

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS, A. C.



MEDIDAS CAUTELARES DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN LA
CONSTITUCIÓN MEXICANA Y SU CONCORDANCIA CON EL
SISTEMA INTERNACIONAL E INTERAMERICANO DE
PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

TESINA

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
PRESENTA

KARINA PÉREZ ROUCO

DIRECTOR: DR. JOSÉ ANTONIO CABALLERO JUÁREZ

MÉXICO, D.F.

OCTUBRE, 2010

*A mis padres, Mario y Karla,
por el profundo apoyo y respeto de todas y cada una de mis decisiones. Por nunca calificar
mis actos y, por el contrario, permitirme ver las ventajas y desventajas de los mismos. Por
siempre incentivar mi crecimiento como persona y profesionista. Por tener tanta confianza
en mí, como yo en ustedes. El título que pretendo con este trabajo es sólo una pequeña
muestra del profundo agradecimiento que les tengo por los valores inculcados y el amor
recibido. No me imagino este momento sin sus oídos, sus puntos de vista y sus consejos.*

*A Daphne y Alfredo,
por ser mis cómplices. Por estar en los momentos de júbilo, logros, estrés y mostrarme que
la hermandad es fundamental cuando creemos que el mundo exterior es adverso a
nosotros.*

*A mi abuela Chela,
por inculcar desde pequeña mi curiosidad y motivar mi búsqueda de conocimiento. Por
ser mi modelo de perfección.*

*A mi abuelo Jorge,
por enseñarme que la abogacía, acompañada de valores y sentido de la justicia, es la más
noble y gratificante forma de vida.*

*A mi abuelo Mario,
por querer una nieta magistrada –que prefiere ser internacionalista– y la cual, sin
embargo, le agradece infinitamente los cuestionamientos semanales sobre los avances de
esta tesina.*

*A mi tía Lety,
por ser mi segunda madre. Por estar ahí cuando me sentí incomprendida. Por enseñarme
que el fin de la vida debe ser siempre la búsqueda de la felicidad.*

*A Estela,
por ser un perfecto sustituto de abuela. Por quererme tanto y mostrarme que la bondad
puede caber en una sola persona.*

*A Luis Jardón,
por creer en mí, por ser no sólo mi hermano sino mi guía en este largo proceso y en esta
elección de forma de vida. Por la franqueza siempre mostrada y transmisión de
conocimiento. Por ser un hombre coherente con lo que piensa, dice y pone en acción.*

*Al Dr. José Antonio Caballero,
por ser el abogado más hábil y docto que conozco. Por ser un profesor poco convencional,
quien busca no sólo el conocimiento de sus alumnos sino la formación del criterio jurídico
en los mismos. Por estar comprometido con este proyecto y siempre darme tiempo,
atención y críticas para el desarrollo de esta tesina.*

*A Guadalupe Barrena,
por ser mi coach. Por siempre mostrarse en la mejor disposición para responder a mis
inquietudes y llevarme al límite para hacer mejor las cosas. Por la paciencia y habilidad
para hacerme entender cuestiones que sólo ella tiene la capacidad de entender.*

*A Alejandro Posadas,
Por ser mi primer contacto con el CIDE y con el derecho internacional. Por creer tanto en
los proyectos que realiza, llevarlos acabo con plena entereza y sentido de justicia. Por
transmitirme tantas experiencias de vida que, sin duda, tendré en mente a lo largo de mi
profesión.*

*A mis maestros, Javier Cruz Angulo, Ana Laura Magaloni, Jimena Moreno, Juan Cortiñas,
Juan Salgado, Mercedes Alborno, Eduardo Revilla, Cecilia Azar y Gustavo Fondevila por
el compromiso mostrado en sus cursos.*

*A mis amigos Arturo, Tío Rafa, Perseo, Sergio, José Raúl, Rafa, Richo, Carlos, León y
Andrea por los debates, ideas, risas, innumerables tasas de café y sentido de la hermandad
para que el Jessup caminara.*

*A mis amigos, Víctor, Paco, Ernesto, Luisa, Ítalo, Christian, Mildred y Mike por haber
formado parte de los más extenuantes pero gratificantes cuatro años y medio de mi vida.*

*Al CIDE y, en especial, a la División de Estudios Jurídicos por formarme dentro de esta
nueva generación de abogados comprometidos con su entorno.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO. APLICACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS INTERNACIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO	4
I. EL MARCO INTERNACIONAL	5
II. EL MARCO NACIONAL	11
CAPÍTULO SEGUNDO. LA LIBERTAD PERSONAL EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	16
I. LOS ALCANCES DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES: LAS GARANTÍAS QUE PROTEGEN	18
1. <i>El texto de los artículos</i>	18
2. <i>Libertad y seguridad jurídica</i>	19
3. <i>Privación de la libertad</i>	21
A. <i>Pacto Internacional</i>	21
B. <i>Convención Americana</i>	22
C. <i>Convención Europea</i>	23
II. REGLAS GENERALES PARA ARRESTOS Y DETENCIONES	25
1. <i>La legalidad frente a la arbitrariedad</i>	25
A. <i>Pacto Internacional</i>	26

B. <i>Convención Americana</i>	28
C. <i>Convención Europea</i>	30
2. <i>El derecho a ser informado de las causas que originaron la privación de la libertad</i>	32
A. <i>Pacto Internacional</i>	33
B. <i>Convención Americana</i>	36
C. <i>Convención Europea</i>	37
3. <i>Habeas corpus</i>	40
A. <i>Pacto Internacional</i>	41
B. <i>Convención Americana</i>	42
C. <i>Convención Europea</i>	44
III. <i>DETENCIÓN SIN SENTENCIA CONDENATORIA</i>	47
1. <i>Pacto Internacional</i>	48
2. <i>Convención Americana</i>	51
3. <i>Convención Europea</i>	52
IV. <i>REPARACIÓN</i>	58
CAPÍTULO TERCERO. LAS MEDIDAS CAUTELARES DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD CONTENIDAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.....	
	60
I. <i>IN GENERE: EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL</i>	61
II. <i>DETENCIÓN</i>	66
1. <i>La orden de aprehensión</i>	66
A. <i>Que la orden de aprehensión sea dictada por una autoridad competente</i>	71
B. <i>Que preceda denuncia o querrela</i>	71
C. <i>Que la ley señale la existencia de un delito, sancionado con pena privativa de la libertad</i>	74

D. <i>Estándar probatorio</i>	74
E. <i>Lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito</i>	75
F. <i>Presentación del detenido ante un juez</i>	77
2. <i>Las hipótesis de excepción: flagrancia y urgencia</i>	78
A. <i>Flagrancia</i>	78
B. <i>Urgencia</i>	82
C. <i>Garantías adicionales para los casos de flagrancia y urgencia</i>	84
III. RETENCIÓN	86
IV. PRISIÓN PREVENTIVA	89
CAPÍTULO CUARTO. ANÁLISIS COMPARADO DE INSTITUCIONES	96
I. DETENCIÓN	97
II. RETENCIÓN	103
III. PRISIÓN PREVENTIVA	110
CONCLUSIONES	113
BIBLIOGRAFÍA	118

LISTA DE ABREVIATURAS

CDH	Comité de Derechos Humanos
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CoIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación

INTRODUCCIÓN

La regulación de la forma en la que se debe de llevar acabo la privación de la libertad de un individuo es indicativa de la existencia, o inexistencia, de un estado de derecho en determinado país. Si bien el Estado tiene y debe tener en su normativa medidas que le permitan privar a un individuo de su libertad para poder garantizar el orden público de una sociedad, es preciso que estas disposiciones se acompañen de garantías que permitan el goce de derechos de los individuos que viven en ella.

Así, en México, la Reforma Constitucional del año 2008 amplió ciertos supuestos, y restringió otros, bajo los cuales las personas pueden ser cautelarmente privadas de su libertad en casos penales. Dentro de las figuras existentes se enmarcan la orden de aprehensión, el caso urgente, la flagrancia, el arraigo y la prisión preventiva.

La Constitución prevé una serie de situaciones bajo los cuales dichas medidas pueden ser legítimamente aplicadas por la autoridad. Sin embargo, el hecho de que el Estado se encuentre facultado por virtud de la Constitución a aplicarlas, no implica necesariamente que las medidas sean compatibles con los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que México es parte.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos establecen garantías mínimas que el Estado debe salvaguardar ante la posibilidad de que un individuo sea privado de su libertad. El incumplimiento con lo dispuesto en ambos instrumentos, implica la responsabilidad internacional del Estado.

Recientemente en el amparo en revisión 815/2006 que atiende al lugar de los tratados internacionales en el sistema jurídico mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la

Nación determinó su jerarquía sobre las leyes federales y posicionamiento por debajo de la Constitución. Pese al fallo, los juzgados federales no implementan dichas normas a los litigios penales. Ello, *per se*, no implica la responsabilidad penal de México. Lo que violenta las obligaciones internacionales del Estado es dictaminar medidas de privación de la libertad que no se adecuen a los estándares internacionales.

Así, la tesina tiene por objetivo determinar si las formas previstas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son compatibles con las garantías mínimas de protección a la libertad personal que los tratados internacionales, de los que México es parte, establecen. Con ello, será posible determinar si debido a la forma en que se llevan acabo las privaciones de la libertad en México, el Estado incurre en responsabilidad internacional. Para un Estado el cual pretende consolidarse como una verdadera democracia, es necesario que su sistema penal atienda a los derechos humanos que se establecen en su legislación. Este es el caso de México.

En tal sentido, la hipótesis que se presenta es que el arraigo y la prisión preventiva como medidas cautelares de privación de la libertad no son compatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. Por lo tanto, se genera la responsabilidad internacional del Estado mexicano.

Para poder analizar esta hipótesis, en el primer capítulo se estudia el lugar de los tratados internacionales en el sistema jurídico mexicano así como las obligaciones que el Estado adquiere al firmar dichos instrumentos.

El capítulo segundo establece un modelo en el cual se estudia el estándar que el derecho internacional de los derechos humanos establece para poder privar a un individuo cautelarmente de su libertad. Para ello se analiza tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana de Derechos del Hombre, a partir de la

jurisprudencia emitida por el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, se revisa la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos como punto de referencia para elaborar un estudio comparativo de las garantías entre ambos ordenamientos.

En el tercer capítulo se lleva a cabo un análisis general de las medidas cautelares de privación de la libertad vigentes. Para ello se recurre a la jurisprudencia emitida por los órganos judiciales mexicanos, el dicho de jurisprudencia y algunos datos históricos que establecen la lógica que subyace a la introducción de ciertas figuras al texto constitucional.

El cuarto y último capítulo es el que cobra mayor relevancia puesto que expone el análisis comparativo entre el sistema jurídico mexicano y el sistema internacional de protección a los derechos humanos.

Es así, como al final del estudio –en el apartado de conclusiones– se podrá establecer si efectivamente la hipótesis planteada anteriormente se comprueba.

CAPÍTULO PRIMERO

APLICACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS INTERNACIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Los tratados internacionales constituyen acuerdos que tienen por objeto crear obligaciones entre sujetos de Derecho Internacional. Presuponen los principios de *bonna fides* y *pacta sunt servada*, lo cual implica el consentimiento y voluntad de quienes firman un tratado internacional para cumplir con las normas expresadas en ellos.

Tras el establecimiento de la Organización de las Naciones Unidas se dio una proliferación de normas que tenían por objeto la creación de un marco regulatorio para las áreas en las que el derecho internacional podía tener alguna especie de injerencia. Una vez suscritos los instrumentos internacionales era necesario, a su vez, formular normas que permitieran la aplicación de dichos instrumentos en los planos nacional e internacional porque, como enuncia Rodolfo Walss, “un tratado internacional tiene por decirlo de alguna manera dos caras, una en el ámbito internacional, en donde es fuente de derecho y obligaciones entre Estados y otra en el ámbito interno, en donde es una fuente formal de derecho”.¹

En tal sentido, la finalidad del presente capítulo es la de señalar cuál es la relación que debe existir entre ambos sistemas de normas. Aunque podrían analizarse todas las obligaciones para los Estados que derivan de la firma de un tratado internacional, debido a

¹ Walss Aureoles, Rodolfo, *Los tratados internacionales y su regulación jurídica en el derecho internacional*

los fines que busca la presente investigación –i. e., determinar si las medidas cautelares de privación de la libertad contenidas en la Constitución Mexicana son violatorias de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de los cuales México es parte– bastará con analizar la obligación de armonizar la legislación nacional con la internacional. Para ello, se tomarán como guía la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [en lo sucesivo, *Convención de Viena*], el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [en lo sucesivo, *el Pacto*], así como la Convención Americana de Derechos Humanos [en lo sucesivo, *Convención Americana*].

Tras establecer lo anterior, se procederá a estudiar el lugar que los tratados internacionales tienen en el derecho mexicano; de tal manera, será preciso analizar el contenido e interpretación del artículo 133 contenido en el Pacto Federal.

I. EL MARCO INTERNACIONAL

La *Convención de Viena* es un instrumento internacional en el cual se establecen las pautas que se deben de seguir –entre otras obligaciones– para celebrar, implementar, interpretar o denunciar un tratado internacional. Dicha Convención fue ratificada por México el 25 de septiembre de 1974.

Aunque en ella se plantean una serie de normas relevantes, para los efectos de la presente investigación bastará con establecer cuáles son las obligaciones que la ratificación

de un Tratado impone a un Estado.² Por medio de la ratificación –forma aceptada por la Convención de Viena para la suscripción de un tratado internacional³– los Estados expresan su voluntad para vincularse al instrumento.

Al respecto, la Convención de Viena dispone en su artículo 27 que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Además de la naturaleza contractual de dicho principio, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido su carácter como regla de derecho consuetudinario internacional⁴ e incluso ha aplicado el criterio en numerosos casos. Por ejemplo, en *Elettronica Sicula* la Corte manifestó que aunque estuviera perfectamente justificada la violación a un tratado internacional por virtud de una norma nacional, en el plano internacional esto no eximiría de responsabilidad estatal.⁵ Tal es el grado de hermeticidad del principio que incluso es aplicable cuando un Estado invoca su Constitución.

En 1932 la Corte Permanente de Justicia Internacional emitió una opinión consultiva relativa al *Trato de de los nacionales polacos y otras personas de origen polaco en el territorio de Danzig*. En ella indicó que la única fuente que podía eximir de

² A pesar de existir otras formas como la adhesión, se establece esta forma por ser la prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 11.

⁴ Véase, Corte Internacional de Justicia, *Case concerning certain questions of mutual assistance in criminal matters* (Djibouti c. Francia), Sentencia, I.C.J. Reports 2008, p. 177, §114.

⁵ Corte Internacional de Justicia, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Estados Unidos c. Italia), Sentencia, I.C.J. Reports 1989, p. 15, §73.

responsabilidad internacional eran las mismas fuentes que regulan al derecho internacional; no así, la Constitución de un Estado.⁶

El régimen manejado por ambos Tribunales fue recopilado por la Comisión de Derecho Internacional en sus artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado.⁷ La Comisión, al respecto, señala que la legislación interna no puede ser justificación del incumplimiento de una obligación internacional. Ejemplo de cómo el derecho internacional ha sancionado tal justificación es el caso de la disputa que en 1906 se suscitó entre Japón y Estados Unidos por una serie de medidas discriminatorias en las escuelas debido a la legislación norteamericana; ésta, al contravenir normas internacionales, al final, tuvo que modificarse.⁸

A pesar de que anteriormente, de manera muy breve, se expresó cómo es que el derecho internacional aplica dicha disposición, cabe elaborar un estudio sobre el manejo que tanto órganos como tribunales de derechos humanos han hecho de la misma. Esto, principalmente, en lo concerniente al estudio del derecho internacional de los derechos humanos.

Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos emitió un comentario respecto a los alcances del artículo segundo, párrafo segundo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [en adelante, *el Pacto*] el cual dispone que:

“cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para

⁶ Véase, Corte Permanente de Justicia Internacional, *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, Opinión Consultiva, P.C.I.J., Series A/B 1932, No. 44.

⁷ Comisión de Derecho Internacional, *Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos Internacionalmente Ilícitos*, 2001 [en adelante, *artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado*], art. 32.

