

**PUBLICACIONES
ESPECIALES**

**TALLER SOBRE LOS
DERECHOS HUMANOS EN
EL PROCEDIMIENTO PENAL**

**LOS DERECHOS HUMANOS
Y LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA**

*Bernardo Bátiz Vázquez**

El concepto de derechos humanos está necesariamente relacionado con el de persona humana, y con los de perfectibilidad individual y social.

Persona es un ser racional, libre u social; esto es, tiene como datos esenciales y distintivos, que lo ponen en un plano aparte del resto de los seres existentes, su inteligencia y su libre albedrío; estas características difícilmente se dan en un hipotético ser aislado o separado de

* **Procurador General de Justicia del Distrito Federal.**

la sociedad. Como Aristóteles lo intuyó hace 2500 años el ser humano es social por naturaleza, *zoon politikon*, animal político.

Las personas humanas, cada una de ellas, somos seres individuales, irrepitibles, singulares en el mayor grado posible, pero simultáneamente sociales. La comunidad nos hace, nos da lo que somos, nos moldea. La comunidad es a lo que se refiere Ortega y Gasset cuando afirma, categórico, que el hombre es él y sus circunstancias.

La circunstancia, ese accidente de tiempo, lugar y modo que se une a nuestra substancia libre y racional, es la sociedad que nos proporciona tipificadas formas de ser, nos enseña a hacer y nos da lenguaje, y con él convicciones y creencias, valores, costumbres y también hábitos buenos o malos y encausa pasiones.

Esa doble naturaleza de seres individuales y sociales, simultáneamente caras inseparables de una misma moneda, águila y sol, sin que una de las partes pueda sin la otra, es lo que crea la tensión permanente que da lugar al derecho, al estado y a los mecanismos de control y, a la vez, a la rebeldía, al desacato, a la disyunción social.

Hay derecho y hay derechos humanos, porque, por un lado, nuestro yo individual exige libertad y, por otro, nuestro yo social está limitado por la convivencia, por los

derechos de los demás, por las exigencias de solidaridad y sociabilidad.

Los derechos humanos existen, desde mi personal punto de vista, porque somos individuos, unidades, monadas, inconfundibles e insustituibles, pero también, y simultáneamente, somos parte de algo mayor que nos abarca y nos abraza; la paradoja de la persona es que es a la vez un todo y parte de un todo, y esa dialéctica ser individual-ser social es la generadora del mundo del derecho, y por ende del mundo de los derechos humanos.

Lo de menos será después definirlos como derechos públicos subjetivos, o discutir si el estado los confiere o tan sólo los reconoce porque son anteriores y aun superiores al estado mismo.

Todo lo anterior, no deja de ser una introducción demasiado general y de cierto modo filosófica, al tema específico de esta charla, pero se justifica porque es en el proceso de procuración de justicia donde la tensión entre los derechos individuales y los derechos sociales llega al extremo.

Por una parte, la exigencia social es la de castigar, y aun vengar los delitos que se cometan. Las faltas que la sociedad estima graves, deben, a juicio de la opinión pública, ser rápida y eficazmente castigadas.

Pero la sociedad también es exigente en el sentido opuesto: toda persona, aun el autor de un grave delito, es titular de derechos esenciales que la ley le reconoce y que deben ser respetados.

Y es aquí (por fin) donde entro a mi tema. Las leyes que de él se ocupan, el Código Penal y el Código Procesal Penal, deben garantizar, por una parte, el derecho que tiene la sociedad de sancionar a sus integrantes que infringen normas básicas de convivencia y, por la otra, asegurar la garantía de defensa, el derecho a ser considerado inocente en tanto un Juez no decrete lo contrario y a estar en libertad, como lo dispone el artículo 20 constitucional, en tanto se verifica el juicio.

El proceso penal, pero mucho más específicamente, durante la parte del proceso que está a cargo del Ministerio Público, es el territorio de frontera en el que están atrincherados, frente a frente, los derechos sociales y los derechos de la defensa.

El jurista, en la norma o en la aplicación de ella, tiene la difícil tarea, pero al mismo tiempo hermosa responsabilidad, de aplicar la ley que vindica a la sociedad atropellada, sin menoscabar un ápice los derechos fundamentales del infractor.

El dilema del Derecho Penal de nuestro tiempo es responder, simultáneamente, la exigencia social de justicia

pronta y expedita, y la exigencia de respeto de los derechos humanos del victimario y de la víctima.

Durante un largo tiempo, los derechos humanos fueron apareciendo gradualmente en el mundo del Derecho Positivo; de la Declaración Francesa de 1789 en adelante, en las constituciones de los países americanos que se separaban de España, en países europeos que se incorporaban a las nuevas ideas de igualdad, libertad y fraternidad y posteriormente en otras latitudes diferentes.

Sin embargo, la fuerza interna misma del concepto, el valor de las ideas humanistas que soportan la construcción jurídica de estos derechos, no tardó en hacerlos rebasar el ámbito cerrado de los derechos nacionales e intra-estatales, y con la Declaración Universal de 1948 se convirtieron, por acuerdo de todos los países integrantes de la Organización de las Naciones Unidas, en “*ideal común a ser alcanzado por todos los pueblos y todos los hombres*”.

Así nació la aspiración a un derecho supra-nacional en el tema de los derechos fundamentales del hombre, que fueran primero tan sólo una barrera que no podía traspasar el estado, porque se consideraba el ámbito intocable de cada individuo frente a sus propias autoridades. Luego los derechos humanos, en sus sucesivas “*generaciones*”, ampliaron horizontalmente su territorio hacia los derechos sociales, primero de sectores desprotegidos,

campesinos y trabajadores; después de todos, en materias básicas como educación, salud, vivienda, trabajo; y, finalmente, los llamados de tercera generación, que son derechos ya no de personas o sectores sociales, sino derechos de los pueblos, a su propia identidad, a la cultura, al medio ambiente sano, y el más importante de todos a vivir en paz y en armonía unos con otros.

Entre todo ese amplio catálogo de derechos humanos, muchos se refieren a la justicia, como los de la independencia de los jueces, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y a las pruebas, a un juicio imparcial y a una sentencia objetiva y libre de presiones.

De todos esos derechos, nos interesan específicamente los que se refieren al proceso, y es especial a la primera parte de éste que conocemos como averiguación previa.

En este renglón, la idea guía, el sustento, es el principio según el cual nadie puede recibir una sanción penal en tanto no se acredite su responsabilidad con pruebas, ante un Juez competente que la declare, y en el que sean respetadas las formalidades esenciales del procedimiento.

Hoy nos encontramos, en este umbral del siglo XXI, que el proceso penal moderno advirtió radicalmente el concepto largamente edificado, propio del sistema inquisitorial y cuya raíz era la presunción de culpabilidad,

para construirlo sobre el más equitativo principio de la presunción de inocencia. Asimismo, el poder absoluto dejó de serlo, y las consecuencias que fueron sociales y políticas, lo fueron también jurídicas. Es así como el Derecho Penal revoluciona sus conceptos, sobre todo uno de los más importantes: el proceso penal.

Hay quien define al proceso como “*el medio adecuado para realizar la exigencia de protección jurídica*” (Wach). Esto es válido desde la perspectiva que proporciona el artículo 17 de nuestra Constitución, el cual prescribe que nadie puede hacerse justicia por propia mano, sino a través de los tribunales debidamente establecidos y siguiendo las formalidades del procedimiento.

Ahora bien, hay que señalar que una de las diferencias esenciales del proceso medieval o inquisitorial y el moderno, es decir, el que rige en el Estado de Derecho, es que en el primero su quinta esencia está constituida por la intimidación social y por el “*dar temor a todos*”; esto es, al mencionado proceso le interesa el enterarse de la verdad histórica y jurídica, pero su fin primordial era el de demoler cualquier oposición al *statu quo* prevaleciente. De ahí que haya sido irrelevante desarrollar de manera técnica las fases procedimentales, por lo que la “*prueba reina*” de aquellos procesos era, lógicamente, la confesión. En consecuencia, en ésta residía toda la materia del proceso, por lo que la violación de cualquier derecho particular finalmente era irrelevante.

