la reforma de 1987-1988, permite la ampliación del plazo de 72 horas al doble (Art. 161 CFPP).

Desde que esta iniciativa de reforma entró en el Congreso fue cuestionada por varios procesalistas y constitucionalistas (incluso los que el Congreso consultó). De cualquier manera, a pesar de la bondad con que se introdujo la reforma a la ley secundaria, se debió primero reformar la Constitución, para permitir las prórrogas al plazo.

Sólo el sujeto pasivo del proceso (imputado) o su defensor, pueden solicitar la prórroga del plazo, no así el Ministerio Público.

Aunque la ley ordinaria no lo indica, el plazo que se duplica puede también ser renunciado en cualquier momento.

El último apartado de la disposición reformada, aunque le niega al acusador la facultad para requerir la prórroga en el plazo, sí le permite que al amparo del plazo prorrogado pueda ofrecer las pruebas que crea pertinentes.

En el caso de que no se pudieran desahogar las pruebas dentro del plazo legal (a pesar de la dilación probatoria), el numeral 379 del Código Federal de Procedimientos Penales autoriza para que en la segunda instancia, al estar tramitándose el recurso de apelación, el tribunal ordene su desahogo.

Al quedar establecido en el texto constitucional, a partir de la reforma de 1993, que el plazo será de 72 horas, quedó solucionado el problema que se presentaba cuando se computaba por días.

Ahora sólo cabe recordar que el plazo de 72 horas se cuenta por tiempo natural y no por tiempo hábil.

Igualmente que el cómputo del plazo, es decir, el momento a partir del cual habrá de comenzar a contarse las 72 horas (*el dies a quo*), se inicia a partir del momento en que el detenido queda a disposición del tribunal. Con esto quedaron solucionados los diversos cuestionamientos en torno a si era a partir de la detención o de la consignación ante el tribunal.

Se clarifica en la nueva redacción del texto constitucional que estas 72 horas no podrán ser excedidas, que si acaso lo fueren, entonces "los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término (*rectius*, plazo), y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrán al inculcado en libertad".

Para el caso en que se hubiese prorrogado el plazo original de 72 horas, el tribunal deberá así manifestarlo al director o encargado del reclusorio o cárcel preventiva, a efecto de que lo tome en consideración para los efectos de cómputo a que se refiere el texto constitucional.

Cabe precisar que nos estamos refiriendo a un plazo de 72 horas iniciadas a contar a partir de que el detenido queda a disposición del tribunal. No obstante, se debe recordar que de acuerdo con el artículo 16 constitucional, se podrán considerar otras 48 horas en que el detenido pueda quedar a disposición del Ministerio Público durante la averiguación previa. Incluso, estas 48 horas podrán duplicarse en aquellos casos en que la ley secundaria considere que se trata de delincuencia organizada.

A este respecto, el artículo 194 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales enlista diversos delitos en que el legislador considera existe delincuencia organizada, exigiéndose además que participen tres o más personas bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos.

3.8.4 PLAZO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

No existe disposición que establezca con exactitud la duración máxima de la medida restrictiva de la libertad, a partir de la resolución de formal prisión o prisión preventiva (pues sólo existe plazo para la conclusión del proceso). No obstante, deduciendo el lapso de la detención, al plazo que establece el artículo 20 fracción X constitucional "*no podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motive el proceso*".

Por desgracia, el plazo máximo de duración para que opere la preclusión se deja al legislador ordinario (que es quien establece la sanción máxima), pero lo más grave y criticable es que la duración de la medida preventiva constituye el máximo de la sanción, por lo cual resulta mayormente injusta, pues de resultar inocente el penalmente demandado ya habrá cumplido la máxima de la penalidad y, de resultar responsable, sería muy difícil que se catalogara como de peligrosidad extrema, cosa que en la praxis resulta rarísimo.