⁸ Comisión de Derecho Internacional, *Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos Internacionalmente Ilícitos con comentarios*, 2001, comentario al artículo 32, p. 94.

dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

En el comentario número 31 al Pacto señaló que las obligaciones establecidas en el Pacto son aplicables para todos los poderes de gobierno y, en el caso de las federaciones, a todos los estados federados. Por lo tanto, resulta inadmisibles la invocación que se haga del derecho constitucional estatal para no darle efecto a los preceptos establecidos en el Tratado.⁹

Ejemplo de la aplicación del principio se encuentra en la comunicación del Comité *Park v. República sur-coreana*.¹⁰ El caso versaba alrededor de un joven que estudiaba en Estados Unidos y participaba en un grupo llamado “jóvenes coreanos unidos” la cual, pacíficamente, discutía los procesos de integración entre las dos Coreas y criticaba la presencia norteamericana en el territorio de aquel país. Sin embargo, a su regreso a Corea, fue arrestado y –por sentencia condenatoria– privado de su libertad. El quejoso llevó el caso ante el Comité aduciendo la contravención al artículo 19 del Pacto referente a la libertad de expresión; el gobierno sur-coreano, en respuesta, indicó que la detención de Park se encontraba justificada por la Ley de Seguridad Nacional. Sin embargo, el Comité consideró que si bien existían causales para limitar la libertad de expresión, el Estado había fallado en señalar la amenaza a la seguridad nacional que la participación del quejoso implicaba para Sur-Corea. En consecuencia, se encontró una violación al artículo 2 del Pacto por parte del Estado al querer invocar una norma de derecho interno para eximirse del cumplimiento de una obligación internacional.

⁹ CDH, *Comentario General no. 31, Naturaleza de las obligaciones legales generales impuestas a los Estados Miembros del Pacto*, 25 de mayo de 2004, § 4.

¹⁰ CDH, *Park c. República de Sur-Corea* (comunicación núm. 628/1995), 1998, § 10.4.

Asimismo, otra consecuencia del comentario emitido por el Comité que la emisión de normas contrarias al Pacto puede generar la responsabilidad internacional del Estado. Al respecto, resulta conveniente recordar que las violaciones al derecho internacional no sólo se derivan de actos judiciales sino también de actos de naturaleza legislativa. Como ejemplo de lo anterior, el Comité de Derechos Humanos decidió sancionar a Australia por la tipificación de las relaciones homosexuales entre hombres como un delito en el código criminal de Tasmania. Debido a que esta norma limitaba el derecho de todo individuo a una vida privada, el órgano consideró que el remedio efectivo era la supresión del tipo penal en la legislación de Tanzania.¹¹

Una disposición muy similar a la del Pacto se encuentra en la Convención Americana. Ésta indica que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”¹²

La Corte, de forma muy similar al Comité de Derechos Humanos, ha interpretado los alcances del precepto. Antes de analizar los casos contenciosos en la materia, cabe revisar dos importantes opiniones consultivas. La primera de ellas es la OC-13/93 relativa a ciertas *atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. En ella se prevé la posibilidad de que la Comisión califique si una disposición de derecho interno violenta las obligaciones contenidas en la Convención Americana y, en su caso, recomiende

¹¹ CDH, *Toonen c. Australia* (comunicación núm. No. 488/1992), 1992, § 10.

¹² Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 2.

al Estado la derogación o modificación de dicha norma. Para poder proceder a tal efecto, basta con que “tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento.”¹³

La segunda corresponde a la OC.14/94 referente a la *responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias a la Convención*. La Corte, antes de proceder a analizar el tema, señaló que existen dos especies de leyes: unas de aplicación inmediata y otras que no lo son. Las primeras afectan al gobernado por el sólo hecho de haber sido expedidas. La emisión de las segundas, no afecta necesariamente la esfera jurídica de los individuos puesto que no obligan a la autoridad a aplicar la norma, sólo la facultan para hacer uso de ella. La diferencia entre ambos tipos de leyes resulta relevante ya que en el caso de las primeras la Corte se encuentra facultada para actuar; no así en el de las segundas.¹⁴

Dicho criterio fue sostenido ante la Corte Interamericana en *Suárez Rosero c. Ecuador*. Entre otras cosas, el razonamiento que previamente había hecho el Tribunal en su OC-14/94 se retomó para considerar que la falta de concordancia del artículo 114 del código penal ecuatoriano con la Convención Americana. Esta disposición preveía que las personas que permanecían detenidas sin sentencia condenatoria “por un tiempo igual o mayor a la mitad del establecido por el Código Penal como pena máxima por el delito por el cual estuvieren encausadas” serían puestas inmediatamente en libertad. Sin embargo, dicha garantía era inaplicable a los delitos sancionados por la *Ley sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. La Corte, al respecto, consideró que esta excepción despojaba a

¹³ CoIDH, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93, Serie A núm. 13, 16 de julio de 1993, § 26.

¹⁴ CoIDH, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94, Serie A núm. 14, 9 de diciembre de 1994, § 41-50.

“una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra”. En tal sentido, la Corte indicó que dicha norma era contraria al artículo 2 del Pacto de San José lo cual entrañaba la responsabilidad internacional de Ecuador.¹⁵

Con base en la información anterior, resulta factible señalar que el establecimiento de legislación contraria a los tratados internacionales que un Estado firme podrá provocar la responsabilidad internacional del mismo. De hecho, el artículo cuarto de los artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado establece que “la conducta de cualquier órgano del Estado deberá de ser considerada un acto de ese Estado de acuerdo con el derecho internacional, independientemente de si el órgano ejercita funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o cualquier otra.”

II. EL MARCO NACIONAL

Ante las conclusiones de la sección anterior, ahora resulta imperante señalar cuál es el nivel jerárquico de los tratados internacionales en el sistema jurídico mexicano y de qué forma debe de tratarse una posible contradicción entre la Constitución y un instrumento internacional.

Al respecto, indica el artículo 133 constitucional lo siguiente:

“esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

¹⁵ CoIDH, *Caso Suárez Rosero c. Ecuador* (fondo), Serie C núm. 35, 1997, § 98-99.

Este precepto constitucional suele generar un debate respecto al lugar que, desde una concepción kelseniana, los tratados internacionales deben de tener en el sistema jurídico mexicano. Por un lado, está la postura de que al ratificarse un instrumento internacional, siempre y cuando éste se encuentre de acuerdo con el texto constitucional, adquiere el carácter de ley suprema de la nación. De hecho, la Reforma constitucional de 1934 –la única que ha modificado el artículo 133 constitucional– introdujo la necesidad de que exista concordancia entre el tratado internacional y la Constitución. La razón, como lo explica Loretta Ortiz, “era evitar que un tratado o acuerdo posterior derogara la Constitución en aquellas disposiciones incompatibles con el instrumento internacional posterior con el principio de norma posterior deroga norma anterior.”¹⁶

Así, el ejemplo más claro de este planteamiento se muestra en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [en lo sucesivo, SCJN] que resuelve el amparo en revisión 1475/98 relativo al Sindicato Nacional de Controladores del Tránsito Aéreo. En él, la problemática que se presentó fue la incompatibilidad de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado con el Convenio 87 de la Organización Mundial del Trabajo; en específico, el número de sindicatos que cada norma permitía. Mientras que la primera sólo facultaba que existiera un sindicato, en el Convenio se establecía la libertad sindical.

La SCJN, al respecto, señaló que los tratados internacionales son “compromisos internacionales asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional”.¹⁷ Además, indicó que en la “materia

¹⁶ Ortiz Ahlf, Loretta, “Integración de las normas internacionales en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica”, en Ortiz Ahlf, Loretta *et. al.*, Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004, p. 136.

¹⁷ SCJN, *Amparo en revisión 1475/98*, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo de 1999 [en adelante, *Amparo en revisión 1475/98*].

[de los tratados] no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas”. A partir de lo anterior, determinó que los “tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal”.¹⁸

Esta postura –el establecimiento de la supremacía constitucional– se ha mantenido incluso hasta la última decisión de la Corte relevante en la materia: el *amparo McCain*. El trece de febrero de 2007 en sesión plenaria, el Máximo Tribunal concluyó la revisión de 13 amparos.¹⁹ En esta sentencia, se estableció que los tratados internacionales eran jerárquicamente superiores a las leyes generales, federales y locales pero inferiores a la Constitución.

Pese a esta perspectiva sobre la jerarquía de los tratados –la cual, finalmente, es la que hoy en día se aplica– es importante resaltar que hay una tendencia que busca posicionar a los tratados de derechos humanos a nivel constitucional. En esta tónica, algunos autores como Santiago Corchera se han proclamado por reestructurar el artículo 133 a efecto de establecer la misma jerarquía tanto para la Constitución como para los instrumentos

¹⁸ TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (Tesis P. LXXVII/99), núm. 10, Novena Época, Jurisprudencia, Noviembre de 1999, p. 46 (registro núm. 192,867). La relevancia de esta sentencia es que rompe con los precedentes previos que ubicaban a los tratados internacionales por debajo de la Constitución y al mismo nivel que las leyes federales. Al respecto, véanse LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA, (Tesis: P. C/92), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, Octava Época, Tesis Aislada, Diciembre de 1992, p. 27 (registro núm. 205,597); SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL (Tesis: P. VIII/2007), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 25, Novena Época, Tesis Aislada, Abril de 2007, p. 6 (registro núm. 172,667); y, TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL (Tesis: P. IX/2007), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 25, Novena Época, Tesis Aislada, Abril de 2007, p. 6 (registro núm. 172,650).

¹⁹ Amparo en Revisión 120/2002, promovido por Mc. Cain México, Sociedad Anónima de Capital Variable, 13 de febrero de 2007. Los demás amparos se tramitaron bajo los siguientes números de expediente: 1976/2003; 787/2004; 1084/2004; 1651/2004; 1277/2004; 1576/2005; 1738/2005; 2075/2005; 74/2006; 815/2006; 948/2006 y 1380/2006.

internacionales que hacen referencia a los derechos humanos.²⁰ Pero esta transformación no sólo se ha dado en el plano académico, también en el judicial. Prueba de ello son algunas tesis aisladas emitidas por los Tribunales Colegiados de Circuito en las que se establece que los instrumentos internacionales se consideran “una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones” y, por lo tanto, deben de ubicarse a nivel constitucional.²¹ Incluso, desde 1999 al resolver el amparo 1475/98, la SCJN había dado indicios de querer incorporar esta doctrina. Al respecto, señaló que:

“[...] puede darse el caso de convenios internacionales que amplíen las garantías individuales o sociales y que por no estar dentro de las normas constitucionales no podrán ser aplicadas en nuestro derecho. En este caso, conviene analizar las características de la norma internacional que se pretende aplicar y en función de ella atender a la finalidad de las disposiciones constitucionales de que se trata. En el ejemplo, es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales. Situación diversa de la que, por el contrario, merme la esfera de protección que la Constitución da per se a los gobernados”.²²

A pesar de que los tratados de derechos humanos actualmente tienen la misma jerarquía que cualquier tratado internacional, es importante no soslayar el hecho de que México al firmar el Pacto y la Convención Americana adquirió distintas obligaciones internacionales. Invocando algunos de los precedentes que se analizaron en la primera sección de este capítulo, cabe recordar que una de ellas es hacer la legislación nacional

²⁰ Corchera Cabezut, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, México, Oxford, 2006, p. 191.

²¹ TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN (Tesis: XI.1o.A.T.45 K), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 31, Novena Época, Tesis Aislada, Mayo de 2010, p. 2079 (registro núm. 164,509) y, TRATADOS INTERNACIONALES. SU APLICACIÓN CUANDO AMPLÍAN Y REGLAMENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES (Tesis: I.4o.A.440 A), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 20, Novena Época, Tesis Aislada, Septiembre de 2004, p. 1896 (registro núm. 180,431).

²² *Amparo en revisión 1475/98*.

compatible con la internacional a efecto de evitar la responsabilidad internacional del Estado. Así, el Estado mexicano no podría invocar su derecho interno como justificación para el incumplimiento de una obligación internacional.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA LIBERTAD PERSONAL EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Se dice que la libertad personal condiciona el goce de los demás derechos. Uno de los primeros instrumentos internacionales en reconocerla fue la Declaración Universal de Derechos Humanos la cual, en su artículo tercero, estipula que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Independientemente de los debates doctrinales referentes a su carácter como fuente o no del derecho, la importancia de este documento radica en que no sólo prevé la existencia de derechos –como lo hace la Carta de las Naciones Unidas– sino que los dota de un significado.²³ La Declaración sentó las bases para la redacción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [en lo sucesivo, el *Pacto*]²⁴ y éste, a su vez, hizo lo propio con la Convención Americana sobre Derechos Humanos [en lo sucesivo, la *Convención Americana*] y la Convención Europea de Derechos del Hombre [en lo sucesivo, la *Convención Europea*].

En relación con lo anterior, cabe destacar que México es parte tanto del Pacto como de la Convención Americana. Ambos tratados internacionales forman parte del

²³ Sohn, Louis B., “The New International Law: Protection of the rights of individuals rather than States”, *American University Law Review*, núm. 1, 1982, pp. 16-17.

²⁴ Bossuyt, Marc, *Guide to the “travaux préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 192.

ordenamiento jurídico mexicano en virtud de su ratificación el 23 y 24 de marzo de 1981, respectivamente.²⁵

En tal sentido, a fin de poder evaluar la concordancia que existe entre el sistema jurídico mexicano con el sistema internacional e interamericano de derechos humanos (en relación con las garantías tendentes a proteger la libertad personal de los individuos), resulta preciso establecer cuál es el alcance y contenido de los artículos del Pacto y la Convención Americana. Para ello, será necesario recurrir a la jurisprudencia que los respectivos órganos de interpretación de ambos tratados han establecido –y, en algunos casos, a los trabajos preparatorios de los mismos–.

A su vez, con el fin de complementar el presente estudio, se analizarán las disposiciones contenidas en la Convención Europea la cual, en términos generales, se encuentra redactada de forma muy similar al Pacto y a la Convención Americana. Los elementos que se rescaten de dicho cotejo permitirán contrastar la normatividad europea con aquella que le resulta aplicable a México.

En este orden de ideas, al final del capítulo, se tendrá la información suficiente para establecer con claridad cuáles son los estándares que deben de prevalecer en materia de protección a la libertad personal según los tratados internacionales que son objeto del presente estudio.

²⁵ Ello, conforme al artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

I. LOS ALCANCES DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES: LAS GARANTÍAS QUE PROTEGEN

1. *El texto de los artículos*

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

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. 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 Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:
 - a. Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;
 - b. Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;
 - c. Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido;
 - d. Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente;
 - e. Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;
 - f. Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

Convención Europea de Derechos Humanos, art. 5.

2. Libertad y seguridad jurídica

Como se desprende de la lectura de los artículos anteriores, al principio de cada uno de ellos se establece una declaración en términos positivos: el derecho de toda persona a gozar de su libertad y seguridad personal. A fin de explicar cuál es el objeto de protección de las disposiciones anteriormente referidas, resulta imprescindible señalar qué se entiende por dichos conceptos. Cabe destacar que la abstracción de las palabras “libertad” y “seguridad” pueden llevar a la formulación de numerosas interpretaciones; sin embargo, para efectos del presente estudio, resultará suficiente establecer una definición jurídica de las mismas.

Libertad personal se entiende como la libertad física de la persona.²⁶ En palabras del Profesor Stefan Trechler, se define como *la liberté d’aller et de venir* (la libertad de ir y de venir).²⁷ Este concepto, para efecto de los artículos referidos, no guarda relación con las libertades que los individuos tienen para desarrollar su vida conforme a ciertos valores; éstas, se entienden implícitas en los derechos a la intimidad e integridad moral.²⁸

La seguridad personal, por su parte no ha sido definida por los organismos internacionales que tienen como deber interpretar los tratados en cuestión. A su vez, los trabajos preparatorios de dichos instrumentos son omisos al respecto. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (órgano con competencia para interpretar las disposiciones de la Convención Americana²⁹) en múltiples resoluciones ha hecho referencia a ella; sin embargo nunca le ha dado un significado. Por su parte, el Comité de Derechos

²⁶ CEDH, *Engel y otros c. Países Bajos* (solicitudes núm. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72), 1976, § 58 [en lo sucesivo, *Engel c. Países Bajos*].

²⁷ Trechsel, Stefan, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 409.

²⁸ O’Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 280.

²⁹ Artículo 33 de la Convención Americana.

Humanos (cuya función es supervisar el cumplimiento del Pacto por parte de los Estados miembros y además resolver los asuntos que le fueren sometidos³⁰) lo más cerca que se ha encontrado de definir a la seguridad personal fue en el caso *Delgado Páez c. Colombia*.