En el proceso penal moderno la cuestión es distinta, porque su finalidad ya no es la intimidación general, sino lograr la terminación del conflicto “*a través de la fuerza vinculatoria de la cosa juzgada*”. Se puede decir que detrás del proceso penal se encuentran un “*poder de soberanía*”. El estado es el titular del derecho de penar, y para hacerlo tiene la obligación de seguir el camino del proceso, en virtud del principio *nulla poena sine lege* y *nulla poena sine iudicio*. De acuerdo con James Goldschmidt, el medio para hacer valer la exigencia punitiva estatal es la acción penal, que corresponde al estado a través de uno de sus órganos, esto es, el Ministerio Público en nuestro medio, aunque también puede recaer en el propio ofendido o en todos los ciudadanos.

Desde esta perspectiva, podría alegarse una oposición al hecho de que el Ministerio Público monopolice la acción penal, ya que parece que se trata de una limitación generada en la ley del derecho a defenderse y, por lo tanto, se trata de una limitación de los derechos humanos; en esencia, no se transgrede la proscripción de hacerse justicia por propia mano, ni se atenta contra el principio de jurisdicción estatal, no existe formalmente una razón jurídica válida para limitar el derecho del particular ofendido para manifestarse en demanda directa de reivindicación jurídica del daño causado por la vía penal.

El tema en México, nos lleva de la mano al proceso en su etapa específica de “*averiguación previa*”. En esta

etapa ¿se trata de una verdadera vuelta al sistema inquisitivo? o, como según se ha afirmado, el Constituyente de 1917 pretendió abrazar plenamente el sistema acusatorio, poner al Juez como un árbitro imparcial frente a dos partes que compiten bajo el principio de igualdad, una que acusa y otra que defiende.

El tema da para mucho más; el tiempo impide seguir profundizando; sin embargo, tenemos dos elementos que nos sacan del atolladero; por una parte, el artículo 20 constitucional que otorga las garantías de defensa durante la fase de averiguación previa, y el siguiente criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

DEFENSA ADECUADA. DIFERENCIAS ENTRE LOS ALCANCES Y EFECTOS DE LAS GARANTÍAS CONSAGRADAS EN LAS FRACCIONES IX Y X, PÁRRAFO CUARTO, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL.-

Una recta interpretación de lo dispuesto en las fracciones IX y X, párrafo cuarto, del artículo 20 constitucional, permite deducir la existencia de significativas diferencias entre los alcances y efectos de las garantías de defensa adecuada consagradas en dichas fracciones; esto es así, porque jurídica y fácticamente existe imposibilidad para que ambas sean observadas en igualdad de circunstancias, en virtud de que el campo de su aplicación pertenece a fases procedimen-

tales distintas, además de que se rigen por reglamentaciones específicas contenidas en los artículos 128 y 160 del Código Federal de Procedimientos Penales. En efecto, para el ejercicio de esta prerrogativa constitucional en la fase indagatoria de un proceso penal federal, no es factible jurídica ni materialmente que esa garantía pueda ser exigible y existan condicionantes reales para que su otorgamiento pueda hacerse antes del desahogo de la diligencia de declaración inicial a cargo de los inculpados y, por tanto, el mandato constitucional que obliga a la designación de abogado o persona de su confianza que los asista durante el desahogo de todas las diligencias ministeriales que al respecto sean practicadas en esta fase previa, debe ser interpretado en forma sistemática y lógica, no literal, a fin de que tenga la debida consistencia jurídica, pues es inconcuso que existe imposibilidad real y objetiva para que esta garantía sea observada en aquellas diligencias probatorias que ya hubiesen sido desahogadas con antelación, en razón de que únicamente cuando se llega a ese estado procedimental (toma de declaraciones ministeriales), la autoridad persecutora de delitos se encuentra real y jurídicamente en condiciones de saber si los hechos investigados son constitutivos de delito federal y si el o los detenidos se encuentran en calidad de inculpados o de testigos de esos hechos, pues sólo

hasta ese momento ministerial, el representante social federal con base en los resultados que arrojen las diligencias probatorias aludidas, es factible cronológicamente que se encuentre en posibilidad de cumplir y hacer cumplir la garantía constitucional aludida. Lo que no sucede en tratándose del derecho de defensa ejercido en las diversas etapas que en términos de lo previsto en el artículo 4o. del Código Federal de Procedimientos Penales, conforman el proceso penal federal (preinstrucción, instrucción, primera instancia y segunda instancia) pues en tales casos, el juzgador federal desde el auto de radicación tiene conocimiento de los hechos consignados y de la calidad de las personas puestas a su disposición, por lo que no existe impedimento alguno para que desde ese momento procesal hasta la total conclusión del juicio pueda ser ejercida y cumplida la garantía constitucional en cita; luego entonces, los indiciados, procesados y sentenciados tienen la atribución legal debida de exigir y ejercer con eficiencia y eficacia esa garantía desde el momento mismo de su puesta a disposición ante el órgano jurisdiccional federal, o bien, durante el transcurso de los diversos periodos que comprende el proceso penal federal.

Amparo directo en revisión 198/99.— Adalberto Moreno León e Israel Ligalba León.— 21

de junio de 2000.— Cinco votos.— Ponente: Juventino V. Castro y Castro.— Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El asunto se va aclarando, estamos en realidad frente a un sistema mixto.

Erico Pessina afirma que:

“ninguno de los dos sistemas incluye en sí todas las garantías necesarias para la recta administración de la justicia, e hizo notar que en proceso meramente acusatorio, la persecución y la indagación del reo quedan exclusivamente remitidas al árbitro de la parte acusadora. Además de esto, la publicidad puede ser un obstáculo a la investigación de la verdad y de sus pruebas, cuando nada se ha recogido acerca del delito y del reo. Y finalmente, el Juez que pronuncia está exclusivamente limitado cuando se le prohíbe agregar investigaciones de su parte a los elementos que las partes suministran para que forme su convicción”.

Nuestro sistema es por tanto mixto; en él encontramos una primera parte francamente inquisitorial, que es la primera parte de la averiguación previa, antes de la presentación o comparecencia voluntaria del inculcado.

Una segunda etapa mixta, que abarca la parte de la averiguación previa, entre la comparecencia del inculpa-do ante el Ministerio Público y la consignación a un juez Penal.

La última etapa, el proceso propiamente dicho, ante el Juez imparcial, está mucho más cerca del modelo puro de sistema acusatorio, aun cuando quedan algunos rasgos inquisitoriales que moderan la rigidez del formato.

Concluiría reconociendo que hay mucho más que decir en este tema, que nuestra norma constitucional y nuestra Corte Suprema, nos han proporcionado los mecanismos jurídicos pertinente, para encontrar una síntesis integra-dora entre las exigencias de la sociedad que quiere san-cionar y la persona que exige, con el apoyo de legislación y opinión universal, gozar de sus derechos humanos de defensa y un juicio justo.

Mayo 28, de 2001.

**TALLER SOBRE LOS
DERECHOS HUMANOS EN
EL PROCEDIMIENTO PENAL**

**LA REFORMA
CONSTITUCIONAL DE 1996**

*Jesús Zamora Pierce**

Por Decreto publicado en Diario Oficial de 3 de julio de 1996, en vigor al día siguiente, el Constituyente Permanente reformó y adicionó los artículos 16, 20, fracción I y penúltimo párrafo, 21, 22 y 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A continuación haremos algunos comentarios a dos de los temas de mayor importancia de los que se ocupa la reforma: La intervención de comunicaciones privadas y la libertad caucional.

* **Abogado Postulante.**

I.- LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS

La iniciativa propone se adicionen dos párrafos al artículo 16 constitucional, como noveno y décimo, cuyo texto sería el siguiente:

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no

cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

El texto original de la Constitución de 1917 no mencionaba las comunicaciones privadas, ni para establecer el derecho a su inviolabilidad, ni para autorizar su intervención. El Constituyente se preocupó, únicamente, de proteger de todo registro la correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, y de sancionar penalmente su violación. El olvido del Constituyente se explica por el hecho de que, a principios del siglo XX, las comunicaciones telefónicas no se encontraban tan difundidas como en la actualidad, y no existían los instrumentos tecnológicos que hoy permiten la intervención de las comunicaciones privadas (telefónicas y de otro tipo). Quiere ésto decir que en éste, como en tantos otros casos, la necesidad de la reglamentación legal surge como resultado de avances tecnológicos que hacen posible la realización de conductas antes no concebibles.