En otros sistemas, como en el anterior llamado URSS, "la prisión preventiva no podía durar más de dos meses. Este periodo podría ser prorrogado hasta tres meses, únicamente cuando la causa ofrece gran complejidad, por el fiscal de la República Autónoma y Comarca Nacional y por el Fiscal de Región Militar y Flota de Guerra, y hasta seis meses por el fiscal de la República

Federada y el Fiscal Militar Superior. Sólo en casos excepcionales se admite una prórroga adicional de tres meses como máximo, que debe ser autorizada por el Fiscal General de la URSS". (25)

3.8.5 REVISIONES PERIÓDICAS

La prisión preventiva en nuestro sistema puede durar, como vimos, hasta la duración máxima de la pena que establece la ley.

En otros sistemas está implantada una revisión periódica, como en el caso de la URSS, que hemos visto, así como en Alemania, ha decir de Sergio García Ramírez, donde debe revisarse de oficio a los dos meses de haberse decretado, y luego cada tres meses. (26)

En México esto también debería ser posible, por lo que habría de implantar cada dos meses una revisión oficiosa, o al menos en el momento en que se cierre la instrucción.

(25) Fundamentos del procedimiento judicial penal, pág. 326.

(26) García Ramírez, Sergio, Curso derecho procesal penal, Pág. 404.

CAPÍTULO IV

"REFORMA CONSTITUCIONAL"

4.1 ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

Como se sabe, el texto original del artículo 16, que se había conservado intacto desde su expedición en 1917 hasta 1993, aludió y se sigue refiriendo a los actos de molestia de que la autoridad puede disponer legítimamente, a la captura de un sujeto en virtud de flagrancia, urgencia u orden de aprehensión expedida por la autoridad judicial, y a los cateos y visitas domiciliarias.

La reforma de 1993 no aborda las molestias legítimas ni los cateos. Se trata, en consecuencia, de una reforma acerca del régimen de privación cautelar de la libertad, esto es, la detención de individuos a quienes se les atribuye la comisión de un delito. A este respecto, dicho artículo contiene modificaciones puramente técnicas, sin verdadera relevancia, o en todo caso explicables aunque opinables, por supuesto a la luz de una nueva concepción de las detenciones en el procedimiento. Veamos, en diversos apartados, cuáles fueron estas modificaciones, tomando en cuenta tanto la iniciativa de los diputados como los cambios finalmente adoptados por el Constituyente Permanente.

En la exposición de motivos de la iniciativa de reformas al artículo 16, seguida en este punto por el dictamen, se declara que: "las reformas que se proponen buscan, con mejorada técnica legislativa, otorgar mayor claridad al artículo 16, dado que este precepto en la actualidad se compone de cuatro párrafos". En realidad, la propuesta no se limita a "aclarar" conceptos del artículo 16, ni mucho menos a aumentar el número de párrafos. Contiene otras ideas mucho más relevantes.

4.1.1 ORDEN DE APREHENSIÓN

La orden de aprehensión, expedida por la autoridad judicial penal, es el título jurídico general u ordinario para la captura de un sujeto (inculpado), a fin de asegurar su comparecencia en el procedimiento, sin perjuicio de la conversión de la medida en libertad provisional, si procede. Supone, pues, que el Ministerio Público ha ejercitado la acción penal y el juzgador ha radicado la causa y estimado atendible la promoción del Ministerio Público en dos sentidos: suficiente para iniciar el proceso y bastante, en tal virtud, para resolver la grave medida cautelar de la aprehensión.

En esta materia, la Constitución previno que no podría "librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado". Hoy dice el texto equivalente que no se libraré orden de aprehensión sin que preceda "denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado". La iniciativa hablaba de un hecho que la ley determine como delito, sancionado con "pena privativa de libertad...".

4.1.2 FLAGRANCIA

Tanto la redacción anterior como la actual del artículo 16 de la Constitución, se refieren a la detención de una persona en la hipótesis de

flagrancia: en este caso, cualquiera puede privar de la libertad al infractor (o supuesto infractor). No es necesario, obviamente, que la propia Constitución indique en qué consiste la flagrancia.

4.1.3 URGENCIA

"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".