Tal comunicación llegó al Comité cuando un profesor colombiano alegó que su vida se encontraba en peligro dado que sus opiniones políticas y religiosas no comulgaban con las del Gobierno y la Iglesia Católica. El quejoso con anterioridad había sido atacado y uno de sus compañeros había sido asesinado. Ante esta situación el Comité señaló que –en virtud del artículo 9.1. del Pacto– el Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad personal del individuo se esté o no privado de la libertad. Es decir, siempre que haya indicios de que la integridad física de una persona puede verse mermada es necesaria la intervención estatal.³¹ Conforme a este fallo, la seguridad personal no sólo radica en que los individuos que son detenidos o arrestados merezcan la protección del gobierno. El Comité de Derechos Humanos abre el concepto e indica que el Estado debe garantizar la seguridad personal de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.³²

Este caso constituye un ejemplo de los múltiples fallos que existen en la jurisprudencia internacional los cuales establecen indicios sobre cuál es el significado del concepto de seguridad personal, sin embargo, no llegan a definirla. Es así como la única conclusión a la que se puede llegar, a partir de dichas decisiones, es que la seguridad personal es un concepto el cual implica la actuación del gobierno: ante cualquier indicio de una vulneración a la esfera de derechos de un individuo, las autoridades estatales deben de garantizar que esto no ocurra.

³⁰ Artículos 41 y 42 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos además del Protocolo adicional número 1, art. 1.

³¹ CDH, *William Eduardo Delgado Páez c. Colombia* (comunicación núm. 195/1985), 1990, § 5.6.

³² *Ibidem*, § 5.5.

3. *Privación de la libertad*

Además de libertad y seguridad personal los artículos en cuestión protegen a cualquier individuo de privaciones de la libertad. Sin embargo, ¿cómo es posible definir cuándo existe una privación de la libertad en el sentido del artículo 9.1 del Pacto? Para algunos autores el concepto se refiere a “severas privaciones de la libertad”.³³ Aquellas que no cumplan con el requisito de severidad, tan sólo se considerarán restricciones a la libertad de movimiento.³⁴ La afirmación anterior, sin embargo, deja un margen de subjetividad. Con objeto de definir correctamente el término *privación de la libertad*, a continuación se analizará la jurisprudencia desarrollada por los órganos de interpretación de los tratados internacionales materia del presente estudio.

A. Pacto Internacional

Aunque en este análisis nos limitaremos a concebir a la libertad y a la seguridad personal dentro del marco de los procedimientos penales, cabe destacar que el Comité de Derechos Humanos ha señalado que las garantías contenidas en el artículo noveno del referido instrumento jurídico (exceptuando el artículo 9.2) deben aplicarse a cualquier tipo de privación de la libertad. En términos más coloquiales, la reclusión de un individuo en un espacio determinado. Como ejemplos están las detenciones en instituciones de salud mental, aquellas que tengan por objeto evitar la toxicomanía o controlar la inmigración.³⁵

A pesar de que el concepto se refiere en gran medida al encierro de una persona, el Comité en su jurisprudencia ha extendido los alcances del mismo. En *Celiberti c. Uruguay*,

³³ Joseph, Sara, *et. al.*, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 211.

³⁴ *Ídem.*

³⁵ CDH, Observación General núm. 8, 1982, § 1.

la quejosa (una antigua miembro de la resistencia obrero-estudiantil en Uruguay) indicó que la policía uruguaya la había detenido en territorio brasileño y trasladado al uruguayo de forma ilegal. El Comité señaló que la abducción ilegal de un individuo constituía no sólo una forma de arresto, sino de detención contraria a lo dispuesto en el artículo 9.1 del Pacto.³⁶

Tal como el precedente antes citado, existen numerosos casos en los que el Comité no hace una diferencia clara entre el arresto y la detención. Pese a esto, generalmente se considera al arresto como el momento en el que alguien es aprehendido; mientras que la detención implica que la privación de la libertad se extiende por un periodo mayor (por ejemplo, una persona que espera juicio pero existen suficientes indicios de que pretende sustraerse de la justicia). En tal caso, la autoridad puede detenerlo. Es decir, guardar custodia de él hasta que se dé por terminado el proceso penal en su contra.

B. *Convención Americana*

El Tribunal Interamericano ha entendido el concepto de privación de la libertad de la misma forma que lo ha hecho el Comité de Derechos Humanos, por lo que resulta innecesario ahondar en la jurisprudencia que se ha gestado en torno de la Convención Americana. Sin embargo, a efecto de no soslayar algunas situaciones en concreto, cabe precisar que para la Corte Interamericana tanto el arresto domiciliario como el reclutamiento forzoso son consideradas privaciones de la libertad.

³⁶ CDH, *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay* (comunicación núm. 56/1979), 1984, §11. Cabe señalar que el concepto de arresto en el derecho internacional de los derechos humanos no tiene la misma connotación que en derecho mexicano (*i. e.*, como medida administrativa). Al interpretar los tratados internacionales, se refiere al término arresto como sinónimo de retención.

C. Convención Europea

Con objeto de definir si un acto se considera privativo de la libertad, la Corte de Estrasburgo toma en cuenta varios criterios como el tipo, duración, efectos y forma de implementación de la medida.³⁷ Para este Tribunal, la diferencia entre restricción de la libertad y privación de ella se debe al grado de intensidad de la medida y no, *per se*, a la sustancia.³⁸ Únicamente, con la finalidad de ejemplificar el enunciado anterior, se hará referencia a dos casos que guardan relación con la situación espacial de las detenciones.

El primero de ellos es el caso *Weeks*. El quejoso había sido sentenciado a cadena perpetua por una serie de delitos (robo armado, asalto a un policía, posesión ilegal de armas). Sin embargo, diez años después se le otorgó libertad condicional. Pese a esto, en los meses posteriores su “licencia” le fue retirada y tuvo que regresar a la cárcel. La Corte antes de proceder al estudio sobre la violación o no del artículo 5 de la Convención tenía que analizar si se trataba de una privación de la libertad. El gobierno del Reino Unido argumentó que la cadena perpetua del quejoso implicaba necesariamente que el individuo había perdido totalmente su libertad. El Tribunal Europeo, sin embargo, recordó que el artículo 5 aplica a personas que están en libertad o bajo arresto (*i. e.*, en este último caso, si los individuos detenidos deben seguir arrestados). La cuestión era que si bien el quejoso no gozaba de “plena libertad”, él había recobrado parte de su libertad para efecto del artículo 5. La Corte, posteriormente, analizaría si se trataba o no de una privación conforme a

³⁷ CEDH, *Amuur c. Francia* (solicitud núm. 19776/92), 1996, § 42 [en lo sucesivo, *Amuur c. Francia*]; CEDH, *Engel c. Países Bajos* § 59.

³⁸ *Amuur c. Francia*, § 42.

derecho inglés. Pero, hasta el momento, había permitido al señor Weeks ser sujeto de la protección de la Convención.³⁹

En el segundo, *Guzzardi c. Italia* un supuesto miembro de la mafia fue obligado a establecer su residencia en la isla de Asinara, en donde estaría bajo supervisión especial por parte del gobierno. La Corte consideró que pese a la extensión del lugar, capacidad para moverse a lo largo de la isla e incluso vivir con su familia, había existido un arresto; éste, derivado de la imposibilidad del Sr. Guzzardi de elegir su domicilio además de la obligación de tener que solicitar permiso a las autoridades para poder salir de la cárcel en la que se encontraba. La Corte consideró que los elementos del caso, de forma aislada, no se consideraban privativos de la libertad. Sin embargo, todos ellos analizados en conjunto, daban pie a una situación la cual se consideraba como contraria a la Convención. Conforme a la sentencia, lo que determina si un acto es privativo de la libertad no es su naturaleza (es decir, si la persona se encuentra en una celda o no), sino la intensidad de la medida.⁴⁰

Si se compara el caso *Weeks* con el caso *Guzzardi* parecería haber una contradicción: ¿cómo es posible que en uno se prive al quejoso totalmente de su libertad mientras que en el otro hay únicamente la falta de voluntad del individuo para establecerse en determinado territorio? Pese a la aparente contradicción, la reflexión que se puede derivar de ambas decisiones es que existirá una privación de la libertad dependiendo de las condiciones de vida (y el grado de libertad) que el individuo previamente a la ejecución del

³⁹ CEDH, *Weeks c. Reino Unido* (solicitud núm. 9787/82), 1987, § 38- 40 [en lo sucesivo, *Weeks c. Reino Unido*].

⁴⁰ CEDH, *Guzzardi c. Italia* (solicitud núm., 7367/76), 1980, § 93.

arresto o detención haya tenido.⁴¹ Es decir, será necesario un estudio de las circunstancias en concreto.

II. REGLAS GENERALES PARA ARRESTOS Y DETENCIONES

Los tratados internacionales analizados en el presente estudio regulan dos instituciones primordialmente: los arrestos y las detenciones.⁴² En este apartado se analizarán, lato sensu, las reglas que deben privar en ambas. Posteriormente, en otra sección, se desarrollarán aquellas garantías que se aplican únicamente a las detenciones que se realizan antes de que se dicte una sentencia condenatoria.

1. *La legalidad frente a la arbitrariedad*

Una vez que se ha establecido cuáles son los alcances de los tratados internacionales (es decir, los derechos que garantizan) procede ahora abordar una noción la cual, dada su ambigüedad, entraña una profunda complejidad: la arbitrariedad y su diferencia con la legalidad.

Resulta prudente señalar que dicho concepto no se encuentra contenido en la Convención Europea, a diferencia de la Americana y del Pacto. Sin embargo, el modelo

⁴¹ Trechsel, *op. cit.*, p. 417.

⁴² Véase, pie de página 14.

europeo posee una ventaja: señala, en palabras de su Tribunal, una lista exhaustiva de las circunstancias que se consideran legales para privar a un individuo de su libertad.⁴³

A. *Pacto Internacional*

En los trabajos preparatorios del Pacto, el artículo 9.1 fue uno de los más debatidos. Ello, porque algunos Estados consideraban que el concepto de arbitrariedad era extremadamente vago. En un principio, algunos países se proclamaron porque la noción de arbitrariedad fuera leída de manera conjunta con la de legalidad. Sin embargo, tras una serie de negociaciones, la propuesta de mantener el segundo enunciado del artículo tuvo éxito. Esto, dado que la mayoría de los Estados lograron establecer una diferencia coherente entre los términos. Se dijo que mientras el concepto de legalidad responde, precisamente, a la conformidad de un acto con determinada norma jurídica, la arbitrariedad atiende a la discreción, capricho, despotismo, o tiranía de alguna autoridad.⁴⁴

Así, la legalidad implica que el acto privativo de la libertad debe de estar contenido en una norma jurídica de derecho interno. Por ejemplo, en *Griddin c. Federación Rusa* el quejoso fue arrestado sin una orden de aprehensión. Ésta, se expidió cuatro días después del acto aún cuando la normativa rusa preveía que la emisión de la orden no podía exceder de 72 horas. El Comité, en este caso, calificó a la detención como ilegal.⁴⁵

En contraposición, de acuerdo con el Comité, la arbitrariedad incluye “elementos de impropiedad, injusticia, carencia de predicción y debido proceso”. Para el caso específico

⁴³ CEDH, *Irlanda c. Reino Unido* (solicitud núm. 5310/71), 1978, § 194.

⁴⁴ Marc Bossuyt, *op. cit.*, p. 201.

⁴⁵ CDH, *Dimitry L. Gridin c. Federación Rusa* (comunicación núm. 770), 2000, § 8.1.

de un arresto, se requiere no sólo que éste sea legal sino que sea razonable. En el supuesto de la prisión sin sentencia condenatoria, debe de ser necesario.⁴⁶

A partir de esta diferencia, el Comité de Derechos Humanos en más de una ocasión ha señalado que la arbitrariedad e ilegalidad deben de considerarse como nociones complementarias y no idénticas. Arbitrario no debe entenderse como *en contra de la ley* puesto que, específicamente en el caso de una privación de la libertad, una detención o arresto puede ser arbitraria(o) aún cuando se ajuste a la norma jurídica; es decir, a pesar de que sea legal. La jurisprudencia resulta útil para establecer dicha diferencia.

Por ejemplo, en la comunicación *A c. Australia* el quejoso había estado detenido prolongadamente debido a que ilegalmente ingresó a territorio australiano en búsqueda de asilo. A pesar de que el Estado tenía la potestad (con base el *Migration Amendment Act*) de detener al individuo hasta que se determinase la viabilidad de su solicitud de asilo, el Comité consideró que existió una violación al artículo 9.1 debido a que el Estado fue incapaz de justificar la detención de la persona durante 4 años. Conforme al razonamiento del órgano, el periodo fue excesivo.⁴⁷

El tiempo es un factor determinante para que una conducta sea considerada como arbitraria; éste en combinación con la carencia de elementos como justicia, justificación y previsión, constituyen una violación al artículo 9.1 del Pacto.⁴⁸ El significado de dichos conceptos se logra vislumbrar a partir de algunas comunicaciones del Comité. Como ejemplo de ello, está el caso de *Spakmo c. Noruega*.

⁴⁶ CDH, *A. W. Mukong c. Camerún* (comunicación núm. 458/1991), 1994, § 9.8 [en lo sucesivo, *Mukong c. Camerún*].

⁴⁷ CDH, *A c. Australia* (comunicación núm. 560/1993), 1997, § 9.2 y 9.4 [en lo sucesivo, *A c. Australia*].

⁴⁸ CDH, *Hugo Van Alphen c. Países Bajos* (comunicación núm. 305/1988), 1990, § 5.8.

En la comunicación, el quejoso realizaba una demolición; la policía en repetidas ocasiones acudió para solicitarle que la detuviese puesto que se consideraba ilícita y perturbadora de la tranquilidad del vecindario. Dado que el Sr. Spakmo prosiguió su acción, la policía lo detuvo. El Comité encontró que dicha medida era necesaria y que debía de haber sido prevista por el quejoso.⁴⁹

En términos generales, de la jurisprudencia del Comité se puede concluir que un arresto o detención no será arbitrario(a) en tanto sea necesario(a) y razonable para alcanzar un fin legítimo como pueden ser las acciones encaminadas a prevenir la fuga, interferencia con la evidencia o la repetición de un delito.⁵⁰ Para ello, claro está, será necesario tomar en cuenta las circunstancias del caso.

B. *Convención Americana*

La Corte Interamericana a pesar de retomar en numerosas ocasiones las concepciones de arbitrariedad establecidas en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos,⁵¹ en otras confunde dicha noción con la de legalidad.

En relación con lo anterior, a fin de demostrar cómo suele diferenciar los conceptos, conviene retomar la sentencia del citado Tribunal Internacional en *Gangaram Panday c. Suriname*. En dicho caso, el quejoso, hermano del detenido, afirmó que el Sr. Gangaram había sido detenido por la policía militar de Suriname y retenido del 5 al 8 de noviembre de 1988 (fecha en la cual falleció el detenido) aún cuando el derecho de Suriname establece

⁴⁹CDH, *Aage Spakmo c. Noruega* (comunicación núm. 631/1995), 1999, § 6.3.

⁵⁰ *Mukong c. Camerún*, § 9.8.

⁵¹ CoIDH, *Durand y Ugarte c. Perú* (fondo, reparaciones y costas), Serie C núm. 68, 2000, § 85 [en lo sucesivo, *Durand y Ugarte c. Perú*]; CoIDH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (fondo, reparaciones y costas), Serie C núm. 70, 2000, § 139.

que la retención no podrá exceder de seis horas. La Corte, en el caso en comento, disoció los conceptos contenidos en el artículo 7 de la Convención Americana.

Por un lado, señaló que la legalidad se compone por dos aspectos: el *material* (el cual impide que una persona se vea “privada de su libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley”) y el *formal* (que implica que toda persona debe de estar sujeta a los “procedimientos objetivamente definidos” por la norma jurídica).⁵² Por el otro, indicó que la arbitrariedad se trata de una circunstancia bajo la cual la detención o encarcelamiento debe de ser compatible con los derechos del individuo (*i. e.*, que sea razonable, proporcional y previsible).⁵³ Tomando en cuenta estos elementos, la Corte Interamericana determinó la ilegalidad de la detención del Sr. Gangaram. Al respecto, cabe destacar que el Tribunal declaró innecesario pronunciarse respecto de la arbitrariedad del mismo ya que, previamente, el acto había sido declarado ilegal (además de que no contó con elementos probatorios que acreditaran la arbitrariedad en la detención).⁵⁴

Sin embargo, como se mencionó al principio, la Corte Interamericana en gran parte de su jurisprudencia no establece una distinción clara entre la ilegalidad y la arbitrariedad; ejemplo de ello es el caso *Parada Cea* (el cual, cabe mencionar, es posterior a la decisión en *Gangaram*). En dicha sentencia se señaló que a fin de catalogar a una privación de la libertad como arbitraria, era necesario establecer tres elementos: 1. inexistencia de motivación; 2. falta de conformidad con la Ley y, 3. detención con fines distintos a los

⁵² CoIDH, *Gangaram Panday c. Surinam* (fondo, reparaciones y costas), Serie C núm. 16, 1991, § 47.