El tema de la intervención de las comunicaciones privadas surgió a fines de 1995, con motivo de una iniciativa de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada que proponía se permita al Ministerio Público la intervención de comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas, el acceso a bancos y sistemas informáticos, computacionales o similares, conectados a los sistemas telefónicos o la colocación secreta de medios de escucha en domicilios o videograbaciones en algún lugar privado.

Los juristas mexicanos se vieron llamados a opinar sobre el tema sin contar con antecedentes legislativos, doctrinarios o jurisprudenciales en que apoyarse.

Ignacio Burgoa, en un artículo no publicado, fue de opinión que la intervención de las comunicaciones privadas constituían una violación a la garantía de libre manifestación de las ideas. Dijo Burgoa:

El artículo 6o. de la Constitución establece esta garantía, que substancialmente implica el derecho humano de libre manifestación de las ideas, en cuanto que ésta “no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público.

La inquisición entraña la investigación o averiguación de cualquier idea que se externe por medios escritos u orales o través de cualquier aparato, mecanismo tecnológico como el teléfono y la radiodifusión principalmente. Es evidente que en una conversación telefónica o en una transmisión radiofónica se manifiestan múltiples ideas, sin cuyo acto tal conversión transmisión carecería totalmente de sentido.

La intervención de comunicaciones telefónicas y la vigilancia electrónica a que se refiere el artículo 21 de la Ley propuesta (se refiere al ante-

proyecto de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada) son actos que implican una inquisición administrativa de la manifestación de las ideas a través del teléfono, de la radiotelefonía, de los sistemas informáticos, computacionales y otros, sin que esa inquisición incida en ningún caso que limita la libertad de manifestación de las ideas previsto en el artículo 6o. constitucional, toda vez que tal artículo 21 atribuye al Ministerio Público la facultad arbitraria y subjetiva de ordenar la citada intervención cuando “la considere necesaria”, sin que por medio de las ideas que se expresen a través de los sistemas de comunicación que el mismo precepto menciona, se ataque a la moral, los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público. Ese artículo 21, significa una grave afrenta al derecho humano de libertad de expresión del pensamiento y se antoja como un instrumento dictatorial para coartar y prohibir su ejercicio fuera de los casos que indica el artículo 6o. constitucional.

No compartimos la opinión de Burgoa. Manifestar una idea tanto quiere decir como declararla, darla a conocer, descubrirla, mostrarla, ponerla a la vista, exponerla públicamente. Así pues, el artículo 6o. de la Constitución consagra el derecho a hacer pública una idea, y prohíbe a las autoridades el inquirir judicial o administrativamente sobre esa manifestación. Es decir, la garantía no permite al Estado que impida la manifestación de las ideas.

El texto agregado al artículo 16 constitucional, y objeto de nuestro estudio, se refiere, en cambio, al derecho de mantener las comunicaciones privadas fuera del conocimiento de terceros.

Es cierto que ambas garantías guardan alguna relación entre ellas, puesto que las dos protegen, de alguna forma, la comunicación de ideas, pero la forma en que lo hacen es totalmente contraria: La garantía del artículo 6o. protege el derecho de hacer pública una idea; la garantía del artículo 16 consagra el derecho de impedir que se haga pública una comunicación privada.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en algunas ejecutorias de las que fue ponente el Ministro Guillermo Guzmán Orozco, tendió a proteger las comunicaciones telefónicas dentro de la garantía de inviolabilidad del domicilio que consagra el artículo 16 constitucional y a permitir su intervención en términos semejantes a los que ese artículo exige para una orden de cateo. Dice la Corte:

CATEOS, TELÉFONOS INTERVENIDOS.— Es verdad que, si de autos aparece que la Policía Judicial grabó unas conversaciones telefónicas relacionadas con los acusados, pero no aparece que se haya recabado antes una orden judicial para ello, ni que pericialmente se haya determinado que las voces eran de las personas a quienes se atribuyen, esas cintas carecen de

valor probatorio en juicio. El artículo 16 constitucional señala que sólo la autoridad judicial podrá expedir órdenes de cateo, en las que se indicará el lugar que ha de inspeccionarse y los objetos que se buscan, a lo que ha de limitarse la diligencia. Es de notarse que ese precepto fue aprobado en el año de 1917, cuando no eran previsibles para el Constituyente los avances técnicos de la electrónica, que permiten realizar, en perjuicio de los particulares, actos tan nocivos como los que previeron en 1917, y de naturaleza substancialmente semejante. Por lo demás, las garantías individuales protegen (o garantizan) ciertos derechos de los individuos, que se consideran de la mas alta importancia para que se pueda decir que se vive en libertad, con dignidad, y no en un Estado policíaco. Y sería una interpretación mezquina de la Constitución la que ignorase los avances de la técnica para permitir la violación de esos derechos. En rigor, el espíritu de la garantía protege a personas, y a sus propiedades y privacidad, y no sólo lugares y objetos tangibles, en un sentido material y estrecho. La garantía de los cateos no sólo rige la toma de objetos materiales y tangibles, sino que alcanza a la toma, mediante grabación o escucha, de aseveraciones verbales que un individuo hace con la confianza de que está actuando con derecho de su privacidad, y el acatamiento y respeto de esa garantía exige que la policía no ha de

interferir con esa privacidad, sin mandamiento de autoridad judicial, para apoderarse del contenido de conversaciones telefónicas. Las actividades del gobierno al escuchar y gravar conversaciones telefónicas constituyen en rigor, dada la tecnología actual, un cateo, en el significado substancial del artículo 16. Hay que determinar cuál es el valor protegido por la garantía, y seguirlo protegiendo contra los avances de la tecnología, para evitar que ésta se vaya convirtiendo en letra muerta a la garantía. Así pues, debe mediar el juicio imparcial de un funcionario judicial entre los ciudadanos y la intromisión policíaca en sus derechos y en su privacidad. Y para el efecto, lo mismo da que el teléfono utilizado estuviese en un hogar, en una oficina, etc., pues el mismo valor de privacidad de la persona, y de sus pertenencias, se viola en ambos casos. Por lo demás es sustancialmente lo mismo efectuar un cateo para apoderarse de una aseveración escrita, que interferir un teléfono para apoderarse del contenido de una aseveración oral. Por tanto, si la interceptación telefónica no estuvo precedida de una orden judicial, se trata de un acto inconstitucional y, por ende, nulo de pleno derecho en sí mismo y en sus frutos.

Amparo directo 1993/86.— Fernando Karam Valle y otro.— 31 de marzo de 1987.— 5 votos.— Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.

Semanario Judicial de la Federación,
Séptima Época, Sala Auxiliar, volumen
217-228, Parte Séptima, página 75.

El autor de la iniciativa fue de opinión de que es necesario proteger a las comunicaciones privadas con una garantía específica que las haga inviolables. Propone, además, que se sancione penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Pero no delimita con precisión cuáles son las autoridades que pueden intervenir las comunicaciones, y ese es el punto más criticable de la reforma. Recordemos, en efecto, que la posibilidad de intervenir las comunicaciones privadas surgió como un instrumento excepcional de poder, destinado, únicamente, a la lucha contra la delincuencia organizada. Luego entonces, tan solo el Ministerio Público Federal, en sus investigaciones contra la delincuencia organizada, debería ser autorizado para intervenir comunicaciones. El texto de la reforma dice, en cambio, que la autoridad judicial federal podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada “a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente”. La facultad, que debió haber sido reservada al Ministerio Público Federal, ha sido ampliada, no solamente al Ministerio Público Local, sino a todas y cada una de las autoridades federales, a condición de que las faculte la ley, cualquier ley. Ya no queda en manos de la Constitución el limitar esta facultad extraordinaria.

Es cierto que el propio legislador, al parecer, se dio cuenta de los peligros potenciales que encerraba la norma, y trató de limitarla diciendo: "La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor". Nos preocupa, no obstante, que la designación genérica de la autoridad competente (todas las autoridades federales) no quede suficiente ni adecuadamente delimitada con la enumeración de materias excluidas. Opinamos que sólo los delitos, y, entre ellos, únicamente los graves, revisten una importancia tal que justifique la intervención de las comunicaciones privadas.

II.- LA LIBERTAD CAUCIONAL

El Decreto reforma el artículo 20, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece el derecho del inculpado penal a la libertad provisional bajo caución. El texto ahora en vigor dispone:

Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez

podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional.