De esa redacción se podría inferir lo siguiente:

a) La posibilidad de detención por urgencia se daba solamente cuando venían al caso delitos perseguibles de oficio, y quedaba radicalmente excluida, merced a la interpretación a contrario sensu del artículo 16 del multicitado ordenamiento, cuando se trataba de delitos cuya persecución demandaba cualquier requisito de procedibilidad diferente de la denuncia, esto es, querrela o acto de autoridad.

b) La urgencia existía sólo en el supuesto de que en el sitio en que se practicase la detención no hubiera una autoridad judicial que pudiese dictar orden de captura, pues de haberla el Ministerio Público debía solicitar a ésta la aprehensión, mediante ejercicio de la acción penal, lo cual suponía que el propio Ministerio Público había realizado y concluido la averiguación previa.

c) La captura urgente sería dispuesta por una "autoridad administrativa", lo cual generalmente se interpretó como referencia al Ministerio Público, aunque

no era éste, por cierto, la única autoridad administrativa que podía verse en la circunstancia de disponer una captura.

d) La autoridad administrativa ordenadora de la detención no podía retener al capturado, sino debía ponerlo "inmediatamente" a disposición de la autoridad judicial, cosa que implicaba, por fuerza, el envío "inmediato", sin demora, del detenido al Ministerio Público y la conclusión, también "inmediata", de la averiguación previa respectiva, para que, mediante ejercicio de acción, pudiese quedar el sujeto a disposición del juzgador.

4.1.4 PERIODO DE DETENCIÓN

Hoy día, el séptimo párrafo del artículo 16 manifiesta 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 ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley provea como delincuencia organizada". Hasta aquí la propuesta de la iniciativa, aprobada por el Constituyente Permanente. El dictamen agregó: "Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal".

En rigor, la "retención" de que hoy habla la Ley Suprema que conserva, sin necesidad, el viejo eufemismo, es una forma especial de la detención; ésta existe desde que el individuo es privado de su libertad por cualquier persona en el supuesto de flagrancia, o por el Ministerio Público en el de urgencia, y la ley secundaria ya advierte que incumbe al Ministerio Público decretar formalmente la "detención" del individuo.

Continuará dicha situación hasta que el sujeto quede en libertad provisional o definitiva, en sede administrativa, o sea consignado a su juzgador.

Inclusive aquí proseguirá la detención si no se dispone la libertad provisional, hasta que el juzgador dicte auto de formal prisión. A partir de éste, la detención se convertirá en prisión preventiva.

ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL

También hubo reformas al artículo 19 constitucional, un precepto de notable importancia en el conjunto de las garantías del procedimiento penal, destinado a establecer la seguridad jurídica a favor del inculpado y, no menos, a precisar la buena marcha de la justicia en este ámbito a través de disposiciones consecuentes con el "debido proceso legal".

4.2 DETENCIÓN Y RETENCIÓN

La detención por mandamiento del Ministerio Público se halla regulada en el artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, bajo el nuevo texto del párrafo tercero. Aquel "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 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", y enseguida remite a los artículos 193 y 194 del Código Federal de Procedimientos Penales para resolver, respectivamente, el artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales que prevenía la sanción para quien quebrantase las normas sobre la detención, y disponía la inmediata libertad del detenido.

4.2.1 FLAGRANCIA

El artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales se ocupa en la *flagrancia*, la *cuasiflagrancia* y la *presunción de flagrancia*. No incorpora

novedades en estos conceptos. Indica que quien detenga en flagrancia al infractor lo pondrá "sin demora" a "disposición de la autoridad inmediata, y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público". Así se recoge una de las reformas al artículo 16 Constitucional; significa que el particular o el policía captor pueden entregar al indiciado prácticamente a cualquier autoridad que sea habida de inmediato; esto, con el propósito de evitar que el capturado permanezca demasiado tiempo en poder de particulares. Luego aparece la obligación de la autoridad receptora, no del particular que hace la captura, si tal es el caso, en el sentido de poner al detenido a disposición del Ministerio Público, órgano que finalmente resolverá la detención y retención, como veremos, y llevará adelante la averiguación previa.

4.2.2 URGENCIA

En la reforma constitucional de 1993, y en esta del régimen procesal penal secundario, destaca el tema de la urgencia. La descripción de la urgencia en la Constitución era insuficiente. Las reformas han querido remediar este problema, y para ello estipulan los extremos que han de ocurrir y acreditarse, ambas cosas, según se infiere de los textos legales, para que exista urgencia en el sentido constitucional de la palabra y pueda el Ministerio Público ordenar por sí la detención de un sujeto, sin contar con orden judicial de captura y sin necesidad de que haya flagrancia delictuosa.