⁵³ *Ídem*.

⁵⁴ *Ibidem*, § 51.

establecidos en el ordenamiento jurídico.⁵⁵ En palabras de la Corte “el término *arbitrario* es sinónimo de irregular, abusivo, contrario a derecho.”⁵⁶ Resulta relevante enfatizar la última parte de la frase: contrario a derecho. En términos coloquiales, contrario a derecho se debe entender como opuesto a una norma jurídica. Por lo tanto, *Parada Cea* en lugar de clarificar los conceptos, los mezcla.

En tal sentido, conviene adoptar el estándar de *Gangaram* y concluir que mientras una privación de la libertad ilegal presupone la existencia de una norma jurídica y su quebrantamiento por parte de una autoridad, una práctica arbitraria carece de cualquier tipo de fundamento jurídico: quien la lleva a cabo (generalmente la autoridad judicial) ejerce potestades que no le corresponden de forma unilateral.

C. *Convención Europea*

El requisito que este tratado agrega al concepto establecido por el Pacto y la Convención Americana es que para proceder a la privación de la libertad de un individuo se requiere de un “procedimiento conforme a derecho.” Sin embargo, a través de su jurisprudencia, el Tribunal Europeo ha incluido el concepto de arbitrariedad. En sus sentencias, éste órgano se ha pronunciado por establecer que el objetivo de la legalidad es el de proteger a los individuos de la arbitrariedad.⁵⁷ Es por ello, que en los próximos párrafos, se determinará qué es lo que la Corte Europea entiende por dicho término.

⁵⁵ CIDH, *Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, Fausto García Funes, Andrés Hernández Carpio, José Catalino Meléndez and Carlos Antonio Martínez c. El Salvador*, Caso 10.480, Reporte núm. 1/99, 1998, § 99.

⁵⁶ CIDH, *Luis Lizardo Cabrera c. República Dominicana*, Caso 10.832, Reporte núm. 35/96, 1997, § 69.

⁵⁷ CEDH, *Kemmache c. Francia* (solicitudes núm. 12325/86; 14992/89), 1993, § 42.

El Tribunal, en sus sentencias, define a la arbitrariedad cuando éste analiza la legalidad de los actos. Es decir, suele estudiar si la circunstancia en comento por la que se priva a un individuo de su libertad, se encuadra en los supuestos establecidos por la Convención –en cuyo caso, determinará si hay arbitrariedad–.

En tal sentido, cabe analizar qué se entiende por legalidad. De acuerdo con la interpretación de la Convención Europea, ésta presupone la conformidad del acto privativo de la libertad con el derecho doméstico (tanto las reglas sustantivas como procesales) y el artículo 5º de la Convención.⁵⁸ A pesar de la Corte deja un amplio margen de maniobra a los Estados para legislar y actuar –esto con objeto de no entrometerse con la soberanía que cada uno de ellos posee– cabe precisar que esto no implica, por ninguna circunstancia, que el Estado pueda invocar su derecho interno para argumentar la falta de cumplimiento de una obligación internacional (como es el caso de aquellas contenidas en la Convención).⁵⁹

Sin embargo, la frase “de conformidad con un procedimiento establecido en el derecho” no sólo se relaciona con el derecho doméstico sino también con la calidad de la regla. Para los efectos, una regla con calidad, será aquella que sea lo suficientemente accesible y precisa como para evitar cualquier tipo de arbitrariedad.⁶⁰

Por ejemplo, en el caso *Amuur c. Francia* la Corte determinó que aquellas personas que buscaban asilo político en el territorio galés y se encontraban en la zona de tránsito de su aeropuerto, se consideraban como privadas ilegalmente de su libertad; lo anterior, debido a la inexistencia de legislación francesa que previese, entre otras especificaciones, el tiempo

⁵⁸ CEDH, *Winterwerp c. Países Bajos* (solicitud núm. 6301/73), 1981, § 39.

⁵⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 23.

⁶⁰ *Amuur c. Francia*, § 50.

máximo para la detención y las garantías que debían privar a las personas detenidas en dicha zona.⁶¹

Por lo tanto, en términos de la jurisprudencia europea, las privaciones de la libertad para no considerarse como arbitrarias deben, necesariamente, llevarse a cabo con base en normas procesales y sustantivas las cuales deberán establecerse en los ordenamientos jurídicos de los Estado Parte. Dichas reglas, a su vez, deberán de cumplir con criterios de claridad y calidad. Es decir, ser lo suficientemente explícitas con objeto de poder evitar cualquier tipo de incertidumbre jurídica. Por lo tanto, a partir del análisis anterior, es factible señalar que en el contexto europeo toda acción ilegal tiene un componente de arbitrariedad.

2. El derecho a ser informado de las causas que originaron la privación de la libertad

Los instrumentos internacionales señalan lo siguiente:

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7.

2. Toda persona que sea arrestada debe ser informada de manera pronta, en una lengua que comprenda, de los motivos de su arresto y de cualquier cargo formulado en contra de ella.⁶²

Convención Europea de Derechos Humanos, art. 5.

⁶¹ *Ibidem*, § 53.

⁶² La traducción del artículo es propia. A pesar de que existe una traducción al español (a partir de los idiomas oficiales que son el francés y el inglés) disponible en la página de la Corte Europea, ésta no incluye las palabras *arresto* y *cargo*. Dichos términos, como se verá en el estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, son importantes dado que a partir de ellos se han discutido los alcances del artículo.

Aunque más adelante se analizará la jurisprudencia de los respectivos órganos de interpretación de los tratados materia del presente estudio, cabe destacar la importancia de esta garantía. En el curso de cualquier proceso litigioso, resulta imprescindible contar con información suficiente para asegurar la defensa del individuo y, por ende, garantizar un debido proceso para éste.

En el caso concreto de una privación de la libertad, y con base en lo desarrollado por los tratados internacionales, el conocimiento de las causas que originaron dicho acto tendrá por finalidad que cuando se dé inicio al procedimiento de habeas corpus –concepto que se desarrollará más adelante– la persona detenida pueda retar de manera informada y efectiva la legalidad de su detención.

Una vez especificado lo anterior, se procederá al estudio de los alcances de los artículos con base en la jurisprudencia de sus distintos órganos de interpretación.

A. Pacto Internacional

A efecto de analizar las comunicaciones emitidas por el Comité, primero se hará alusión al contenido de la garantía en cuanto a la detención. Posteriormente, se analizará lo respectivo con el contenido que debe de tener la acusación y se concluirá con las excepciones a dicha garantía.

En múltiples ocasiones, el Comité ha condenado que las autoridades estatales únicamente informen al individuo que la detención se basa en una norma jurídica determinada. Es necesario hacer la “indicación de la sustancia”⁶³ que encarna la acusación en su contra. En otras palabras, notificarle exactamente en qué se basa su detención. Incluso en situaciones ante las cuales la autoridad estime que el detenido entiende los motivos de la

⁶³ CDH, *Adolfo Drescher Caldas c. Uruguay* (comunicación núm. 43/1979), 1990, § 13.2.

privación de su libertad, ésta tiene la obligación de informarle sobre las causas que dieron origen a dicho acto.⁶⁴ En *Drescher c. Uruguay*, la esposa del quejoso alegó que su marido había sido detenido, sin orden de aprehensión. Más aún, la autoridad alegó que la detención se hacía con base en medidas urgentes de seguridad. El Comité, al respecto, indicó que este *fundamento* violentaba el contenido del artículo 9.2 del Pacto.

Respecto al arresto, la garantía en cuestión posee un matiz ligeramente distinto. Fundamentalmente, las exigencias que se le hacen a la autoridad son tres. La primera radica en que el fiscal debe necesariamente establecer una acusación “sumamente precisa y clara al establecer los hechos que en forma concreta se atribuyen al acusado.”⁶⁵ No es necesario que dicha orden se encuentre por escrito o que se ofrezca al individuo una explicación completa en su idioma. Como lo señala el profesor Manfred Nowak, basta con que la persona se encuentre en la capacidad de entender los cargos legales que se le imputan y que estos le sean informados.⁶⁶

Aunque la determinación de una circunstancia como violatoria o no de esta garantía, dependerá de las circunstancias fácticas del caso, de manera general se ha señalado que la falta de información durante una semana (a partir de la detención) se estima un periodo excesivo y violatorio del Pacto; mientras que, la dilación menor a tres días resulta un tiempo razonable.⁶⁷

⁶⁴ CDH, *Peter Grant c. Jamaica* (comunicación núm. 597/1994), 1996, § 8.1.

⁶⁵ O'Donnell, *op. cit.*, p. 320 (citando: CIDH, *Acusaciones Fiscales, Diez años de actividad*, p. 314).

⁶⁶ Nowak, Manfred, *U. N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl, Estrasburgo, Arlington, N.P. Engel, 1993, pp. 174-175.

⁶⁷ Carlson, Stephen, Gisvold, Gregory, *Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights*, Nueva York, Transnational Publishers, 2003, p. 84; O'Donnell, *op. cit.*, p. 319.

Pese a todas las consideraciones anteriormente expuestas, como en la mayoría de las reglas, existen excepciones a esta garantía. El Comité en su jurisprudencia ha señalado la existencia de dos situaciones las cuales no se consideran violatorias del artículo 9.2. Éstas se encuentran reflejadas en sus comunicaciones referentes a los casos *Stephens c. Jamaica* y *Griffiths c. España*.

En el primero de ellos, una persona se entregó a las autoridades puesto que supo que lo investigaban por el delito de homicidio. Stephens, recibió la notificación ocho días después de haber ingresado al centro penitenciario. Una vez que el Comité revisó el caso, no considero que existiera una violación al Pacto, puesto que la persona de propia voluntad acudió con las autoridades; de tal forma, se presuponía que conocía las causas por las cuales había sido detenido.⁶⁸

En el segundo, un hombre el cual fue detenido (pese a no tener traductor en el momento) estaba consciente de la posibilidad de haber cometido un ilícito dado que estuvo presente en el momento en que los oficiales españoles sacaron de su vehículo una cantidad considerable de narcóticos. El hecho de que el Sr. Griffiths hubiera presenciado el acto además de que, si bien no en el momento del arresto, las autoridades le informaran los cargos en su contra a la mañana siguiente, no entrañaba una violación al derecho contenido en el artículo 9.2 del Pacto.⁶⁹

El razonamiento del Comité en ambas sentencias parte del objetivo que la garantía de información busca dotar al individuo de la capacidad para conocer su situación jurídica y no encontrarse en un estado de indefensión. Por lo tanto, tanto *Stephens* como *Griffiths* se encontraban conscientes de la razón por las que habían sido privados de su libertad. Es

⁶⁸ CDH, *Stephens c. Jamaica* (comunicación núm. 373/1989), 1995, § 9.5.

⁶⁹ CDH, *Griffiths c. España*, (comunicación núm. 274/1988), 1993, § 9.3.

decir, ya no resultaba necesario informarles cuáles habían sido las bases para proceder a su detención.

B. *Convención Americana*

En la explicación de los alcances de la garantía, la Corte Interamericana no difiere mucho de lo señalado por el Comité de Derechos Humanos. Sin embargo, elabora algunas precisiones las cuales se considera necesario desarrollar.

La primera de ellas es que el Tribunal desarrolla un análisis a partir de “dos parámetros normativos: el derecho interno y la normativa convencional”.⁷⁰ Es decir, por un lado evalúa si se informa al individuo sobre las bases que fundamentan su detención siguiendo las particularidades del sistema jurídico; por el otro, si dicha notificación no se lleva acabo, entonces existirá también una violación al tratado internacional.

Otra de las precisiones que la Corte Interamericana señala es que en el curso de cualquier detención el individuo no sólo debe de estar consciente de las razones por las cuales está siendo detenido sino que, además, la autoridad estatal “debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención”.⁷¹ Por bases jurídicas, cabe mencionar, no se entenderá únicamente el pronunciamiento del fundamento legal; es necesario explicar el contenido del supuesto jurídico.

En *Neptune c. Haití*, el quejoso –antiguo primer ministro de aquel país– fue detenido y arrestado durante dos años y medio. Catorce meses después de su detención, el

⁷⁰ CIDH, *Yvon Neptune c. Haití* (fondo, reparaciones y costas), 2008, §104-105.

⁷¹ *Ídem*.

gobierno le informó sobre las causas que motivaron su privación de la libertad. La Corte, tomó esto como una clara violación al artículo 7.4 de la Convención.⁷²

La última consideración radica en que el sistema interamericano contempla la necesidad de que se le informen al detenido sus derechos.⁷³ Personalmente, considero que en dichas sentencias el Tribunal Interamericano va más allá de lo que señala el artículo. Las zonas grises en las cuales la Corte tiene la competencia para aclararlas son las relativas al momento en que debe de informarse al individuo sobre la detención y en qué términos debe de llevarse a cabo. No así, las relativas a la notificación de sus derechos. Si bien tal garantía irrefutablemente debería de ser introducida en la Convención, hasta éste momento no se encuentra en el tratado internacional y por lo tanto, siguiendo el principio de *pacta sunt servanda*, resulta incorrecto agregar esa obligación para los Estados. Aunque, si bien no es el objeto del presente estudio, sería adecuado evaluar la eventual modificación de dicho instrumento para aumentar las garantías procesales.

C. Convención Europea

A fin de hacer un estudio del artículo contenido en este tratado, primero se analizará para qué casos la garantía aplica; segundo, se estudiará la forma en que debe presentarse la información y, por último, se desarrollará el tiempo máximo en el cual debe de cumplirse con esta garantía.

El Tribunal Europeo ha dejado claro que el artículo 5.2 es una garantía que pese a que incluye las palabras *arresto* y *cargos*, de ninguna manera se limita a los casos penales. Ello, dado que la intención de los redactores de la Convención al incluir los términos en

⁷² *Ibidem*, §106.

⁷³ CoIDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú* (fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 110, 2004, § 92.

cuestión, no era la de establecer una condición en su aplicabilidad, sino el de indicar una eventualidad.⁷⁴

Después de hecha esta aclaración, procede ahora indicar cómo es que se aplica la garantía. Al respecto, la Corte Europea ha sido muy cuidadosa en establecer una diferencia clara entre la información que se debe de proveer al individuo tras una detención (art. 5 de la Convención) y aquella que se le ofrece una vez que da inicio a un proceso penal (art. 6).

En el primer caso la garantía tiene por objeto permitir que el individuo cuente con los elementos necesarios para contender la legalidad de su detención.⁷⁵ Para tal caso, no existen estándares tan altos. Por ejemplo, en *Lamy c. Bélgica*, el quejoso era investigado, entre otros delitos, por el desvío de fondos de una empresa. Al respecto, argumentó una violación al artículo 5.2 de la Convención ya que desconocía el reporte por el que se había iniciado la investigación en su contra. Sin embargo, la Corte Europea determinó que el Sr. Lamy conocía las causas que motivaron su detención. Tenía una orden de aprehensión e, incluso, había aceptado algunos de los cargos en su contra.⁷⁶

Así, la única exigencia es que la información se otorgue en un lenguaje libre de tecnicismos⁷⁷ y los hechos permitan determinar que, en efecto, los individuos conocen las causas de detención. La mayoría de los casos en los que determina esto son, al igual que en el Tribunal Interamericano, en aquellos donde hay flagrancia.⁷⁸ Sin embargo, existen otros

⁷⁴ Véase, CEDH, *Van Der Leer c. Países Bajos* (solicitud núm. 11509/85), 1988.

⁷⁵ Trechsel, *op. cit.*, p. 458.

⁷⁶ CEDH, *Lamy c. Bélgica* (solicitud núm. 10444/83), 1989 §31.

⁷⁷ CEDH, *Fox, Campbell & Harley c. Reino Unido* (solicitudes núm. 12244/86; 12245/86; 12383/86), 1990, § 68 [en lo sucesivo, *Fox, Campbell & Harley c. Reino Unido*].

⁷⁸ Por ejemplo, en caso de poseer documentos falsos, véase CEDH, *Egmez c. Chipre* (solicitud núm. 30873/96), 2000, § 86.

en los que a partir de pruebas circunstanciales se determina la compatibilidad de ciertos actos de autoridad con el artículo 5.2 de la Convención.