La fracción I del artículo 20 constitucional es el texto más frecuentemente reformado, de aquellos que integran el capítulo de las garantías individuales. En efecto, el texto original ha sido reformado por Decretos publicados

en el Diario Oficial de 2 de diciembre de 1948, de 14 de enero de 1985, y de 3 de septiembre de 1993. La reforma que estamos estudiando es, pues, la cuarta.

La comparación del texto reformado con el texto anteriormente vigente de la fracción I nos permite identificar dos temas en los cuales incide la reforma y que requieren comentarios: a) La identificación de las personas que pueden gozar de la libertad caucional; y b) La cauciones que deben otorgarse para poder gozar de esa libertad.

Conforme al texto inmediato anterior, todos los procesados tenían derecho a gozar de la libertad caucional, con excepción de aquellos a quienes se les imputan delitos graves, que no permitían la libertad. La reforma, por su parte, eleva a tres el número de hipótesis en las que el procesado no tiene derecho a la libertad: a) cuando se le impute un delito grave; b) en caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley; y c) en caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, cuando éste aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

La iniciativa ha hecho desaparecer los límites claros, netos y precisos que siempre han existido en nuestro Derecho entre aquellos casos en que el procesado tenía

derecho a la libertad caucional y aquellos otros en que carecía de este derecho. En efecto, desde 1917 hasta el 3 de septiembre de 1994, fecha en la que entró en vigor el Decreto de 3 de septiembre de 1993, el límite era la pena media aritmética aplicable al delito que se imputaba al procesado, cuando ésta era mayor de cinco años no permitía la libertad bajo caución. Posteriormente, del 3 de septiembre de 1994 hasta el día de hoy, el límite ha sido el concepto de delito grave, tiene derecho a la libertad todo procesado, excepto aquel a quien se le impute un delito calificado de grave por la ley. Ahora, en los términos de la iniciativa, no tienen derecho a la libertad bajo caución los procesados a quienes se impute un delito grave, y tampoco lo tienen aquellos a quienes se impute un delito no grave, si, a criterio del Ministerio Público y del juez, “la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad”. Ese “riesgo”, que la Constitución no precisa, abre una puerta ancha al arbitrio, y, en consecuencia, a la posible arbitrariedad, de las autoridades. El día de hoy, todo procesado corre el “riesgo” de verse negar el beneficio de la libertad bajo caución.

Le asiste razón al autor de la reforma cuando considera que, en ciertos casos y en determinadas circunstancias, no debe concederse la libertad. Le asiste, también, cuando opina que no es posible individualizar adecuadamente una regla inflexible como lo son la pena media aritmética o el delito grave. Le es reprochable, en cambio,

que haga depender la libertad de la existencia de “un riesgo” que no identifica, siendo así que está identificado y debió serlo en el texto constitucional.

En efecto, el Derecho Comparado acepta que la prisión preventiva sin goce de libertad caucional se justifica en los siguientes casos: a) para impedir que el procesado huya; b) para impedir que el procesado cometa un nuevo delito; y c) para impedir que el procesado obstaculice el proceso.¹

En cuanto al Derecho Mexicano, el Decreto publicado en el Diario Oficial de 8 de enero de 1991, que reformó, entre otros, los artículos 399 del CFPP y 556 del CPPDF, para permitir al juzgador conceder la libertad provisional al procesado en casos en que la pena del delito imputado rebasaba el término medio aritmético de cinco años de prisión, exigía la satisfacción, entre otros, de los siguientes requisitos: “III. Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y IV. Que no se trate de personas que, por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirán la acción de la justicia”.

Las propias Comisiones Unidas de Estudios Legislativos, Primera Sección, del Distrito Federal, de Puntos

1 KOERING-JOULIN, René. *The Preparatory Phase of the Criminal Proceeding: Major Trends in European Jurisprudence*, artículo en la obra colectiva *The Criminal Process and Human Rights*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, pág. 19. SPENCER, John, *Criminal Procedure in England*, misma obra colectiva, pág. 70.

Constitucionales y de Justicia, del Senado de la República, al rendir su Dictamen sobre la iniciativa de reforma constitucional que estamos estudiando, dijeron: “El objetivo de la reforma constitucional es evitar que se permita la libertad a individuos que pueden aprovechar esta garantía para cometer nuevos ilícitos o para evadir la acción de la justicia”.

Ahora debemos luchar, para que la ley procesal penal consagre estas tres hipótesis (riesgo de fuga, riesgo de comisión de nuevo delito y riesgo de que se obstaculice el proceso) como las únicas en las cuales podrá el Ministerio Público pedir que se niegue y el juez negar el beneficio de la libertad caucional.

Por último, y por lo que hace a las cauciones que deben otorgarse para gozar de la libertad caucional. En el Derecho Mexicano, y hasta antes de la entrada en vigor del Decreto de 3 de septiembre de 1993, el procesado se encontraba obligado a otorgar una única caución, que servía para garantizar que se sometería a las consecuencias del proceso. Si el procesado huía, esa caución se hacía efectiva en beneficio del Estado. Habiendo entrado en vigor el Decreto de 3 de septiembre de 1993, el legislador ordinario, por Decreto de 10 de enero de 1994, reformó, entre otros, los artículos 399 del CFPP y 556 del CPPDF, para exigir que el procesado otorgue tres diversas garantías para poder gozar de la libertad caucional: una por el monto estimado de la reparación del daño, otra

por las sanciones pecuniarias que, en su caso, puedan imponérsele y una tercera para caucionar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso. Las cauciones deben otorgarse por separado, pues, en caso de revocación de la libertad caucional, tendrán diferente destino: la garantía relativa a la reparación del daño se hará efectiva a favor de la víctima o del ofendido por el delito, en tanto que las que versen sobre las sanciones pecuniarias y para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso se harán efectivas a favor del Estado (artículo 569, CPPDF; artículo 417, CFPP). Estas normas procesales se fundaban en el texto de la fracción I, en vigor hasta el 3 de julio de 1996, que ordenaba al juez otorgue la libertad bajo caución al procesado “siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que, en su caso, puedan imponerse al inculpado”. Texto muy elogiado por cuanto se preocupa por garantizar a la víctima del delito el pago de la reparación del daño sufrido.

El texto de la iniciativa presidencial conservaba textual la exigencia de esa doble caución de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias. También el estudio y dictamen de la iniciativa, elaborado por la Cámara de Senadores (de 28 de marzo de 1996), reiteraba, en los mismos términos, el requerimiento invariable al inculpado de que garantizara la reparación del daño y las sanciones pecuniarias como condición para gozar de la libertad. Pero el proyecto de Decreto elaborado y aprobado por la

Cámara de Senadores (de 1o. de abril de 1996), inexplicablemente, elimina toda mención a esas dos garantías. En su lugar nos deja únicamente un párrafo segundo que dice:

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponérsele al inculpado.

Como vemos, la Constitución ya no exige la garantía de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias como un requisito previo indispensable para el otorgamiento de la libertad, tales garantías ya no son una condición *sine qua non* de la libertad. Ahora, la Constitución apenas si menciona la reparación del daño y la sanción pecuniaria como meros puntos de referencia, entre otros, que el juez debe tomar en cuenta “para resolver sobre la forma y monto de la caución”. Y se refiere a ésta, repetidas veces, en singular, como caución única.

Luego entonces, hemos vuelto al sistema de caución única, destinada a garantizar el cumplimiento de las obli-

gaciones procesales; y los artículos 399 del CFPP y 556 del CPPDF, y sus relacionados, han perdido el indispensable apoyo constitucional; y la víctima ha perdido su derecho a que se le garantice el pago de la reparación del daño... al menos hasta la próxima reforma al artículo 20, fracción I.

Mayo 29, del 2001.

**TALLER SOBRE LOS
DERECHOS HUMANOS EN
EL PROCEDIMIENTO PENAL**

**LA DETENCIÓN ARBITRARIA
Y SU EFECTIVA PREVENCIÓN**

*Guillermo Arroyo de Anda Carranza**

La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos. Con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida.

Y por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres.

Miguel de Cervantes Saavedra

Honorable Presidium,
Señoras y Señores:

* Magistrado de la Tercera Sala Penal.

La profundidad y sabiduría de los conceptos del autor del *Quijote*, precisan, *a contrario sensu*, la temática de nuestra participación.