Se necesita "que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves" por el artículo 194, que es el que se ocupa de esta materia; que "exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia" (giro que emplea la propia Constitución, y que es desacertado, pues siempre existe ese riesgo, por una parte, y lo que se halla

fundado o no es la existencia del riesgo, no este mismo, por la otra); y "que por la razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir (el Ministerio Público) ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión"; (palabras más o menos, es esto lo que igualmente dispone la Constitución; pero en realidad la urgencia se sustenta en la falta de integración de la averiguación previa, mucho más que en la falta de un juzgador a la mano; aquello será, en consecuencia, esa "cualquier otra circunstancia" que legitima la captura urgente).

4.2.3 RETENCIÓN

Otro tema relevante en este orden de cosas, a propósito de la privación cautelar de la libertad por y ante el Ministerio Público es la que nuestra Constitución hoy denomina, a partir de la reforma de 1993, "retención" del inculpado. En el fondo, esta voz es apenas un eufemismo para referirse a la detención del sujeto por cierto tiempo necesario para integrar la averiguación previa y ejercitar, de ser el caso, la acción penal. Por supuesto, se convence el argumento de que la detención es un acto, en tanto que la retención es una situación que se prolonga por más o menos tiempo. Ambos son, obviamente, acto y situación que con dicho acto comienza.

4.2.4 OTRAS DISPOSICIONES

Hay algunas disposiciones más, reformadas en 1993, que atienden a puntos conectados con la detención del inculpado, cuando se trata de Servidores Públicos.

Tales son los casos de los artículos 198 y 202 del Código Federal de Procedimientos Penales.

El artículo 198 disponía y dispone que los miembros de la policía o de las Fuerzas Armadas (antes decía: el Ejército; en este sentido es mejor el nuevo texto, pues abarca a las otras instituciones dentro de las Fuerzas Armadas, es decir, la estructura militar: la Fuerza Aérea y la Armada), sufriría la detención o la prisión preventiva (es decir, la privación procesal de la libertad, hasta el momento de ejecución de la condena, en su caso) preferentemente en prisiones especiales. Esta disposición genérica persiste, pero se ha incorporado otra: "Lo anterior no será aplicable para los miembros de las Fuerzas Armadas Mexicanas que se encuentren en dicha situación (detención o prisión preventiva), por estar siguiéndoles un proceso penal por la comisión de un delito contra la salud, en cualesquiera de sus modalidades".

4.3 DERECHOS DEL DETENIDO

a) Se deja constancia de la realización (día, hora y lugar) de la detención o de la comparecencia, así como del nombre y cargo de quien la ordenó y de otros puntos en el caso de que la hubiese realizado una autoridad no dependiente del Ministerio Público;

b) Se hace saber al detenido la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante; y

c) Se le hacen saber los derechos otorgados por la Constitución Política:

1. No declarar, si así lo desea, o hacerlo asistido por su defensor (Tiene derecho constitucional y legal al silencio);

2. Tener una "defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio";

3. Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa;

4. Se le permita al indiciado comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer, o personalmente, si ellas se hallaren presentes";

5. Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación, para lo cual se permitirá a él y a su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público, y en presencia del personal, el expediente de la averiguación previa;

6. Recepción de testigos y pruebas que ofrezca el inculpado, lo cual constituye, asimismo, garantía del procesado;

7. Que le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política y en los términos del párrafo segundo del artículo 135 de éste Código;

8. La debida defensa requiere entendimiento, por lo menos, de los actos de procedimiento y comunicación entre; y quienes participan en éste; y

9. En todo caso, se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de "detención o reclusión".

4.3.1 DERECHOS DE LA VICTIMA O DEL OFENDIDO

a) *Radicación diferida.* Encontrarse con el texto anterior, que ordenaba la radicación inmediata del asunto tras el ejercicio de la acción penal, el actual concede dos días.

b) *Radicación inmediata.* Se hará ésta cuando venga al caso alguno de los delitos designados como graves por el artículo 194, a fin de abreviar los tiempos para la expedición de la orden de captura.