Por ejemplo, en *Fox, Campbell y Harley c. Reino Unido*, tres individuos fueron arrestados con base en el la sección 11.1 del Acto de 1978 bajo la sospecha de que eran terroristas. La Corte, consideró que esta información era insuficiente para cumplir con el tratado internacional. Sin embargo, después del arresto, la policía interrogó a los sospechosos sobre su intervención en actos criminales específicos y su participación en el Ejército Republicano Irlandés. El Tribunal determinó que a partir de todos esos elementos, los quejosos sabían porqué habían sido privados de su libertad y, por lo tanto, no declaró la violación a la Convención.⁷⁹

Respecto al segundo caso (en donde el proceso penal ya dio inicio), para efectos del presente estudio basta con señalar que se requiere de mayor detalle en la información.⁸⁰ Esto, derivado de que el respeto de la garantía es sinónimo de una defensa efectiva en un proceso.

Antes de cerrar el estudio de la garantía en el marco europeo, por último, es necesario referirse al tiempo que debe de mediar entre la detención y el otorgamiento de información. En general, la “razonabilidad” del periodo se determinará con base en las circunstancias de cada caso. La Convención Europea no utiliza el concepto de inmediatez sino el de prontitud debido a que se pueden dar situaciones las cuales impidan que el detenido esté en plena capacidad de ejercicio y, por lo tanto, carezca de la posibilidad de entender las razones por las que la autoridad lo privó de su libertad (v. g., estado de

⁷⁹ *Fox, Campbell & Harley c. Reino Unido*, § 41.

⁸⁰ Merills, J. G. y Robertson, B. C. L., *Human rights in Europe*, Manchester: Manchester University Press, 2001, p. 73.

embriaguez o bien porque el detenido no habla el mismo idioma que la autoridad y es necesario contactar a un intérprete). En este sentido, se puede concluir que en cuanto se tenga oportunidad para hacerlo, la autoridad debe de informar al individuo las razones que motivaron su privación de la libertad.

3. *Habeas corpus*

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

Convención Europea de Derechos Humanos, art. 5.

Este derecho, como menciona Stefan Trechsel, podría aparentar ser superficial a la luz de la existencia del derecho a un remedio efectivo contenido en los tres tratados internacionales. Sin embargo, el mismo autor considera que la ventaja del procedimiento habeas corpus es que permite al detenido tener acceso a una autoridad judicial y que ésta, a su vez, tome una decisión rápida y efectiva respecto de la legalidad de la detención.⁸¹

Además de lo anterior, el habeas corpus permite verificar si la autoridad cumplió con las garantías que se le deben a toda persona que se encuentra detenida o en custodia.

⁸¹ Trechsel, *op. cit.*, p. 464.

Aunque estos son los objetivos finales del habeas corpus, a continuación se estudiará el trato que cada uno de los sistemas de derechos humanos han dado a la garantía en comento. Cabe destacar, que el Tribunal Europeo es quien mayor jurisprudencia tiene en esta materia.

A. Pacto Internacional

El habeas corpus en sentido internacional, implica la oportunidad que se le da al individuo de contender la legalidad de la detención. Esto, a diferencia del sentido que comúnmente se le da al recurso en el derecho comparado, implica que el quejoso accione el dispositivo del habeas corpus. Han existido casos en los que ni el detenido o su abogado han buscado contender la legalidad de la detención. En ese sentido, el Comité se ha visto imposibilitado para declarar la violación al Pacto.⁸² Obviamente, el Comité prevé que hay situaciones como en las que es imposible que el detenido busque contender la legalidad de su detención. Este es el caso de la incomunicación.

Por citar un caso, en *Antti Vuolanne c. Finlandia*, el quejoso al momento de su detención realizaba su servicio militar. Debido a ciertos actos de indisciplina fue incomunicado durante 10 días en una celda. El castigo le fue aplicado sin tener la posibilidad de explicarse ante la autoridad que dictó la medida. El Comité decidió que, a pesar de que se trataba de cuestiones militares, la imposibilidad de contender la detención aunada al tiempo excesivo que duró el arresto, eran violatorios del artículo 9.4 del Pacto.⁸³

⁸² *Stephens c. Jamaica*, §9.7.

⁸³ CDH, *Antti Vuolanne c. Finlandia* (comunicación núm. 265/1987), 1989, §9.5 [en lo sucesivo, *Antti Vuolanne c. Finlandia*].

Respecto al tiempo, las comunicaciones del Comité no explican del todo cómo debe de entenderse “a la brevedad”. Existen casos que, literalmente, indican que la detención por un periodo mayor a dos meses sin poder ejercitar el recurso habeas corpus constituye una violación a la Convención.⁸⁴ Sin embargo, en la mayoría de las comunicaciones del Comité el periodo se restringe a un par de semana (cabe mencionar que esta postura se ve apoyada por académicos como el profesor Manfred Nowak⁸⁵).

Por último, cabe mencionar que el Comité de Derechos Humanos enfáticamente ha señalado que el estudio de la legalidad de la detención debe de llevarla a cabo un juez que no sólo revise, sino que tenga la capacidad para que –en caso de constatar una violación a los derechos del detenido– decreta la libertad del individuo. Para ello, se tomará un criterio que se analizó al estudiar el artículo 9.1 del Pacto: *A c. Australia*. En este caso, el quejoso tuvo la oportunidad de hacer uso del habeas corpus. Sin embargo, las autoridades australianas que dieron curso a dicho procedimiento, no tenían la capacidad para determinar la legalidad de la detención. Con ello, se violentó el artículo 9.4 del Pacto.⁸⁶ Dicho criterio posee tal relevancia, que incluso ha sido adoptado por la Corte de Estrasburgo, como se verá más adelante.

B. *Convención Americana*

Los aportes más interesantes del Tribunal Interamericano respecto del habeas corpus se basan en situaciones donde hay suspensión de garantías. El artículo 27 de dicho tratado internacional establece que:

⁸⁴ CDH, *Torres c. Finlandia* (comunicación núm. 291/1988), 1990, §7.9; *Antti Vuolanne c. Finlandia*, §9.5.

⁸⁵ Nowak, *op. cit.*, p. 171.

⁸⁶ *A c. Australia*, § 9.5.

“[...] en casos de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención [...]”.

Al respecto, la Convención establece una serie de garantías que bajo ningún motivo pueden ser derogadas (v. g., prohibición de la esclavitud, integridad física). Sin embargo, la Corte Interamericana a través de su jurisprudencia ha aumentado el alcance de lo dicho por el tratado al señalar que el artículo 7 no puede estar sujeto a derogación. En su opinión consultiva OC-8/87, el Tribunal Interamericano concluyó que dicha garantía debía de mantenerse debido a dos razones fundamentalmente. La primera porque, además de proteger la vida, protege la integridad física de las personas y la segunda porque tutela el estado de derecho durante un estado de excepción.⁸⁷ Siendo coherente con dicha opinión consultiva, la Corte en el caso *Suárez Rosero* consideró que a pesar de que la incomunicación puede surgir en un estado de excepción –ya que permite que ciertas investigaciones no se frustren– el derecho a cuestionar la legalidad de la detención, debe de garantizarse.⁸⁸

Estas medidas que en un principio podrían aparentar ser demasiado proteccionistas, tienen un trasfondo histórico. Cabe recordar que en Latinoamérica, durante los años setentas se perpetuaron múltiples desapariciones ordenadas por el gobierno. En este sentido, aquellos casos en los que se impidió que la *autoridad evaluadora* de la detención

⁸⁷ CoIDH, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87, Serie A núm. 8, 1987, § 42.

⁸⁸ CoIDH, *Suárez Rosero c. Ecuador* (fondo), Serie C núm. 35, 1997, § 51.

ingresara a ciertos lugares⁸⁹ o bien, que ésta pudiera ver al detenido,⁹⁰ han sido consideradas acciones violatorias del artículo 7.6.

Otra de las aportaciones que ha tenido la Corte respecto de esta garantía surgió a partir de su opinión consultiva OC-9/87. En ésta, el Tribunal Interamericano consideró que los elementos de debido proceso son aplicables al recurso de habeas corpus⁹¹ (*i. e.*, el procedimiento se sigue con las garantías que prevalecerían en un juicio propiamente dicho). Esta es una de las grandes diferencias con la jurisprudencia europea, como a continuación se verá.

C. Convención Europea

La Corte ha sido enfática en señalar que siempre y cuando la detención caiga en el supuesto del artículo 5.1, es necesario que el proceso de habeas corpus se cumpla.⁹² Para la Corte Europea es un principio bien establecido que el modo de aplicar la garantía en comento, no debe de ser la misma en todos los casos.⁹³ Sin embargo, el habeas corpus debe emplearse en todos ellos. Aunque dependerá de las circunstancias en concreto, es necesario que se elabore un análisis respecto de la legalidad del acto (en el sentido del artículo 5.1 de la Convención).⁹⁴ Pese a las características que en particular tenga el caso que se examine, la

⁸⁹ *Durand y Ugarte c. Perú*, § 100.

⁹⁰ CoIDH, *Caso Castillo Páez c. Perú* (fondo), Serie C núm. 34, 1997, § 81.

⁹¹ CoIDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87, Serie A núm. 9, 1987.

⁹² CEDH, *Assenov & otros c. Bulgaria* (solicitud núm. 90/1997), 1998, § 162.

⁹³ CEDH, *Chahal c. Reino Unido* (solicitud núm. 22414/93), 1996, § 127.

⁹⁴ *Ídem*.

jurisprudencia de la Corte establece que, como mínimo, el procedimiento habeas corpus debe cumplir con cuatro requisitos los cuales se analizarán a continuación.

El primero de ellos es *quién puede revisar el caso*. La Corte, al respecto, no busca que sea una “corte de derecho” propiamente dicha. Basta con que sea un cuerpo autónomo con facultades de imperio.⁹⁵ Respecto a la capacidad de dejar a un individuo en libertad, no hay mucho que decir: es necesario que la autoridad no sólo emita recomendación sino que cuente con la facultad de ejecutar su decisión.⁹⁶ Con relación al segundo de los elementos, la autonomía, es necesario que la autoridad que evalúa la detención sea independiente del poder ejecutivo y, además, no participe del eventual proceso penal. Así, por ejemplo, en *HB. c. Suiza*, el quejoso –un hombre de negocios– fue detenido por supuestamente participar en el fraude a una empresa. Su caso fue revisado por un “juez de investigación”. Al respecto, la Corte consideró que esto, *per se*, no implicaba la violación a la Convención. Sin embargo, el Tribunal analizó las facultades del juez de investigación y comprobó que éste, en un proceso penal, tiene el deber de establecer los hechos del caso y su calificación legal para da inicio al juicio criminal. En tal sentido, la Corte consideró que existió una violación a la Convención Europea.⁹⁷

El segundo requisito a analizar es si el individuo debe de *estar presente físicamente* ante el juez en el procedimiento de habeas corpus. El Tribunal Europeo ha señalado que en tanto existan causas que lo justifiquen, no es imperante la presencia del individuo. En *Sanchez Reisse*, por ejemplo, la presentación del quejoso ante la autoridad calificadora de la detención fue innecesaria debido a que éste se encontraba en un hospital y

⁹⁵ *Weeks c. Reino Unido*, §61.

⁹⁶ *Ídem*.

⁹⁷ CEDH, *HB. c. Suiza* (solicitud núm. 26899/95), 2001, § 55-64 [en adelante, *HB. c. Suiza*].

no era posible que saliera; con base en ciertos certificados médicos, la autoridad justificó que el individuo no se presentara.⁹⁸

El tercer elemento que figura en la jurisprudencia del Tribunal (que ha sido objeto de varias críticas) es el *apoyo de un asesor legal*. El Tribunal europeo ha considerado que la presencia de un jurisconsulto es importante siempre y cuando el ofendido no pueda asistir a la audiencia por razones justificadas. El caso más representativo que toca dicho punto es el de *Ocalan c. Turquía*. El quejoso había estado detenido por un periodo de seis meses en el cual no tuvo la oportunidad de contender la legalidad de su detención. El abogado que lo defendió siguió distintos procedimientos en Turquía, sin embargo las autoridades nunca le permitieron hablar con su cliente. Esto, la Corte lo consideró violatorio del artículo 5.4.⁹⁹ Así, el punto de relevancia no es que el individuo cuente con un abogado sino que debe tener contacto con éste.

El cuarto requisito es aquel concerniente a la *inmediatez* en la que se debe efectuar el control de la detención. La razón principal de la inclusión de dicho requisito en la jurisprudencia europea es la de eliminar cualquier forma de trato que pudiera afectar la integridad física del individuo.¹⁰⁰ El periodo dependerá de las circunstancias particulares del caso.¹⁰¹ Por ello, tener un margen de tiempo resulta muy complicado. Sin embargo, por lo general, la Corte ha considerado que, salvo en situaciones casos en las que el retraso es imputable al quejoso, un periodo de dos semanas resulta excesivo.¹⁰²

⁹⁸ CEDH, *Sánchez- Reisse v. Suiza* (solicitud núm. 9862/82), 1986, § 51.

⁹⁹ CEDH, *Ocalan c. Turquía* (solicitud núm. 46221/9968), 2005, §71.

¹⁰⁰ CEDH, *Pantea c. Rumania* (solicitud núm. 33343/96), 2003, § 256.

¹⁰¹ *Ídem*.

El quinto, y último elemento, se refiere a la cantidad de veces que puede darse el control de legalidad de la privación de la libertad. Si bien en circunstancias de mera detención el recurso habeas corpus se aplica sólo en una ocasión, en casos que involucran detención administrativa se debe buscar que la garantía se haga valer reiteradamente. Es decir, no se trata de un recurso el cual pueda ejercitarse por una sola ocasión: debe de efectuarse en tanto las autoridades judiciales no condenen al individuo a una pena de prisión. Así, por ejemplo, la Corte no consideró en *Wloch c. Polonia* el quejoso había sido acusado de perpetuar adopciones internacionales ilegales. En septiembre de 1994 fue detenido y sujeto a prisión administrativa. Esta fue la primera vez que ejercitó su derecho a habeas corpus. La legalidad de la detención se revisó en dos ocasiones más: octubre y diciembre de 1994. A pesar de que la Corte encontró una violación al artículo 5.4 por la calidad de estas revisiones, aclaró que los procedimientos habeas corpus se habían dado de manera inmediata y de modo compatible con la Convención.¹⁰³

III. DETENCIÓN SIN SENTENCIA CONDENATORIA

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.

¹⁰² CEDH, *De Jong, Baljet & Van den Brink c. Países Bajos* (solicitud núm. 8805/79; 8806/79; 9242/81), 1984 § 57 [en lo sucesivo, *De Jong, Baljet & Van den Brink c. Países Bajos*].

¹⁰³ CEDH, *Wloch c. Polonia* (solicitud núm. 27785/95), 2000, §131.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7.

3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1. c. del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.

Convención Europea de Derechos Humanos, art. 5.

En los tres textos, el objeto de la garantía es permitir que la autoridad lleve a cabo una evaluación referente a dos situaciones. Por un lado determinar si hay indicios de que la persona efectivamente cometió el delito; por otro, determinar la factibilidad de que un individuo se presente al proceso judicial que deba encarar. En tal supuesto, se deberá dictar su libertad hasta que no exista una sentencia condenatoria que lo prive de ella.

A fin de determinar los alcances de cada uno de los artículos, al igual que con las otras disposiciones que han sido analizadas en el presente estudio, se procederá al análisis de cada uno de los tratados.

1. Pacto Internacional

Independientemente de la voluntad del detenido, el Estado tiene la obligación de cumplir con la garantía.¹⁰⁴ A fin de analizar el contenido de dicho artículo es necesario analizar sus elementos por separado. Así, se partirá de la explicación de qué se entiende por prontitud, se continuará con el análisis de la autoridad con competencia para llevar a cabo el examen y se concluirá con las razones que pueden presentarse por la autoridad para negar la libertad a un individuo.

¹⁰⁴ CDH, *Observaciones: República de Corea*, 2000, § 13.

Respecto al *plazo*, la regla general es que no se considera violatorio de la Convención, en términos generales, aquel periodo que no exceda de unos días.¹⁰⁵ De nuevo, esto dependerá del caso en concreto. Sin embargo, para la prisión preventiva existe una regla general. El Comité de Derechos Humanos en su comentario general número 8 al Pacto ha determinado que dicha medida debe ser una excepción y tan corta como sea posible.¹⁰⁶

En relación con este punto, el Comité ha considerado que no existe una violación al Pacto cuando una persona es detenida por un periodo menor a 12 meses¹⁰⁷ y, por el contrario, se contraviene el tratado cuando las detenciones se extienden por más de 20.¹⁰⁸ Sin embargo, en las comunicaciones de este órgano no se expresa la razón que fundamenta dicha decisión. Derivado de esto, no es posible establecer un parámetro a partir de las comunicaciones y, por lo tanto, no son adecuadas para efectos del presente estudio.