La vida humana es, por esencia la libertad del hombre, la libertad da sentido a la vida, y son los grandes valores de la existencia los grandes bienes que constituyen a la persona.

Se da el nombre de libertad al estado existencial del hombre, en el cual se autodetermina sin sometimiento de ninguna fuerza interna o externa. La existencia de la libertad es un hecho de experiencia inmediata y universal en la vida humana; un hecho que es el fundamento de la existencia interna, y de la coexistencia social del hombre. La vida en sociedad implica la vigencia de uno o más sistemas normativos; así el hombre es libre, en tanto posee una inteligencia capaz de comprender el sentido normativo de sus actos, y una voluntad capaz de decidir la realización de sus propios actos.

La libertad humana opera tanto en el mundo de la razón, como en el de la voluntad. El ejercicio de la libertad significa una valoración ni ciega, no absoluta ni instintiva, sino racional.

Herbert Spencer pudo decir:

“Todo hombre tiene libertad para hacer lo que quiera; siempre y cuando no infrinja la libertad de otro hombre”.

Vivir, dice Ortega y Gasset, es sentirse fatalmente forzado a ejercitar la libertad, a decidir lo que vamos a ser en este mundo. De esta manera, la libertad constituye el carácter único y esencial del hombre.

La historia de la humanidad es, en definitiva, el formidable desarrollo de una lucha incesante por la libertad. Así se empieza toda organización política, y con las distintas formas a través de las cuales se han manifestado históricamente los Estados, no ha sido sino la concreción de las libertades individuales.

Con estas ideas substanciales, nos vamos aproximando a nuestro tema. La libertad es el bien jurídico de mayor categoría, de cuantos merece la protección de la norma de derecho. Violarla en el individuo o quebrantarla en la sociedad constituye la más grave de las transgresiones, el mayor de los peligros, el más trascendente de los daños, un serio motivo para la alarma pública.

La historia da cuenta de los atentados a la libertad individual. Una forma muy antigua y frecuente de cometerlos: La cárcel privada, que podía realizarse bien por el arresto momentáneo de una persona sin secuestrarla, por la simple detención en su casa propia o por el secuestro en un lugar solitario, de modo que no pudiera retirarse libremente o disponer de sí misma.

En las antiguas leyes encontramos el delito de arresto ilegal, cuando particulares o funcionarios llevaban a cabo el arresto sin orden de la autoridad competente, y fuera de los casos en que la ley permite la prisión. Las Leyes de las *Partidas* obligaban al que aprehendiera a otro sin derecho o lo retuviese preso por más de veinte horas, y a ese autor de arbitraria prisión estimaban reo de plagio.

Era costumbre antigua la potestad del soberano de ordenar la detención de cualquier persona. El delito contra la libertad física era vulgar y diario en las sociedades europeas.

Nuestras constituciones consagraron el derecho de libertad individual. No puede procederse a la detención de ninguna persona sin llenarse los requisitos que la Constitución y las leyes establecen.

INTRODUCCIÓN

El título de la ponencia resulta sugestivo e implica un trato cuidadoso.

La sociedad anhela legítimamente el cambio para establecer en México un verdadero Estado de Derecho, y ello impone dejar de desatender a la ley, y el compromiso de todos de su estricta observancia.

El Señor Relator Especial de la Organización de Naciones Unidas, Doctor DATO PARAM, en su reciente

visita al país y en particular a la Ciudad de México, sostuvo que ese cambio no ha de producirse, sino es que gobierno y gobernados reconocemos, francamente, que nuestro proceder en muchos aspectos es incorrecto, de tal manera que si la autoridad pretende realmente que los súbditos respeten el orden de la Ley, como base de la concordia, armonía y prosperidad, primero debe llevar a cabo todas sus acciones con transparencia, estrictamente apegadas a Derecho, que sirvan de ejemplo y como prueba del verdadero interés de cambio.

Ese mensaje me animó a la conveniencia de que en este Foro se trate con franqueza, pero respetuosamente, la problemática de las detenciones arbitrarias a cargo de agentes de la autoridad y de los particulares, que además de producir un grave perjuicio a las personas que la sufren, también genera enorme daño a la imagen y confianza de la autoridad de gobierno que así actúa, con el afán de invitar a ustedes a la reflexión, para reconocer los casos en que se trastoca la Ley al afectar derechos fundamentales, como son la libertad y la legalidad, con detenciones arbitrarias, y encontrar la forma que evite la cultura de trampa y perversión que favorece a unos y daña gravemente a la mayoría, con el fenómeno de la arbitrariedad a cargo de la autoridad.

I.- DETENCIÓN Y RETENCIÓN

Para mejor comprensión del tema, es menester atender que el concepto detención ha sido definido por los

Tribunales de la Federación, en el sentido de que **“IMPLICA EL APODERAMIENTO DE LA PERSONA, PARA SOMETERLA A UN ESTADO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD, DEPOSITÁNDOLA EN UNA CÁRCEL, PRISIÓN PÚBLICA U OTRA LOCALIDAD QUE PRESTE LA SEGURIDAD NECESARIA PARA QUE NO SE EVADA”**.

La doctrina, en forma abundante y variada, se pronuncia con opiniones que pueden resumirse, a que la voz “*detención*” significa apresar, encerrar, aislar o recluir a una persona en un lugar determinado, y “*detener*” denota inmovilizar o prender a otro.

El artículo 16 de la Constitución General de la República la refiere como única causa para afectar legalmente la libertad de los individuos, que queda garantizada en el Pacto Federal, disponiendo que procederá por orden de aprehensión, por delitos flagrantes o caso urgente.

El Doctor Fix Zamudio explica el origen de esta disposición constitucional, señalando que se debe a que un selecto grupo de mexicanos se dio a la tarea de enfrentar los actos arbitrarios, con instrumentos eficaces de defensa de los derechos humanos, que no sólo comprenden la libertad física, protegida tradicionalmente entre nosotros, sino toda la gama de derechos subjetivos públicos establecidos en beneficio de los habitantes del país, siendo la integridad física y moral de los propios habitantes lo que recibió una atención especial, para superar los innu-

merables ejemplos de la falta de respeto hacia la vida, la libertad y propiedad de los mexicanos.

El Presidente Venustiano Carranza, en la Exposición de Motivos de su proyecto de Constitución de 1917, ante el Constituyente destacó la necesidad de establecer mandamientos para contrarrestar todos los escándalos causados por las violaciones flagrantes a la Constitución de 1857, y añadió:

“siendo el objeto de todo gobierno el amparo y protección del individuo, o sea de las diversas unidades de que se compone el agregado social, es incuestionable que el primer requisito que debe llenar la Constitución Política, tiene que ser la protección otorgada, con cuanta precisión y claridad sea dable, a la libertad humana y todas las manifestaciones que de ella derivan de una manera directa y necesaria, como constitutivas de la personalidad del hombre”.

Asimismo, el Presidente Carranza sentenció:

“lo primero que debe hacer la Constitución Política de un pueblo, es garantizar, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana, para evitar que el gobierno, a pretexto del orden o de la paz, motivos que siempre alegan los tiranos para justificar sus atentados, tenga alguna vez de limitar el derecho y no res-

petar su uso íntegro, atribuyéndose la facultad exclusiva de dirigir la iniciativa individual, esclavizando al hombre y a la sociedad bajo su voluntad omnipotente”.

Estos son los principios que rigen sobre la libertad de las personas en el sistema político mexicano, y a los cuales deben quedar sujetos los actos de toda autoridad.

Respecto a la detención a que alude la Constitución, la teoría sostiene que para la eficacia de la garantía de libertad se requiere que la autoridad sólo ejecute lo permitido por una disposición legal, porque aquéllo que no se apoye en el principio de tal naturaleza, carece de base de sustentación y se convierte en arbitrario.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece qué debe entenderse por flagrancia o su equiparación, y define asimismo el caso urgente. Esta detención por caso urgente ha sido criticada por diversos autores, como el maestro emérito Ignacio Burgoa Orihuela, en el sentido de que:

“abre un campo ilimitado propicio al subjetivismo de las autoridades administrativas, pues la empresa de determinar en qué situaciones se está realmente ante un caso urgente para detener a una persona, sin orden judicial, a parte de ser arriesgada, resulta las más de las veces facultativa, y puede conducir hasta la arbitrariedad”.