4.4 ÓRDENES DE APREHENSIÓN O COMPARECENCIA

La comparecencia para rendir declaración preparatoria se ordena cuando el delito no da lugar a la detención.

a) Órdenes diferidas. En general, el juzgador dispone de diez días contados a partir de la fecha en que se haya acordado la radicación.

b) Órdenes aceleradas. Cuando se trate de alguno de los delitos graves previstos en el artículo 194, se acordará o negará la aprehensión o cateo dentro de 24 horas contadas a partir del momento en que se acordó la radicación.

4.4.1 LIBERTAD PROVISIONAL

La reforma de 1984 a la fracción I del artículo 20 constitucional contuvo algunos avances notables, como fueron: precisión del tipo penal (que no es necesariamente el fundamental o básico) al que había de atenerse el juzgador para resolver sobre la procedencia de la libertad, sistema de caución ordinaria y duplicada o reforzada, tratamiento diverso para delitos intencionales, por una parte, e imprudenciales o preterintencionales, por la otra, y consideración del perjuicio, no sólo el daño, causado por el delito.

4.5 FLAGRANCIA Y URGENCIA

En lo que se refiere a la flagrancia, el artículo 267 CPPDF corresponde al 193 CPPDF, pero hay entre ambos diferencias de mayor o menor importancia, que hubiera sido preferible evitar en bien del debido entendimiento del régimen procesal penal en su conjunto, sobre todo si se toma en cuenta que esta materia deriva precisamente de una reforma constitucional realizada en 1993, que se

reflejó en los dos ordenamientos, así como en los demás Códigos Procesales Penales de la República.

4.5.1 DELINCUENCIA ORGANIZADA

Es relevante para los efectos de la detención o retención, como dicen nuestras leyes, olvidando que aquella no es sólo un acto, sino una situación: precisamente la misma que se quiere calificar de retención, tema abordado por las reformas constitucionales, que debieran proyectarse de manera uniforme en las leyes secundarias.

4.6 DERECHOS DEL DETENIDO

El artículo 269 CPDF, que corresponde al 128 CF; con numerosas e innecesarias variaciones en la disposición y en la redacción de normas. Se supo y debió evitar esta inútil heterogeneidad, que induce a suponer que hay soluciones diferentes para los mismos problemas en la legislación federal y en la distrital.

“CONCLUSIONES”

Como se ha visto ya en la parte de análisis jurídico de esta tesis, la ley protege, en principio, a todas las personas de la privación ilegal de la libertad, mediante un procedimiento judicial, sin el cual teóricamente no se puede aprehender a nadie. Sin embargo, en contradicción con este principio, es muy frecuente que en México y en otros países se viole este derecho fundamental a la libertad personal. En efecto, en nuestro país se producen a menudo detenciones arbitrarias, ya sea en "redadas" por simple sospecha o sin la orden de aprehensión correspondiente. En el caso en el que los delincuentes son considerados como peligrosos para la sociedad, se recurre a veces al conocido truco de "plantarles" armas o droga en su domicilio, para provocar la indignación de la opinión pública. En este último caso, aunque no es el único, los detenidos son generalmente incomunicados, de tal manera que poco pueden hacer para ampararse en la ley.

Lo más sorprendente es que, una vez dictado el auto de formal prisión, se tiene que seguir el proceso judicial hasta la sentencia, sin importar ya que el procesado haya sido detenido sin la correspondiente orden de aprehensión, y hasta en ocasiones sus defensores, ya sean particulares o de oficio, no ejercen los derechos que le confiere la ley al procesado como son los diversos incidentes.

Es importante señalar también que, en algunos casos, no se respetan los plazos de la ley, tanto para consignar como para dictar el auto de formal prisión a los procesados.

En esta tesis no podemos dejar de mencionar el tema de los "desaparecidos", asunto muy delicado por tratarse de personas que presumiblemente han sido detenidas, la mayor parte de ellas por motivos

políticos, y que no se encuentran sometidas a proceso en ningún tribunal establecido conforme a la ley.