A diferencia de dichas resoluciones, existen otras en las que más allá de considerar el tiempo, el Comité ha hecho referencia a las circunstancias que rodean al caso (como complejidad de los hechos, el número de testigos y la naturaleza de otras pruebas materiales¹⁰⁹). A partir de estos elementos, el Comité motiva sus resoluciones e indica si la conducta es compatible o no con el Pacto. Esto, en mi opinión, resulta no solamente útil: ofrecer razones dota a las comunicaciones de mayor legitimidad. Algunos ejemplos de ello se ven reflejados cuando el Comité determina que la autoridad estatal no explicó el porqué

¹⁰⁵ CDH, *Comentario General no. 08, Derecho a la libertad y a la seguridad personal* (art. 9), 1982, § 3.

¹⁰⁶ Joseph, Sara, *op. cit.*, p. 225.

¹⁰⁷ CDH, *McTaggart c. Jamaica* (comunicación núm. 749/1997), 1998, § 8.2; CDH, *Leehong c. Jamaica* (comunicación núm. 613/1995), 1999, § 6.6.

¹⁰⁸ CDH, *Sandy Sextus c. Trinidad and Tobago* (comunicación núm. 818/1998), 2001, § 7.2.

¹⁰⁹ O'Donell, *op. cit.*, p. 327.

del atraso en el cumplimiento de la garantía¹¹⁰ o bien, cuando a pesar de que la investigación concluye unos *días* después de que el individuo ha sido detenido, éste es presentado ante un juez *meses* después.¹¹¹

Ahora bien, corresponde determinar qué *autoridades* están facultadas para realizar el estudio. El conflicto que entraña el artículo se encuentra en establecer quién es considerado un “funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”. La explicación derivada de *Kulomin c. Hungría* contribuye notablemente al establecimiento de los alcances que tiene el artículo.

En dicho caso, el Sr. Kulomin fue llevado ante un fiscal. Hungría alegaba la imparcialidad de éste dado que bajo la ley húngara los fiscales eran elegidos por el poder legislativo y no por el ejecutivo. Sin embargo, el Comité difirió de dicha percepción debido a que el fiscal carecía de la objetividad e imparcialidad necesaria para llevar a cabo actos jurisdiccionales.¹¹² Puede que el agente estatal no sea parte del poder judicial; sin embargo, deberá necesariamente tener cierto grado de independencia para garantizar que el dictamen que elabore no se vea afectado por consideraciones externas.

Por último, corresponde analizar el tercer elemento que se refiere cuáles son las *situaciones* que pueden conducir a la denegación de la libertad. De manera general, dichas circunstancias son fundamentalmente tres: destruir evidencia, influir en algún testigo y huir de la jurisdicción de un Estado Parte.¹¹³

¹¹⁰ CDH, *Clifford McLawrence c. Jamaica* (comunicación núm. No. 702/1996), 1996, §5.6.

¹¹¹ CDH, *Teesdale c. Trinidad y Tobago* (comunicación núm. 677/1996), 2002, § 9.3.

¹¹² CDH, *Vladimir Kulomin c. Hungría* (comunicación núm. 521/1992), 1996, § 11.3.

¹¹³ O'Donell, *op. cit.*, p. 294.

2. Convención Americana

El primer criterio el cual denota una diferencia relevante con el razonamiento elaborado por el Comité de Derechos Humanos, es el relativo a la prontitud. La Corte Interamericana ha interpretado el concepto de manera menos precisa; sin embargo, se podría decir que más adecuada tal y como se demostrará a continuación.

La justicia interamericana ha considerado que establecer un criterio *in abstracto* sobre qué debe entenderse como tiempo razonable (a partir de una medida de tiempo como días, meses, años) resulta poco viable. Por el contrario, abre la puerta a que las condiciones que inciden directamente en el caso se tomen en cuenta por el juez competente y éste, independientemente de la existencia de un límite en su legislación nacional, tenga la capacidad de establecer si la autoridad estatal cumplió con la garantía de presentar al detenido frente a un juez.¹¹⁴

La Corte Interamericana no discrepa de lo señalado por el Comité de Derechos Humanos en cuanto a las causas que resultan válidas para evitar la privación de la libertad del detenido. Sin embargo, con relación a los órganos estatales que pueden conocer de los asuntos objeto del artículo 7.5, posee un criterio diferente. Este se ve reflejado en el fallo de *Manriquez c. México* emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso respectivo, el órgano decidió que “el objetivo que se busca con el principio de inmediación procesal es tratar de evitar un distanciamiento de la persona del juez, de los elementos del proceso y en especial de la persona del imputado”.¹¹⁵ Por lo tanto, indicó que las interpretaciones que incluyen la posibilidad de que el Ministerio

¹¹⁴ CIDH, *Anthony Briggs c. Trinidad y Tobago*, Caso 11.815, Reporte núm. 58/99, 1999, § 65.

¹¹⁵ CIDH, *Manuel Manríquez c. México*, Caso 11.509, Reporte núm. 2/99, 1999, § 80.

Público opere en dicho carácter deben desecharse.¹¹⁶ Hasta esa aseveración el criterio no cambia mucho de aquel que se estableció en *Kulomin c. Hungría*. Sin embargo, la justicia interamericana añade que esta actividad puede ser ejercida únicamente por un juez.

3. Convención Europea

Como se indica en el artículo, ésta garantía (de manera distinta al Pacto y la Convención Americana) se limita al caso de las personas que son arrestadas con objeto de ser presentados frente a una autoridad legal competente cuando: 1. existan motivos suficientes para pensar que el individuo cometió un delito; 2. está por hacerlo o; 3. existe la posibilidad de que se desarrolle un proceso penal en su contra y pretenda huir.

En adición, cabe señalar que el fin último de esta garantía –como es el caso de todas aquellas contenidas en el quinto artículo de la Convención– es el de proteger a los individuos de la arbitrariedad. Sin embargo, resulta importante mencionar que en la jurisprudencia del Tribunal Europeo se ha explicado que existen otros objetivos. Estos son los de evitar detenciones en las que el individuo sea incomunicado o sujeto a tortura, tratos crueles o inhumanos.¹¹⁷ Una vez hecha la aclaración anterior, corresponde ahora realizar el estudio del contenido de la garantía.

Así, a fin de evitar la detención prolongada de una persona, es necesario que la autoridad que detuvo al individuo lo lleve *automáticamente* con otra que apruebe la privación de la libertad. Únicamente con objeto de que la presente investigación sea más precisa, cabe destacar que la redacción de la Convención en francés e inglés –idiomas

¹¹⁶ *Ibidem*, § 82.

¹¹⁷ CEDH, *Brannigan & McBride c. Reino Unido* (solicitud núm. 14553/89; 14554/89), 1993, § 62-63.

oficiales del Tratado— emplea los términos *aussitôt* y *promptly*, respectivamente. Tal y como lo han señalado distintos autores, el término en la lengua galesa implica un elemento de inmediatez; mientras que aquél en el idioma inglés, otorga mayor flexibilidad.¹¹⁸

Al respecto, la Corte Europea en sus primeras interpretaciones, prefería no establecer un tiempo máximo y, por el contrario, ser más flexible en cuanto a la temporalidad; consideraba que la determinación de un tiempo como excesivo, dependería de las circunstancias del caso en concreto.¹¹⁹ Sin embargo, en la jurisprudencia que se derivó de casos posteriores el Tribunal decidió matizar dicha aseveración estableciendo que siempre y cuando la esencia de la garantía estuviese protegida (la cual, como se dijo anteriormente, entraña la obligación de la autoridad de dejar al individuo que ha sido detenido libre o bien, presentarlo ante un órgano judicial) entonces el contexto en el cual el caso se desarrolló podría tomarse en cuenta.

Uno de los primeros casos en utilizar dicho criterio fue el de *Brogan y otros c. Reino Unido*, el cual resulta útil para ejemplificar de qué forma se ha interpretado el criterio de temporalidad contenido en el artículo 5.3 de la Convención.

La controversia surgió dado que los cuatro quejosos habían sido detenidos por terrorismo en la zona Norte de Irlanda; lo anterior, con base en la *1984 Act* —en contra del terrorismo—. Conforme a la ley, el límite para privar a un individuo de su libertad eran 48 horas; sin embargo, el periodo de detención de los quejosos se extendió a más de cuatro días. Posteriormente, fueron dejados en libertad. El conflicto radicó en que las personas detenidas nunca fueron llevadas ante un juez, lo cual provocó la violación al artículo 5.3 de la Convención. El Tribunal Europeo determinó que aún cuando los arrestos se desarrollaran

¹¹⁸ Trechsel, *op. cit.*, p. 512.

¹¹⁹ *De Jong, Baljet & Van den Brink c. Países Bajos*, § 52.

en un contexto de terrorismo, situación que es considerada especial, era necesario que un juez aprobara la detención en un periodo menor al de los cuatro días incluso cuando el objetivo final era el de proteger a una comunidad.¹²⁰

A partir de *Brogan*, la Corte sistemáticamente ha considerado que el periodo que se estima justificado para que la autoridad no cumpla con la garantía en comento es el de 4 días. Cabe mencionar que esto no se encuentra expresamente establecido en los casos que el Tribunal ha revisado; sin embargo, basta con la lectura de su jurisprudencia para notar que ése es el patrón que la Corte comúnmente utiliza para la determinación de la automaticidad entre la detención y la presentación de un individuo ante un juez.¹²¹

Pese a la aseveración anterior, cabe mencionar que, evidentemente, existen excepciones a esta regla; el mejor ejemplo de dicha situación se dio en el caso de *Rigopoulos c. España* en el que el quejoso fue detenido en alta mar y dos semanas después, una vez que el barco de nacionalidad llegó al puerto español más cercano al lugar de la detención, fue presentado ante un juez. Aunque el periodo fue extenso, la Corte consideró que no existió una violación a la Convención dado que existió una circunstancia la cual, válidamente, excluía la responsabilidad del Estado.¹²²

Es decir, siempre que exista una imposibilidad material plenamente justificada por el Estado, entonces el incumplimiento de la garantía por un periodo que exceda de cuatro días no implicará la violación a la Convención.

Por otro lado, al igual que en los otros dos tratados materia del presente estudio, la Convención permite que otra persona diferente a un juez lleve a cabo la validación de la

¹²⁰ CEDH, *Brogan y otros c. Reino Unido* (solicitud núm. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85), 1988, § 62 [en lo sucesivo, *Brogan y otros c. Reino Unido*].

¹²¹ Treschel, *op. cit.*, p. 513.

¹²² *Ídem*.

detención. Sin embargo, a diferencia de la jurisprudencia interamericana, la europea establece que si bien un oficial no es idéntico a un juez, el primero debe tener algunos atributos del segundo.

En *Schiesser c. Suiza* la problemática que se planteó fue la de determinar si un abogado de distrito –el cual pertenecía a la oficina del fiscal y está facultado para la investigación de delitos y, en algunos casos, dar inicio al proceso respectivo– podía llevar a cabo la función establecida en el artículo 5.3. La Corte estableció que, necesariamente, el individuo debe ser independiente. Lo anterior, de ninguna manera, implica una total desvinculación con el poder judicial (v. g., no estar subordinado a otros jueces). Por el contrario, basta con que el oficial garantice el goce de derechos que se encuentran en la Convención, para que su independencia no sea puesta en tela de juicio. Esto, se logrará en tanto el individuo detenido sea escuchado, todas las circunstancias las cuales rodearon su detención o arresto sean tomadas en cuenta y el oficial no sea parte del proceso antes o después de que determine la conveniencia de privar o no al individuo de su libertad.¹²³

A partir de estos criterios, la Corte definió que en el caso en concreto no había existido una violación a la Convención dado que el abogado de distrito había únicamente realizado actos tendentes a la investigación de los hechos y su decisión de detener al individuo había sido totalmente independiente.¹²⁴ Dicha situación hubiese sido muy distinta si el abogado hubiera sido quien ordenara la detención y, a su vez, determinara la legalidad de la privación de la libertad.¹²⁵ Tal supuesto implicaría, necesariamente, una falta de independencia en los términos del artículo 5 de la Convención.

¹²³ CEDH, *Huber c. Suiza* (solicitud núm. 12794/87), 1990, § 42.

¹²⁴ *Ibidem*, § 31.

Por último, con relación a la prisión preventiva cabe hacer algunas anotaciones. La primera de ellas tiene que ver sobre cómo la decisión de dejar a un individuo en libertad impacta en un proceso penal. La Corte Europea ha señalado que en los casos en que resulta improcedente dejar a un individuo libre, bajo ninguna circunstancia dicha resolución se debe de tomar en cuenta para el establecimiento de su responsabilidad penal –en el proceso respectivo– y, por lo tanto, de su convicción definitiva. Ello, claramente, atentaría contra el principio de presunción de inocencia.¹²⁶

La segunda, consiste en que la detención debe de durar hasta que pierda su razón de ser. Como lo explica el profesor Stephan Trechsel, la sospecha de que un individuo cometió un delito es una “condición *sine qua non* para la validez de la continuación de la detención”.¹²⁷ Sin embargo, esta excusa puede llegar a dejar de ser válida y es necesario que las autoridades presenten otras bases para que la privación de la libertad se justifique.¹²⁸ Así, a continuación, se explican las causas que de manera más común el Tribunal Europeo ha considerado como situaciones que justifican la sujeción de un individuo a la prisión preventiva.

La primera de ellas es el peligro de fuga. Aunque este criterio dependerá de las causas en concreto, se considera que es una causa válida mediante la cual el Estado puede decretar la privación de la libertad de un individuo. En *W. c. Suiza*, por ejemplo, un hombre de nacionalidad suiza que se dedicaba a los negocios fue acusado de fraude y puesto en prisión preventiva por un tribunal en Berna durante seis meses. La Corte Europea

¹²⁵ *HB. c. Suiza*, § 55.

¹²⁶ CEDH, *Tomasi c. Francia* (solicitud núm. 12850/87), 1992, § 91 [en adelante, *Tomasi c. Francia*].

¹²⁷ Trechsel, *op. cit.*, p. 522.

¹²⁸ *Ídem*.

dictaminó que la fundamentación del tribunal no iba en contra de lo establecido en la Convención. Ello, porque el individuo tenía una residencia en Monte Carlo y, frecuentemente, viajaba hacia el extranjero. Las características de vida del sujeto llevaban a la conclusión de que fácilmente podía refugiarse en otro país y no responsabilizarse por los actos ilícitos que había cometido en Suiza.¹²⁹

La segunda, se refiere a la modificación de la evidencia (incluyendo el dicho de los testigos). En *Contrada c. Italia*, el quejoso era subdirector del servicio secreto civil en Sicilia había sido acusado de pertenecer a una mafia. Cabe mencionar, que Contrada había sido cabeza de la policía de investigación criminal y había tenido un puesto importante en la Comisión Anti-mafia. Cuando se le empezó a investigar por su participación en la organización delictiva, las autoridades italianas consideraron la necesidad de someterlo a prisión preventiva a fin de evitar que modificara las pruebas o intimidara de alguna forma a los testigos. El Tribunal de Estrasburgo, validó la actuación de las autoridades italianas.¹³⁰

La tercera y última justificación que la Corte reconoce es el orden público. En *Tomasi c. Francia*, el quejoso fue acusado de su participar en varios delitos efectuados por una organización terrorista. La gravedad de los delitos hizo que se considerara la necesidad de mantener en prisión preventiva al quejoso.¹³¹

¹²⁹ CEDH, *W. c. Suiza* (solicitud núm. 14379/88), 1993, §33.

¹³⁰ CEDH, *Contrada c. Italia* (solicitud núm. 92/97/876/1088), 1998, § 61.

¹³¹ *Tomasi c. Francia*, § 91.

IV. REPARACIÓN

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.

5. Toda persona víctima de detención o de una privación de libertad contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

Convención Europea de Derechos Humanos, art. 5.

Es una regla bien establecida en el derecho internacional público que a toda violación a una obligación internacional, corresponde una reparación.¹³² En el caso de derechos humanos, el Pacto y la Convención Europea prevén esto. La jurisprudencia en este aspecto es escasa; sin embargo, cabe brevemente analizarla.