Por lo tanto, el propio maestro recomienda estricta observancia de lo dispuesto en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales, como única justificación de la acción de la autoridad administrativa para proceder a una detención, siempre que actúe con reflexión y cordura ante la gravedad de una falta, y la posibilidad de que el inculpado realmente escape a la acción de la Justicia.

A virtud de que la Constitución, en el artículo 16, emplea las voces de detención y retención, conviene establecer que al consultar en general a la Carta Magna no encontramos que defina la voz retención, y sólo en el párrafo séptimo observamos que la prohíbe por más de 48 horas, sin establecer literalmente que se permita, pero debe inferirse. La teoría distingue entre detención y retención, señalando que en tanto la primera significa apresar, encerrar o recluir a una persona en un lugar determinado, y denota inmovilizar, o prender a otro, que la tesis de los Tribunales de la Federación define como el apoderamiento de la persona, para someterla a un estado de privación de libertad; la voz retención constituye prolongar en el tiempo ese estado de afectación a la libertad personal.

II.- DETENCIÓN LEGAL Y DETENCIÓN ARBITRARIA

La detención es una acción que queda sujeta a la legalidad, por lo tanto sólo podrá someterse a la persona a un estado de privación de la libertad, cuando el que la lleva a cabo se ajusta limitativamente a lo que ordena la

Constitución, lo que implica que no se detendrá al individuo sin que medie en su contra orden de aprehensión, flagrancia, su equiparación y en los casos extraordinarios de urgencia, por orden del Agente del Ministerio Público. La retención en averiguación previa, sólo puede ser decretada cuando esté debidamente probada la causa legal de la detención. En tal virtud, la detención de una persona llevada a cabo por quien se ajusta limitativamente a la ley, no es conculcatoria de la garantía de libertad consagrada por la Constitución. En esta virtud, la orden de aprehensión judicial y la orden de detención ministerial en caso urgente, deben cumplir la forma y el fondo, y en caso de equiparación a la flagrancia, debe probarse real y genuinamente los supuestos que la justifican.

Cuando la detención del individuo no se ajusta estrictamente a la disposición de la ley es arbitraria. La cuestión invita a analizar los supuestos por los que se producen estas arbitrariedades:

a) Por la Policía: Las detenciones más criticadas por contravenir la Ley, precisamente son las que se producen con intervención de la Policía Preventiva, actuando officiosamente con el Imperio de la Ley, o a petición de un interesado, ya que se les reclama que lo hacen en franca contravención a lo que la Ley ordena.

Por lo tanto, es conveniente recordar que conforme los artículos 5o., fracción V del Reglamento de Policía Preventiva del Distrito Federal, 20 de la Ley de Justicia

Cívica del Distrito Federal, y 17 y 18 del Reglamento Gubernativo de Justicia Cívica del Distrito Federal, la Policía Preventiva del Distrito Federal debe proceder a la detención del gobernado en los casos de flagrancia, y que en situaciones urgentes, a petición de parte interesada, podrá detener a los presuntos responsables de la comisión de algún delito, pero siempre respetando sus garantías individuales, y con la sola finalidad de ponerlo a disposición de la autoridad competente.

La flagrancia impone que el agente de la Policía presencie el desarrollo del hecho, y la situación urgente que también justifica la detención, es la equiparación a la flagrancia dispuesta en la Ley.

Este es el correcto proceder de la autoridad policial, que de esa forma contribuye para una eficaz procuración e impartición de la justicia. Generalmente las detenciones son legales, en otros casos no, precisamente por falta de flagrancia, o de su equiparación tratándose de conductas penales, y se convierten en claras detenciones arbitrarias, por el simple hecho de ser contrarias a la Ley.

Esta irregularidad, ocasionalmente, es dolosa, o se puede deber a error o ignorancia del agente policíaco, pero en cualquier forma lastima sensiblemente el derecho a la libertad. Esta forma de detención arbitraria es razón de constante reclamo y denuncia por la ciudadanía

que, con desencanto, no encuentra pronta y eficaz respuesta en las autoridades ante quien es presentado el detenido, que pueden y deben poner remedio a tales arbitrariedades, porque por disposición de la Ley les corresponde verificar la legalidad de esa detención.

La policía preventiva está obligada legalmente a prestar el servicio público de detener a las personas cuando así corresponda, pero también lo está a no hacerlo, cuando ello implique infringir la limitante de la Ley, de suerte que si a todas luces es evidente la falta de flagrancia en el delito o falta cívica de que se trate, o que no se trate de situación urgente, la Policía debe abstenerse de detener a la persona, ni aún a petición de persona interesada, y respetar los derechos a la libertad consagrados en la Ley.

De no hacerlo, su acto constituye una arbitrariedad que vulnera a la Constitución. Conviene un paréntesis para destacar que, en caso de detención por la Policía Preventiva, que no sea sucedida de la correspondiente presentación inmediata ante la autoridad competente, y en su lugar sobrevenga una indebida retención por los captores, tal arbitrariedad torna en delito de PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD, por todo el tiempo en que se prolongue esa situación.

En la práctica, es frecuente encontrar que la Policía Preventiva, pone a disposición del Agente del Ministerio

Público o del Juez Cívico a una persona a la que no se le sorprendió en flagrante delito o su equiparación, pero la policía emplea un lenguaje singular, porque le denomina “presentado”, y evita llamarle “detenido”. En la mayoría de los casos se debe a que aseguran a la persona a petición de un interesado, y acto seguido lo hace comparecer ante esa autoridad, sin tener en cuenta que la Ley no permite ese acto de aseguramiento y presentación sin orden de autoridad competente, que funde y motive la causa de su proceder, y que esta orden de presentación, en nuestra materia, es un medio de apremio que aplica el Agente del Ministerio Público en la averiguación previa o al Juez o Tribunal de la causa, cuando así proceda, que además, en ningún caso es restrictiva de libertad, según así se han pronunciado los Tribunales de la Federación, al establecer que la presentación obliga a una persona a comparecer ante la autoridad que la requiere, con límite precario a la restricción de su libertad, sólo indispensable para el desahogo de la diligencia.

Por tanto, no es la Policía Preventiva la autoridad facultada para disponer la presentación de la persona ante la autoridad ministerial o judicial, sobre todo cuando no media un procedimiento penal ya iniciado en el que se haya ordenado legalmente, presentación que realmente implica detención, porque la acción de la Policía ejecuta un apoderamiento de la persona, para someterla a un estado de privación de su libertad. Esa forma de actuar desencadena diversas situaciones, igualmente arbitrarias, como más adelante referiré, que no hubiesen ocurri-

do si la Policía Preventiva acatara su obligación de no actuar cuando falte la flagrancia, o no se trate de situación urgente, sin que sea justificante el por demás absurdo e incongruente pretexto de que sólo lo “*presentan*” ante la autoridad, pero que “*no fue detenido*”. Ese discurso no debe permitirse ni soslayarse por las autoridades del procedimiento penal, a quienes la Ley les impone el deber de verificar –bajo su más estricta responsabilidad– si la detención fue legal o no, porque si no hay causa que justifique la detención a cargo de la Policía, aún cuando se le dio forma de presentación, deben proceder a liberar al detenido, sin perjuicio de llevar a cabo las diligencias que correspondan.

Es del común de las personas que la Policía ha venido gradualmente dañando su prestigio, al extremo de que por lo general inspira temor y no seguridad y confianza, y la causa son los actos arbitrarios por parte de algunos elementos policíacos, que con frecuencia quedan impunes, por falta de denuncia debido a que no hay credibilidad de que se investigará y se procederá en contra de esos nefastos policías.

Una de las más graves arbitrariedades es la simulación en el servicio y el fraude a la Ley, porque debiendo la Policía Preventiva actuar como corresponde legalmente, algunos malos elementos no lo hacen, y aprovechan los atributos que la Ley les confiere para satisfacer intereses personales por encima de la comunidad, al grado de

delinquir, o para darle a su actuación una aparente legalidad de la que carece, como en el caso que nos ocupa, en que indebidamente esgrimen a la figura “*del presentado*”, inexistente en la Ley en los términos en que así se maneja, para ocultar la situación jurídica real de la persona a la que detuvieron, muchas veces sin causa que lo justifique.