A través de esta tesis, quiero mencionar las diversas violaciones a los derechos de los indiciados en su detención.

Haciendo especial mención de las violaciones a las que están expuestas las personas que son puestas a disposición de los agentes del Ministerio Público, como son:

- a)** El Ministerio Público, no permite al defensor de oficio comunicarse con el detenido y muchas veces éste no tiene acceso a la averiguación previa;
- b)** El Ministerio Público obliga a declarar al detenido, sin antes preguntarle si es su deseo declarar o no (principalmente en delitos graves); y
- c)** El indiciado es presionado psicológicamente, con preguntas capciosas que lo hacen caer en contradicciones provocadas.

Quiero aclarar que no en todos los casos se presentan este tipo de violaciones; desafortunadamente, en la mayoría de las ocasiones, sucede con las personas de bajos recursos económicos que no tienen acceso a una mejor defensa o que no tienen un "padrino" que los ayude y los recomiende.

PROPUESTAS

Como estudiante de la Licenciatura en Derecho del Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, hago las siguientes propuestas:

1.- Que los defensores de oficio sean profesionalmente capaces en sus funciones y no se dejen someter por instrucciones de sus superiores jerárquicos;

2.- Que se exija a los agentes del Ministerio Público tener mayor comunicación con los probables responsables, y les hagan de su conocimiento sus derechos y la naturaleza de su situación jurídica;

3.- Que el Ministerio Público dé acceso al detenido a la averiguación previa para conocer los hechos que constan en ella;

4.- Que se solicite a la Comisión Estatal de Derechos Humanos, un representante que esté presente en cada una de las declaraciones indagatorias de los indiciados, con el propósito de que no violenten sus derechos como personas; y

5.- Que se haga una reforma al Código Penal y al Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de Hidalgo, a efecto de que se sancionen con más dureza los abusos de la autoridad.

Hago referencia en estos puntos, porque en ocasiones los profesionistas olvidan su ética profesional; olvidan el porqué y para qué de su profesión, tanto los abogados postulantes como los que fungen como servidores públicos, y quienes sufren estas deficiencias, como lo he mencionado, son las personas de muy bajos recursos económicos.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Hidalgo.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Ley De La Comisión Estatal de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Arellano Rábiela, Sergio. Derechos Humanos y Daño Moral en la Procuración de Justicia. Editorial Delma.
- Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa.
- Alba Muñoz, Javier. Contrapunto Central. Cárdenas Editor Distribuidor. Primera Edición; México, 1998.
- González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Editorial Porrúa.
- García Laguardia. Derechos Humanos y Democracia. Editorial Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Briseño Sierra, Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano. Editorial Trillas. Primera Edición; México, 1976.
- García Ramírez, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa.
- Díaz De León, Marco Antonio. Código Federal de Procedimientos Penales. (Comentado). Editorial Porrúa. Tercera Edición. México 1991.
- González Blanco, Alberto. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa.
- García Ramírez, Sergio; Adato de Ibarra, Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Séptima Edición. México, 1993.

- González Méndez, Alfredo Genis. La Libertad en el Derecho Procesal Penal Federal Mexicano. Editorial Porrúa.
- Hernández López, Aarón. El Proceso Penal Federal. Editorial Porrúa.
- Islas, Olga y Elpidio Ramírez. El Sistema Procesal Penal en la Constitución. Editorial Porrúa.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. Quinta Edición.
- Navarrete M., Tarcisio. Los Derechos Humanos al alcance de todos. Editorial Diana.
- O. Rabasa, Emilio; Caballero, Gloria. Mexicano: ésta es tu Constitución. Editorial Porrúa. Decimoprimer Edición. México 1997.
- Pérez Palma, Rafael. Guía de Derecho Procesal Penal. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor.
- Pina, Javier y Palacios. Los Recursos en el Procedimiento Penal. Editorial Serie Manual de Enseñanzas.
- Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa. Décimo Novena Edición. México 1997.
- Silva Silva, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial Marla.
- Zaffaroni, E. R. El Proceso Penal. Editorial Porrúa.
- Zamora, Jesús Pierce. Garantías y Proceso Penal. Editorial Porrúa. Séptima Edición. México, 1994.