Varios autores han criticado la jurisprudencia de los órganos de derechos humanos debido a que ésta omite indicar cómo debe de medirse el daño y compensársele al afectado. Sólo señala que en aquellos casos en los que se lleve una detención arbitraria, ilegal o que no cumpla con los requisitos establecidos en ley, procede la compensación.¹³³ La única precisión que cabe hacer es que tal derecho no existirá cuando la autoridad justifique la medida –como sería una persona detenida en prisión preventiva, siempre que obren datos que acrediten su probable responsabilidad penal–.¹³⁴

¹³² Comisión de Derecho Internacional, *Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos Internacionalmente Ilícitos*, 2001, art. 1.

¹³³ CDH, *Hugo van Alphen c. Países Bajos* (comunicación núm. 305/1988), 1990, § 5.8; *Brogan y otros c. Reino Unido*, § 67.

¹³⁴ CDH, *W.B.E c. Países Bajos* (comunicación núm. 432/1990), 1990, § 6.5.

Así la determinación del monto de la compensación dependerá de las circunstancias específicas de cada caso; aunque la suma esté determinada con base en algunos hechos, finalmente es una decisión un tanto subjetiva que los tribunales deben de tomar.

Antes de cerrar el presente capítulo cabe recordar que, si bien la compensación pecuniaria es relevante, cualquier individuo detenido de manera ilegal debe, además, ser puesto en libertad. De esta manera es posible regresar al individuo al *status quo* que mantenía antes de que sus derechos se vieran violentados por la autoridad.

CAPÍTULO TERCERO

LAS MEDIDAS CAUTELARES DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD CONTENIDAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Tras haber establecido en el capítulo anterior los alcances de las garantías en materia de privación de la libertad contenidas en los tratados internacionales, procede ahora iniciar el análisis de la legislación mexicana. En comento, del contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La libertad personal constituye uno de los ejes rectores de la protección constitucional. Incluso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido muy hermética al referirse a las causas mediante las cuales puede privarse a un individuo de la libertad. De acuerdo con la Corte, en su sentencia relativa a la acción de inconstitucionalidad 20/2003, sólo procede la privación de la libertad por las causas establecidas en los artículos 16, 18, 19 y 20 constitucionales.

En tal sentido, el presente capítulo tiene por objeto llevar acabo un estudio de las medidas cautelares de privación de la libertad contenidas en los artículos referidos en el párrafo anterior. Así, el presente aparatado se dividirá por instituciones: detención, retención y prisión preventiva. Esto permitirá que sea posible analizar con mayor detalle el contenido de figuras materia de la presente investigación.

Para el estudio de la Constitución se tomará como base el texto actual; es decir, aquel reformado en 2008. Sin embargo, esto no soslaya que se retome la redacción anterior

del Pacto Federal a efecto de poder elaborar comparaciones y explicar el por qué de la Reforma así como en dónde hubieron avances y en donde retrocesos.

I. IN GENERE: EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

Para que una autoridad lleve a cabo un acto debe, necesariamente, estar facultada para efectuarlo; todo aquello que las normas jurídicas de un sistema jurídico no le permitan expresamente, le estará prohibido. Resulta imperante que la autoridad funde y motive el acto que efectúe, con lo cual se garantiza la seguridad jurídica del gobernado y la protección al principio de legalidad. El precepto constitucional que regula dichos actos – denominados comúnmente *actos de molestia*– es el artículo 16 constitucional.

Con respecto a dicho precepto, Ovalle Favela menciona que su estudio puede dividirse en dos partes. “La primera, de carácter general, comprende el análisis de la garantía de legalidad de los actos de autoridad que establece el párrafo primero. En la segunda se deben contemplar las condiciones específicas que los párrafos siguientes señalan para determinados actos de autoridad: a órdenes judiciales de aprehensión y de cateo, la orden ministerial de detención, la intervención de las comunicaciones privadas y las visitas domiciliarias.”¹³⁵

Aunque el presente estudio se enfocará en el análisis de los párrafos que guardan una relación directa con los supuestos de detención y medidas cautelares de privación de la libertad –como son la aprehensión y sus excepciones (flagrancia y urgencia)–, resulta

¹³⁵ Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed., México, Oxford University Press, 2002, p. 271.

conveniente indicar los alcances del primer párrafo del artículo 16 constitucional puesto que éste establece las reglas generales que deben de ser aplicadas a cualquier acto de molestia. En tal sentido, señala el párrafo primero del artículo en comentario:

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

Con base en dicho precepto, a continuación se analizará el contenido de cinco conceptos. El primero de ellos es *nadie*; esto debe de interpretarse en el sentido de que la protección constitucional que brinda este precepto será a cualquier persona; se puede afirmar que el goce de las garantías contenidas en el artículo 16 constitucional no se encuentra condicionado a la calidad migratoria, sexo, edad, postura política –por mencionar algunas– del individuo.¹³⁶

El segundo término, corresponde al *mandamiento por escrito*.¹³⁷ La relevancia de este concepto no se encuentra a la forma en la que el acto de molestia deba de perpetrarse; sino en su racionalidad y en un requisito adicional planteado por la jurisprudencia. Al respecto, como señala el profesor Ignacio Burgoa, la finalidad que tiene dicha garantía es que “el gobernado se entere de la fundamentación y motivación legales del hecho autoritario que lo afecte, así como de la autoridad de quien provenga”.¹³⁸ En tal sentido, y de ser el caso, el gobernado afectado por podrá impugnar la constitucionalidad del acto.

¹³⁶ Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho Constitucional Penal. Teoría y Práctica*, vol. I, 2ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 196.

¹³⁷ *Cfr.*, SEGURIDAD JURÍDICA, GARANTÍA DE. LAS ÓRDENES VERBALES DE AUTORIDAD SON VIOLATORIAS EN SÍ MISMAS DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL (Tesis XXI.1o. J/6), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 65, Octava Época, Jurisprudencia, Mayo de 1993, p. 61 (registro núm. 216,272).

¹³⁸ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 2001, p. 606.

En el supuesto de que esto ocurriera, sería necesario comprobar que efectivamente la autoridad a quien se le imputan las violaciones a la Constitución fue la misma que emitió el acto; es decir, resulta una medida mediante la cual se la autoridad se responsabiliza de lo asentado en el acto o, de lo contrario, se pueda deslindar del mismo. Por ello, la jurisprudencia obliga a que la firma auténtica de la persona que emite el acto de molestia se asiente en el mismo; de lo contrario, el acto será inconstitucional.¹³⁹

El tercer concepto que merece atención, es la *autoridad competente*. En la doctrina existe una posición unánime en cuanto a los alcances de dicho término. Es decir, se señala que el párrafo en cuestión del Pacto Federal únicamente hace referencia a la *competencia constitucional*. Ésta se entiende como la facultad de los poderes para actuar dentro de los límites impuestos por la Constitución, distinta de la jurisdiccional, que dependerá de las atribuciones establecidas en las normas secundarias.¹⁴⁰ De acuerdo con José Ovalle Favela la única relevancia de establecer dicha diferencia radica en el caso de la impugnación de la competencia. De ser constitucional, procederá el amparo, de ser jurisdiccional, se deberán de utilizar los medios ordinarios.¹⁴¹

¹³⁹ FIRMA AUTÓGRAFA, RESOLUCIÓN CARENTE DE. ES INCONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 133-138, Séptima Época, Jurisprudencia, p. 281 (registro núm. 251,598).

¹⁴⁰ Ovalle Favela, *op. cit.*, p. 279.

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 280-281. *Cfr.*, ORDEN DE APREHENSIÓN. DEBE PROVENIR DE AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE (Tesis: 1a./J. 26/99), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 9, Novena Época, Jurisprudencia, Mayo de 1999, p. 267 (registro núm. 194,063).

Para cumplir con lo establecido en el artículo 16 constitucional, bastará con que la autoridad exprese el carácter con el cual suscribe el acto de molestia y el instrumento jurídico que lo legitime para ello.¹⁴²

El cuarto y quinto término a estudiar son la *fundamentación y motivación*. Su análisis será conjunto debido a que, generalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación los atiende de esta forma. Al respecto, se transcribe la siguiente jurisprudencia:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN.- De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.¹⁴³

En tal sentido, para fundar un acto será necesario que la autoridad invoque correctamente el precepto aplicable a los hechos que le fueran presentados. Por otro lado, la motivación conlleva un ejercicio de lógica y argumentación jurídica que la autoridad deberá de efectuar a fin de explicar las razones que la llevaron a invocar determinada norma. Ambos conceptos son de suma importancia puesto que de no cumplirse cabalmente abren la puerta para que los particulares, de considerarlo conveniente, puedan ampararse en contra del acto.

¹⁴² COMPETENCIA. SU FUNDAMENTACION ES REQUISITO ESENCIAL DEL ACTO DE AUTORIDAD (Tesis: P./J. 10/94), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 77, Octava Época, Jurisprudencia, Mayo de 1994, p. 12 (registro núm. 205,463).

¹⁴³ FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN (Tesis: V.2o. J/32), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 54, Octava Época, Junio de 1992, p. 49 (registro núm. 219,034).

Al respecto, se señala que pueden existir especies o grados de incumplimiento con la fundamentación y motivación. De acuerdo con el profesor Ojeda Velázquez existen tres tipos los cuales se explican a continuación.¹⁴⁴

1. Ausencia total de fundamentación y motivación. Supone la omisión total ya sea de los preceptos aplicables o hechos tomados en cuenta para decidir emitir el acto de molestia.
2. Impropiiedad de la fundamentación y la motivación. Sucede cuando “los hechos aducidos no encuadran en la hipótesis invocada, o bien, cuando el precepto legal invocado no es aplicable al caso que se juzga.”
3. Imprecisión en la fundamentación y motivación. Esto se traduce en una falta de especificidad ya sea en el precepto legal o en las causas que originaron el acto. Al respecto, la Suprema Corte ha señalado la necesidad de que cuando la autoridad invoque una norma jurídica, necesariamente debe de establecer los incisos, subincisos, fracciones y toda prueba tomada en cuenta a fin de garantizar la obligación que las autoridades tienen de fundar y motivar sus actos.¹⁴⁵

En conclusión, todo acto de molestia que pretenda considerarse constitucional debe carecer de omisión, impropiiedad e imprecisión. De lo contrario, será susceptible de impugnación. Una vez establecidos los parámetros que rigen las garantías contenidas en el artículo 16 constitucional, procede ahora estudiar con detenimiento las formas cautelares de privación de la libertad y las garantías inherentes a ellas.

¹⁴⁴ Ojeda Velázquez, *op. cit.*, pp. 210-211.

¹⁴⁵ COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. EN EL MANDAMIENTO ESCRITO QUE CONTIENE EL ACTO DE MOLESTIA, DEBE SEÑALARSE CON PRECISIÓN EL PRECEPTO LEGAL QUE LES OTORQUE LA ATRIBUCIÓN EJERCIDA Y, EN SU CASO, LA RESPECTIVA FRACCIÓN, INCISO Y SUBINCISO (Tesis: 2a./J. 57/2001), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 14, Novena Época, Jurisprudencia, Noviembre de 2001, p. 31 (registro núm. 188,432).

II. DETENCIÓN

El acto de detención, en México, puede llevarse a cabo de tres formas: mediante orden de aprehensión, flagrancia o urgencia. A continuación se desarrollan cada una de estas modalidades.

1. *La orden de aprehensión*

La orden de aprehensión se define como el “acto autoritario por el cual, el órgano jurisdiccional ordena la privación provisional de la libertad de un individuo, inculcado de la comisión de un delito sancionado con pena privativa de la libertad, para que sea puesto a su disposición, con el fin de asegurar el normal desarrollo del proceso”.¹⁴⁶ El párrafo tercero del artículo 16 constitucional establece los elementos que una orden de aprehensión requiere para que sea constitucional. Éste señala:

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.”

Sin embargo, antes de proceder al estudio del texto actual, conviene analizar las transformaciones más relevantes que el precepto ha sufrido; cabe destacar, como generalidad, que en todas ellas subyace la intención del constituyente de 1917 de permitirle al gobernado conocer las causas que motivaron su detención. Dichas Reformas son las de 1993 –primera modificación al texto original–, 1999 y 2008. Las dos primeras, con objeto de presentarlas como un referente, se abordarán brevemente a continuación. La última, al

¹⁴⁶ Hernández Pliego, Julio Antonio, *El Proceso Penal mexicano*, México, Porrúa, 2003, p. 167.

dar origen a la redacción actual de la Constitución, se analizará, más adelante, al momento de describir el significado de cada una de las garantías contenidas en la disposición.

En tal sentido, la Constitución en su texto original estipulaba lo siguiente:

“No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser 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 persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado”.

Tras la Reforma de 1993, la redacción del párrafo anterior se modificó como a continuación se indica:

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y 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”

Al comparar los textos pueden notarse varios cambios y aunque podrían hacerse más anotaciones al respecto, para efecto de la presente investigación cabe resaltar tres puntos. El primero de ellos se refiere al establecimiento del término *detención* en el texto original y su posterior modificación tras la Reforma de 1993. Desde los debates dentro del Congreso Constituyente de 1917 se discutió si era necesario incluir el término en la Constitución.

La razón por la que se hizo correspondió a lo dicho por el diputado Enrique Colunga, miembro de la Comisión redactora. Éste explicó que en el caso de flagrancia la autoridad administrativa era quien llevaba acabo la detención correspondiente –entendida como el “hecho de proceder a la captura de una persona y ponerla a disposición de una autoridad que deba juzgarla–”.¹⁴⁷ En contraposición, una orden de aprehensión se emite por

¹⁴⁷ XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones, vol. IV, Antecedentes y evolución de los artículos 16 a 27 Constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1967, p. 39.

una autoridad judicial. Debido a dicha diferencia era necesario establecer ambos términos en el texto constitucional, a fin de que tanto los actos emanados del poder judicial como los del poder ejecutivo fueran sujetos a un control de constitucionalidad.

Sin embargo, la Cámara de Diputados en 1993 consideró adecuado omitir el término detención puesto que lo consideraron como sinónimo de orden de aprehensión y buscaron que “sólo se le conozca como orden de aprehensión en cuanto acto propio del juez”.¹⁴⁸

El segundo punto a resaltar versa en torno al tipo de delitos que suponen la privación de la libertad. El texto redactado por el Constituyente estableció la pena corporal como supuesto para que legalmente pudiera girarse una orden de aprehensión. Sin embargo, en las discusiones previas a la Reforma en cuestión se fijaron dos posturas al respecto. Por un lado, la imposibilidad de eliminar el concepto de pena corporal “puesto que no se abarca a las hipótesis que contemplan sanción de mayor grado o, gravedad, como lo es la pena de muerte”; por el otro, la necesidad de cambiar el concepto ya que éste connota una violación a la integridad física del individuo. En tal sentido, y en un ánimo de conciliación entre ambas posturas, se optó por “anteponer las palabras cuando menos a la expresión pena privativa de la libertad.”¹⁴⁹

Por último, y el cambio de mayor relevancia, fue aquel que se refiere a los medios de prueba que se requieren para la válida emisión de una orden de aprehensión. La redacción original dejaba un espacio importante para la arbitrariedad ya que bastaba con el dicho de un individuo para que se dictara la orden de aprehensión. Con el nuevo texto se incluyó la obligación de comprobar los elementos normativos, objetivos y subjetivos del

¹⁴⁸ LV Legislatura de la Cámara de Diputados, Dictamen y discusión del “proyecto de decreto que reforma los artículos 16, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 19 de agosto de 1993.

¹⁴⁹ *Ídem.*

tipo penal. En principio, con ello pretendía construirse una garantía que protegiera efectivamente la libertad del gobernado –ello al evitar que arbitrariamente se emitiera la orden correspondiente–.

A pesar de esto, a tal grado llegó la exigencia impuesta a la autoridad administrativa que el poder legislativo consideró necesaria la modificación de la Constitución. En la exposición de motivos del Reforma de 1999 se indicó lo siguiente:

“[...] después de cuatro años de aplicación del nuevo texto constitucional se advierte que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria de delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, éste ha permitido que frecuentemente por tecnicismos legales, presuntos delincuentes evadan la acción de la justicia. Basta decir que en 1997; de todas las averiguaciones previas consignadas ante la autoridad judicial, no se obsequiaron órdenes aprehensión en más del 20 por ciento.”¹⁵⁰

Como se deduce de lo anterior, la carga impuesta al Ministerio Público para probar la comisión de los ilícitos, era excesiva. Los promotores de la Reforma señalaban que “según datos del Sistema de Seguridad Pública, en 1997 se denunciaron aproximadamente 1'500,000 delitos, que condujeron a la emisión de un poco menos de 150,000 órdenes de aprehensión, de las cuales sólo se cumplió el 85%. El dato implica que de ese millón y medio de delitos denunciados sólo en aproximadamente 8% de los casos un presunto delincuente fue puesto a disposición de la autoridad judicial.”¹⁵¹

Así, el cambio fundamental que presentó la Reforma fue en lo relativo a los medios de prueba que el Ministerio Público debe de acreditar para solicitar una orden de

¹⁵⁰ LVII Legislatura de la Cámara de Diputados, Exposición de motivos del “Decreto que reforma los artículos 16, 19, 22 Y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 10 de diciembre de 1997.