Depende del respeto a la legalidad y a la transparencia en los actos de la Policía, para que cambie la opinión en contra “*ahora mayoritaria*”, y en gran medida si evitan las detenciones arbitrarias, y no fingen con un lenguaje que sólo tiende a contrariar la Ley.

b) Por los particulares: De acuerdo con la Constitución, en caso de flagrancia en el delito cualquier persona puede detener al responsable, con la obligación de ponerlo de inmediato a disposición de la autoridad de gobierno.

Cuando la razón de la detención es jurídica, la acción de los particulares es legal y no merece reproche, a pesar de que por error detenga a la persona sin flagrancia o su equiparación en los términos de la Ley, al fin que como su deber es entregarlo de inmediato a la autoridad, sea policial o ministerial, ésta debe responsabilizarse del trámite que marca la Ley para verificar la legalidad de esa detención.

La arbitrariedad por parte de los particulares, se presenta cuando detienen o hacen detener injusta e indebidamente a persona equivocada, atribuyéndole falsamente la comisión de un delito, con el sólo afán de obtener

la atención de la autoridad y que a esa persona se le responsabilice de lo ocurrido.

Esta situación es común en el particular que desprecia el valor de la libertad de los demás, y que no repara en faltar a la verdad para salvaguardar su propio interés; éste es el factor que comúnmente provoca que tras un proceso inútil, la persona acusada deba ser liberada, porque el que lo señaló no mantiene su imputación, una vez que satisfizo su interés bastardo, alegando que fue la Policía o en la Agencia del Ministerio Público que le indicaron o presionaron para que hiciera el señalamiento. La falta de sentido ético y moral de este tipo de personas contribuye a las detenciones arbitrarias, que finalmente se lo reclaman a la autoridad jurisdiccional, instrumento involuntario para esas acciones inmorales, por la detención que sufre la persona durante el proceso.

c) Por el Órgano Jurisdiccional: La orden de aprehensión es una medida cautelar que tiene como finalidad asegurar al inculpado para los fines del proceso penal; sus requisitos: la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del indiciado en su comisión, que se trate de delito que amerita cuando menos pena privativa de libertad y que la solicite el Agente del Ministerio Público.

Si la orden judicial reúne satisfactoriamente tales requisitos, la detención que sufre el inculpado es legal; en cambio, basta que no esté acreditado el cuerpo del delito

y debidamente la probable responsabilidad penal para que no lo sea. Esta orden de aprehensión llega a ser arbitraria, cuando ostensiblemente el juzgador no habría tenido razón legal para disponerla, y sin embargo lo hizo, con el consecuente daño para el inculpado que significó el ser aprehendido.

Este supuesto se puede ejemplarizar de la siguiente manera: el cuerpo del delito es una institución que debe estar plenamente acreditada en todo estadio procesal, desde la orden de aprehensión, el auto de formal prisión y la sentencia definitiva. La única diferencia consiste en que en las dos primeras resoluciones el juzgador la tiene por acreditada en forma provisional, y en la sentencia de manera definitiva. La Ley no distingue grado de prueba para tener por acreditado el cuerpo del delito en dichas resoluciones, como sí lo hace en lo tocante a la responsabilidad penal, porque para el libramiento de una orden de aprehensión se requiere que existan datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado, conforme a los artículos 16 de la Constitución y 132 de nuestra Ley Procesal.

Para decretar la formal prisión, será bastante datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado, de acuerdo a los artículos 19 del Pacto Federal y 297 del Código adjetivo penal, en tanto que para dictar una sentencia condenatoria se requiere de prueba plena que acredite la responsabilidad, como se desprende del texto del artículo 247 párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, interpretado *a contrario sensu*.

Por lo tanto, si el juzgador, al resolver sobre la petición de orden de aprehensión del inculcado tiene por acreditado el cuerpo del delito con el elenco de prueba que desprende el sumario, y aprehendido que fue el indiciado, sin variarse la gama probatoria para resolver su situación jurídica en el plazo constitucional, determina que en su concepto requiere mayor grado de prueba que la exigencia para la orden de aprehensión, habrá cometido un acto arbitrario en contra del gobernado, al hacerlo aprehender y sufrir los efectos de ese acto en forma innecesaria, debido a un concepto inexacto del cuerpo del delito en el proceso penal, que no permite su acreditación probable.

De tal manera que si en la orden de aprehensión el Juez lo tiene por comprobado, de no variar el elenco probatorio no hay razón legal para que el Juez contraiga su determinación anterior, en el auto que resuelva la situación jurídica del inculcado, conforme al artículo 19 constitucional. De igual forma, si en el auto de formal prisión el Juez tiene por acreditado el cuerpo del delito y durante la instrucción la prueba no se modifica, es inconcuso que el juzgador, por congruencia, debe mantener tal determinación.

En cuanto al arraigo como medida cautelar en el procedimiento penal, su disposición por el Juez es arbitraria cuando no se motiva debidamente la causa que lo justifica y las condiciones en que debe ejecutarse de acuerdo con la Ley. Al juzgador le corresponde valorar la solicitud de arraigo, teniendo en cuenta la necesidad real de su

aplicación al caso concreto, disponiéndolo por el tiempo estrictamente indispensable y para que tenga verificativo en un lugar que no resulte humillante ni degradante para el inculpado.

La Ley dispone la vigencia del arraigo hasta por 30 días iniciales, prorrogables por 30 más, con vigilancia de la autoridad, pero sin precisar el sitio en que ha de tener verificativo. En esta virtud, el que un Juez lo decreta hasta por el máximo de su duración sin causa que lo justifique, es una arbitrariedad, porque afecta injustificadamente la libertad del gobernado al quedar sujeto a los efectos de ese arraigo prolongado sin necesidad; asimismo, el que el juzgador no establezca el lugar en que deba tener verificativo, dejándolo al arbitrio del Agente del Ministerio Público Investigador o de la Policía Judicial que ejecute, constituye otra forma de arbitrariedad en la privación de la libertad del que está arraigado, por falta de seguridad jurídica. Por último y lo más importante, el hecho de que el Juez decreta el arraigo sin respetar la garantía de audiencia al inculpado, violenta el proceder que le corresponde de acuerdo con la Ley, y su acto ilegal resulta arbitrario.

III.-DE LA RETENCIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO

La retención legal de una persona para los fines de la averiguación previa, requiere de la acción de verificar sobre la legalidad de la detención. Es a cargo del Agente

del Ministerio Público y constituye una delicada responsabilidad que debe cumplirse correctamente, sin excepciones, siguiendo el proceder de la Ley. Tiene el carácter de diligencia urgente e ineludible, de suerte que, tan luego una persona le es presentada en calidad de detenida, sin demora ni otros requisitos inexistentes en la Ley, debe proceder a examinar los antecedentes más inmediatos, que le sean reportados en la noticia *criminis* por la Policía o por el denunciante, y acaso por las personas que solicitaron la detención, para determinar, a modo preventivo y trascendental, que está ante un posible delito flagrante, ya sea porque la persona fue sorprendida desplegando la conducta disvaliosa, o porque fue detenido tras una persecución material, inmediata a la comisión del delito. En el caso de la equiparación a la flagrancia, deberá estar cierto de que concurren todos y cada uno de los requisitos acumulativos dispuestos en la Ley. Con esa acción, el Agente del Ministerio Público da cumplimiento veraz a lo que ordena el artículo 267, párrafo tercero, del Código de Procedimientos Penales.

Si los datos que informan los responsables de la detención de la persona, no satisfacen los requisitos de procedibilidad ni denotan la posible comisión de un delito, o que no hay flagrancia o su equiparación, o bien que el ilícito no amerita cuando menos pena de prisión, el Agente del Ministerio Público debe proceder enseguida a dejar en libertad al detenido –sin demora– para restituirlo en el goce de su libertad personal a que tiene derecho.

Incurrir en dilación en la verificación de la legalidad de la detención, bajo cualquier pretexto, constituye una retención indebida y arbitraria de la autoridad ministerial, que castiga severamente el Código Penal, a merced de su mala actuación, por el incumplimiento a la Ley, que le obliga a dar seguridad jurídica al gobernado detenido, y a una correcta administración pública, resolviendo sobre su situación tan solo sea presentado ante el Ministerio Público, con la posibilidad de ser puesto en inmediata libertad, si su detención fuere arbitraria.

Corresponde por tanto a esos funcionarios ministeriales que, tan luego sea la presentación del detenido, procedan a la iniciación de la averiguación previa con el levantamiento del acta correspondiente, en que llenado los requisitos de procedibilidad, como son la denuncia y la querrela, acto seguido resuelvan sobre la legalidad en la detención del presentado, que sea referida en el parte policiaco o en las testificaciones del o de los policías responsables de ello, para no incurrir en retención arbitraria por demora que sanciona la Ley.

III.-DE LA PROBLEMÁTICA DE LA FALTA DE ACUERDO DE RETENCIÓN, A VIRTUD DE LA FIGURA DEL PRESENTADO EN EL QUEHACER DIARIO DE LAS AGENCIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO

En la práctica, repetidas ocasiones encontramos que el Agente del Ministerio Público no da cumplimiento al

mandamiento de la Ley, porque no procede con la celeridad o genuidad que corresponde, ya sea por no darse a la tarea pronta de verificar sobre la legalidad de la detención, o por darle la calidad de presentado y no de detenido a la persona que ha sido puesta a su disposición.

En el primer caso, la razón más frecuente es que el Agente del Ministerio Público considera, sin fundamento, que es prioritaria la investigación del hecho por encima de la libertad de la persona a su disposición, y por tanto, concentra su atención y actividad ministerial a la recepción y acopio de medios de prueba; y secundariamente, con demora, se encarga de examinar lo concerniente a la detención. Este proceder es, a todas luces, equívoco, porque la investigación de los delitos ciertamente es de interés público, pero más lo es el derecho a la libertad de los individuos que conforman la sociedad mexicana; es esta la razón por la que el artículo 267, párrafo tercero, del Código de Procedimientos Penales ordena al Ministerio Público que, tan luego inicie la averiguación, se dará a la tarea de verificar sobre la legalidad de la detención; por ende, retrasar el cumplimiento de esta obligación por la investigación del hecho, contraviene la disposición procedimental correspondiente. Otra razón que también origina esta problemática, es que el Agente del Ministerio Público no distingue el significado de los conceptos detención y retención, y pasa por alto que la detención es el acto material de apoderamiento de las personas, ya sea por la policía o por particulares, y que sólo produce efectos hasta que es presentada ante la autoridad ministe-

rial, obligada a pronunciarse sobre la legalidad de esa acción, y en adelante, por todo el tiempo que se prolongue la privación de la libertad, ya no tiene el carácter de detención, sino de retención.

El hecho de que el Representante de la Sociedad demore en la resolución de retención, por cualquiera de estas causas, se convierte en un acto arbitrario, precisamente porque no se formaliza la retención con el acuerdo dispuesto por la Ley que funde y motive la causa de su proceder. Es así que todo servidor público ministerial, que se jacte de que sus actos son legales, no debe incurrir en tardanza en la atención inmediata que merece la detención del gobernado, porque incurre en retención indebida e ilegal, que contribuye a demeritar la imagen de la Procuración de Justicia.

Consecuentemente, es recomendable para los Agentes del Ministerio Público reconsiderar sobre los valores humanos y el correcto significado de los conceptos detención y retención, que afectan la situación jurídica del gobernado.

En cuanto a la política ministerial de darle trato de presentado, y no de detenido, al gobernado que materialmente fue aprehendido por la Policía y conducido a su presencia, por no tener fundamento legal debe ser superada, para que quede en el pasado, y rescatemos el prestigio del Ministerio Público en México.

Ofende sensiblemente que una persona sea burlada en sus derechos fundamentales, particularmente en lo concerniente a su libertad, sobre todo cuando por sus condiciones personales es incapaz de luchar contra la arbitrariedad de las autoridades y queda sujeto a su capricho, a pesar de los mandamientos de la Ley.

Quien tiene la desventura de ser detenido por la Policía y llevado a la presencia del Agente del Ministerio Público, posiblemente encontrará que el personal de la agencia –por ignorancia o mala fe– le esgrima que no está detenido, sino presentado, cuando reclame sus derechos como tal, especialmente el que se revise la legalidad de su detención, pero paralelamente no gozará de la libertad, porque su “*presentación*” irá acompañada de suficiente custodia, por supuesto policíaca, pero que, según así le referirán, pretendiendo convencerlo y quizá lográndolo, que eso no significa detención.

Esta forma de burlar a la Ley es bochornosa y grotesca, y debe ser reprochada legalmente, para que no persista la lesión al Orden Jurídico mexicano; el no reprimirla contribuye a incrementar este vicio y constituye idéntica responsabilidad.

Los Tribunales de la Federación, al referirse a la detención en las Agencias del Ministerio Público, han sostenido que :

“el hecho de que en las agencias investigadoras del Ministerio Público, el personal adscrito a las mismas impida a los implicados en hechos delictuosos que se retiren de ellas, reteniéndolos en un lugar distinto al común del público en general, evidentemente se traduce en una detención en dicho recinto oficial...”

Mayormente escandaloso es que, en la práctica, ocasionalmente se advierte que, habiendo detenido la Policía Preventiva a una persona en contravención a la Ley, porque no hay delito flagrante o su equiparación, y no obstante lo conduce ante el Ministerio Público en calidad de “*presentado*”, estando dentro de las facultades de la Representación Social reparar de inmediato esa violación a la Constitución, no lo hace y mantiene a la persona a su disposición, surgiendo una clara retención indebida, que subsiste con el pretexto de que no está detenido, sino presentado, para dar paso a las horas subsecuentes, en que, en la medida en que el Agente Investigador va recabando información, si las condiciones se lo permiten, dada la falta de flagrancia o su equiparación que hubiere justificado legalmente su retención, gira una orden de detención por caso urgente, para evitar el alcance de su omisión de verificar sobre la legalidad de la detención, y por la retención indebida a que sujetó al gobernado, y esa orden vergonzosamente la fundan ante “*el temor*” de que la persona se dé a la fuga, cuya ejecución se facilita, porque “*coincidentemente*” el inculpado está presente en la Agencia del Ministerio Público.

Dejo al arbitrio de ustedes la calificación de este proceder, y les exhorto a que mediten sobre el deber del Juez, en caso de consignación de ese detenido, cuando deba cumplir con su obligación de verificar sobre la legalidad de la detención, con efectos de ratificación, si acaso será atendiendo a la detención material por la Policía, o deba ser soslayada, al extremo de tolerar esa situación de “*presentado*”, aceptando que no estuvo detenido, sino hasta que se giró la orden de detención por caso urgente.

Por otro lado, esa detención por caso urgente, requiere, para ser legal, que el Agente del Ministerio Público prácticamente tenga integrada la averiguación previa por delito grave, y que en realidad surja el temor de que el inculcado ha de sustraerse de la acción de la Justicia, de suerte que si las condiciones de tiempo no le permiten acudir ante el Juez en solicitud de una orden de aprehensión, bajo su más estricta responsabilidad dispondrá la detención del inculcado.

Cuando no concurren todas estas condiciones, la detención así dispuesta es ilegal, y constituye otro ejemplo de detención arbitraria, que debe ser reparada por el Juez en caso de consignación con detenido decretando de inmediato la libertad del inculcado con las reservas de Ley, en cumplimiento de la encomienda que le ha dado la Constitución de velar por el derecho fundamental a la libertad, por encima de intereses ocultos, que no deben ser premiados con un descuidado auto de ratificación de

la legalidad en la detención, porque es causa que afecta la Impartición de Justicia y daña la imagen del Juez ante la sociedad, y constituye, por otra parte, responsabilidad para el juzgador que incumple con su deber al retener al inculpado cuando la detención no se ajustó a Derecho.

CONCLUSIONES

La libertad es un don del hombre garantizada por la Constitución. Todo acto de autoridad que atente contra ella debe cumplir debidamente los requisitos de la Ley, para que no sea arbitraria.

La práctica de la detención arbitraria daña gravemente a la sociedad y debe ser reprobada para que no persista. A quienes corresponde legalmente reprimirla y evitarla deben hacerlo, ante la aspiración legítima de un Estado de Derecho, esto implica que gobierno y gobernados deben sujetar sus actos a la luz de la Ley.

Basta, por tanto, que sociedad y gobierno respeten la normatividad para prevenir y evitar que subsistan las detenciones arbitrarias.

Mayo 30, del 2001.