¹⁵¹ Madrazo, Jorge, “Las reformas constitucionales en materia penal”, *Cuestiones constitucionales*, México, 1999, núm. 1, julio-diciembre de 1999, p. 267.

aprehensión. Es decir, se regresó al viejo esquema mediante el cual únicamente se requería de la acreditación del cuerpo del delito y no del tipo penal.¹⁵²

En tal sentido, el texto del Pacto Federal se modificó con objeto de flexibilizar los requisitos impuestos a esta autoridad administrativa y exigirle únicamente la comprobación del cuerpo del delito (o los elementos objetivos del tipo). La redacción del párrafo en cuestión se estableció de la siguiente forma:

“no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia 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 la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado.”

Además de dicho cambio, en la Reforma de 1999 la posibilidad de informar al Ministerio Público mediante la acusación fue suprimida. Esta forma mediante la cual se denunciaba la comisión de un delito implica “la imputación directa que se hace a una persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido”.¹⁵³

La modificación a la Constitución se debe, principalmente, a la connotación que el término *acusación* conlleva. Coloquialmente acusar implica la imputación de un hecho a una persona determinada. En términos del derecho penal, ello atenta contra la presunción de inocencia. De ahí, la supresión del término del texto constitucional.

Una vez expuestas dichas observaciones, a efecto de otorgar mayor profundidad al estudio, a continuación se analizan cada uno de los elementos constitutivos que toda orden

¹⁵² Respecto a esta modificación véase: CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. SÓLO ES APLICABLE A LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y AL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE ACUERDO CON LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUBLICADAS EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE (Tesis: III.2o.P.67 P), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 12, Novena Época, Tesis aislada, Septiembre de 2000, p. 735 (registro núm. 191,262).

¹⁵³ Osorio y Nieto, César Augusto, *La averiguación previa*, México, Porrúa, 1994, p. 425.

de aprehensión que pretenda ser legal debe incluir –esto, cabe aclarar, corresponde al texto actual de la Constitución; es decir, aquel que se produjo después de la Reforma penal de 2008–.

A. Que la orden de aprehensión sea dictada por una autoridad competente

Con base en lo señalado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el único órgano facultado para emitir una orden de aprehensión es la autoridad judicial; en concreto, el juez penal¹⁵⁴ (esto, claramente, teniendo en cuenta los supuestos de excepción que la misma Constitución prevé¹⁵⁵ como son los arrestos ordenados por la autoridad administrativa).

Dado lo anterior, conviene hacer notar que tanto la Policía Judicial¹⁵⁶ como el Ministerio Público se encuentran impedidos para girar una orden de aprehensión. Específicamente en el caso de éste último, el texto constitucional guarda coherencia al establecer dentro de las facultades del Ministerio Público –contenidas en el artículo 102– la de perseguir los delitos y “solicitar las órdenes de aprehensión” contra los inculpados.

B. Que preceda denuncia o querrela

Este elemento de índole procesal implica la intervención del Ministerio Público que, con base en el artículo 21 de la Constitución, posee la facultad de investigar y perseguir los delitos. Sin embargo, cabe destacar que dicho órgano se encuentra impedido para actuar

¹⁵⁴ ORDEN DE APREHENSIÓN, DEBE PROVENIR DE AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE (Tesis: 1a./J. 26/99), *Semanario Judicial de la Federación*, t. IX, Novena Época, Jurisprudencia, Mayo de 1999, p. 267 (registro núm. 194,063).

¹⁵⁵ ORDEN DE APREHENSIÓN, AUTORIDAD COMPETENTE PARA DICTARLA, *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 43, Quinta Época, Tesis Aislada, p. 750 (registro núm. 312,607).

¹⁵⁶ ORDEN DE APREHENSIÓN, *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 10, Octava Época, Tesis Aislada, Noviembre de 1992, p. 282 (registro núm. 217,963).

unilateralmente. Es decir, resulta necesario que exista una denuncia o querrela para que el Ministerio Público pueda ejercer sus funciones.

La Constitución en este sentido, es taxativa: ambas formas de *noticia criminis* son las únicas formas mediante las cuales el Ministerio Público puede dar inicio a la averiguación previa de un delito; por tal motivo formas como la pesquisa (investigación que de forma unilateral realiza el Ministerio Público) o la delación (denuncia anónima) son inconstitucionales.

Por denuncia se entiende la “noticia que de palabra o por escrito se da al Ministerio Público o a la policía judicial de haberse cometido un delito perseguible de oficio”.¹⁵⁷ Esta especie de *noticia criminis* –conforme a la regulación que le han dado las normas secundarias del sistema jurídico mexicano– no exige ningún tipo de legitimación para llevarla a cabo. Asimismo, como lo señala el profesor Hernández Pliego, no es necesario acreditar “un interés jurídico para accionar(la), al constituir un acto de colaboración voluntaria con el Estado en la búsqueda y persecución del delito”.¹⁵⁸

El acto de denunciar, de acuerdo con Manzini, tiene cuatro consecuencias: informar, propulsar (activar al sistema jurídico para que el Ministerio Público actúe), otorgar a quien formula la denuncia el carácter de denunciante y dotar a la denuncia de irrevocabilidad.¹⁵⁹ Este último efecto se deriva de la persecución de oficio de ciertos delitos. Es decir, aún cuando el denunciante no desee seguir con el proceso penal, una vez que el Ministerio

¹⁵⁷ Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Mexicano*, t. I, México, Porrúa, 1989, p. 586.

¹⁵⁸ Hernández Pliego, *op. cit.*, p. 178.

¹⁵⁹ Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. Santiago Sentís Melendro y Mariano Ayerra Redín, Buenos Aires, El Foro, 1996, p. 20.

Público tiene noticia del ilícito adquiere la obligación de investigarlo; el curso de la investigación se torna irreversible.

En cuanto a la querella, ésta es la “manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo formulada por el sujeto pasivo o por el ofendido de un delito, con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite acción penal”.¹⁶⁰ La querella posee tres diferencias substanciales con la denuncia: 1. la *noticia criminis* puede efectuarla únicamente el ofendido; 2. Los delitos deben de perseguirse a instancia de parte y 3. Hay posibilidad de que el querellante se retracte de su acción puesto que “su perdón extingue la pretensión punitiva”.¹⁶¹

Una vez que mediante cualquiera de las dos formas antes descritas se informa la comisión del delito al Ministerio Público, éste determinará con base en la norma correspondiente si el ilícito merece pena privativa de la libertad –concepto que se analizará a profundidad más adelante– en cuyo caso será necesario que procese una solicitud ante el juez penal para que éste último emita una orden de aprehensión.

Cabe destacar que ni la denuncia o la querella poseen valor probatorio; ambas son un mero acto de información. Éstas le dan la pauta al Ministerio Público para que ejerza sus facultades de investigación. Sin embargo, jamás pueden obligar a que la autoridad administrativa solicite una orden de aprehensión; este acto dependerá de los resultados que se obtengan de la investigación correspondiente.

¹⁶⁰ Gregorio y Nieto, César Augusto, *La Averiguación Previa*, México, Porrúa, 1994, p. 444.

¹⁶¹ Ovalle, *op. cit.*, p. 303.

C. Que la ley señale la existencia de un delito, sancionado con pena privativa de la libertad

Para el cumplimiento de dicha garantía bastará con el estudio que el Ministerio Público haga del Código Penal correspondiente para establecer si el hecho constituye un delito; es decir, si existe una tipificación del acto en cuestión. Esto, se reduce a uno de los axiomas del derecho penal que no hay delito sin pena (*nullum crimen sine lege*).

Asimismo, el delito debe necesariamente estar penado mediante la privación de la libertad del individuo. Los tribunales en la materia han sido enfáticos en señalar que sólo cuando el delito merezca pena corporal, entonces procede una orden de aprehensión.¹⁶² A tal grado ha llegado la hermeticidad de este supuesto que los precedentes indican que incluso cuando existe pena alternativa (es decir, que la pena sea pecuniaria o corporal) resulta imposible girarse orden de aprehensión; de lo contrario, esto contravendría lo dispuesto en el artículo 16 constitucional.¹⁶³

D. Estándar probatorio

Este es una de las partes de la garantía que fue reformada en 2008. Por ello, se considera conveniente indicar los alcances de dicha modificación. Antes de ella, el artículo 16, párrafo tercero, señalaba lo siguiente:

¹⁶² ORDEN DE APREHENSIÓN, PARA LIBRARLA ES NECESARIO QUE EL HECHO DENUNCIADO REALMENTE CONSTITUYA UN DELITO, CASTIGADO POR LA LEY CON PENA CORPORAL, *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 4, Octava Época, Tesis Aislada, Julio a Diciembre de 1989, p. 348 (registro núm. 227,145); ORDEN DE APREHENSIÓN, PARA SU EMISIÓN, ES REQUISITO INDISPENSABLE QUE EL DELITO POR EL CUAL SE DICTE MEREZCA PENA CORPORAL (Tesis: IV.3o. 119 P), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 15, Octava Época, Tesis Aislada, Enero de 1995, p. 268 (registro núm. 209,542).

¹⁶³ PENA ALTERNATIVA (ORDEN DE APREHENSIÓN), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 99, Quinta Época, Tesis Aislada, p. 163 (registro núm. 301,134).

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y *existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.*”

Dentro de ese cambio cabe destacar dos situaciones. La primera de ellas es que la carga probatoria impuesta al Ministerio Público es mucho más laxa. Conforme a lo señalado en la Exposición de Motivos de la Reforma, “la noción de cuerpo del delito constituye una exigencia probatoria demasiado alta para el Ministerio Público, sobre todo si se considera que los requerimientos para acreditar su existencia se plantean en fases demasiado tempranas de la investigación de los delitos.” Lo que se pretende es dar mayor agilidad a la investigación ministerial a fin de salvaguardar la materia del proceso.¹⁶⁴

La segunda anotación que cabe señalar es que la Reforma da pie a la omisión del término *responsabilidad* de la disposición. La modificación tiende, sobre todo, a hacer integral y coherente la Reforma penal. Al incluir la probabilidad en la comisión o participación del hecho, se evita responsabilizar anticipadamente al indiciado. En este punto, la Reforma garantiza la transformación del sistema penal de un modelo inquisitivo a un modelo acusatorio.¹⁶⁵

E. Lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito

La jurisprudencia ha establecido requisitos adicionales a los establecidos en el texto del artículo 16. Los tribunales han señalado que si bien dicho precepto indica las

¹⁶⁴ LX Legislatura de la Cámara de Diputados, Exposición de motivos de la “Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, a cargo del Diputado César Camacho Quiroz, del grupo parlamentario del PRI, 19 de diciembre de 2006.

¹⁶⁵ LX Legislatura de la Cámara de Diputados, “Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 11 de diciembre de 2007 [en adelante, *Dictamen de la Cámara de Diputados, 2007*].

formalidades elementales que debe revestir la emisión de una orden de aprehensión, suponer que éste es exhaustivo resulta incorrecto. Lo anterior, dado que otras garantías constitucionales pueden verse afectadas como podría ser el caso de la garantía de seguridad jurídica contenida en el artículo 14 constitucional.¹⁶⁶

A partir de lo anterior, por una contradicción de tesis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que la orden de aprehensión debe contener el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito. Aunque dichos requisitos son inherentes a la garantía contenida en el artículo 19 constitucional –auto de formal prisión– cabe destacar que, en opinión del poder judicial, integrar estos elementos en la motivación del acto permite “comprender la forma y condiciones en que se llevó a cabo la conducta delictiva en el mundo fáctico” lo cual se traduce en la oportunidad que se le da al acusado de ejercer correctamente su defensa.¹⁶⁷

Así, a pesar de que no ser materia del presente estudio, resulta relevante indicar que distintos códigos procesales penales (normas en las que se establecen las características que las órdenes de aprehensión deben de contener) incorporan los criterios señalados por la contradicción de tesis antes expuesta. Por ejemplo, señala el segundo párrafo del artículo 195 del Código Federal de Procedimientos Penales que “la resolución respectiva contendrá una relación sucinta de los hechos que la motiven, sus fundamentos legales y la

¹⁶⁶ ORDEN DE APREHENSIÓN, EN ELLA PUEDEN VIOLARSE GARANTIAS TUTELADAS, EN ARTICULOS CONSTITUCIONALES DISTINTOS AL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL (Tesis: 1a./J. 31/99), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 9, Novena Época, Jurisprudencia, Mayo de 1999, p. 285 (registro núm. 193,892).

¹⁶⁷ ORDEN DE APREHENSIÓN, PARA SU DEBIDA MOTIVACIÓN DEBE SEÑALAR EL LUGAR, TIEMPO Y CIRCUNSTANCIAS DE EJECUCIÓN DEL DELITO QUE SE IMPUTA AL ACUSADO (Tesis: 1a./J. 102/2006), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 25, Novena Época, Jurisprudencia, Febrero de 2007, p. 452 (registro núm. 173,237). Respecto de esta tesis, sin embargo, es probable que el criterio se modifique puesto que bajo el nuevo régimen de justicia penal no se trata de un acusado sino de un indiciado. Salvo esto, en mi opinión, si el artículo 16 al referirse al estándar probatorio se lee en conjunto con esta tesis jurisprudencial, se tiene una visión íntegra de los hechos que el Ministerio Público debe de probar al momento de solicitar la expedición de una orden de aprehensión.

clasificación provisional que se haga de los hechos delictuosos, y se transcribirá inmediatamente al Ministerio Público para que éste ordene a la policía su ejecución”.

F. Presentación del detenido ante un juez

Una vez que se emite una orden de aprehensión, compete a las autoridades administrativas ejecutarla. Suponiendo que la orden correspondiente se encuentra debidamente fundada, motivada y además cumple con los requisitos impuestos por el primer párrafo del artículo 16, se presumiría que la detención es legal. Sin embargo, puede suceder que la detención se haga de forma arbitraria (v. g., que la orden se ejecute en un territorio fuera de la circunscripción de la autoridad administrativa o se efectúe en contra de una persona diferente al probable responsable del ilícito) o incluso ilegal (v. g., que no haya sido efectuada por una autoridad competente). Es por ello, que el gobernado tiene que tener la posibilidad de acceder ante un juez para contender la legalidad de su detención.

Al respecto, el artículo 16 párrafo cuarto establece:

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

A pesar de no existir un criterio sobre el periodo que deba mediar entre la detención del individuo y su presentación ante una autoridad judicial, se considera que “el precepto prevé una intervención limitada de la policía, es simple: permite la detención de una persona sólo por el tiempo que dure su traslado del lugar en donde ella se encuentra, al sitio donde se halla el juez que emitió la orden”.¹⁶⁸ La persona encargada de ejecutar la

¹⁶⁸ Arteaga Nava, Elisur, *Garantías individuales*, México, Oxford, 2009, p. 207.

detención se eximirá de responsabilidad si retiene al individuo “por el tiempo que dura el traslado por la vía, la manera y el medio más lógicos y naturales”.¹⁶⁹

Además de esto, el precepto al introducir una sanción a la acción de la autoridad, pretende evitar que las detenciones sean ilegales o tengan componentes de arbitrariedad. En adición, se protege la integridad física del inculpado pues durante el periodo entre la detención y su presentación ante el juez, pueden darse tratos inhumanos, degradantes, tortura o incluso se puede perfeccionar la desaparición forzada del individuo.

2. Las hipótesis de excepción: flagrancia y urgencia

Como se mencionó anteriormente, únicamente existen dos hipótesis bajo las cuales una persona puede ser detenida sin orden de aprehensión: flagrancia y urgencia. A continuación se estudiarán cada una de ellas.

A. *Flagrancia*

Respecto de la flagrancia, señala el párrafo quinto del Pacto Político que:

“cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.”

Flagrancia proviene del latín *flagrans* que significa “lo que actualmente se está ejecutando”.¹⁷⁰ De acuerdo con Hernández Pliego, la detención en flagrancia es el “acto por el que cualquier persona sin existir orden judicial, priva provisionalmente de la libertad a quien es sorprendido mientras está cometiendo el delito o en un estado declarado

¹⁶⁹ *Ídem.*

¹⁷⁰ Julio Hernández Pliego, *op. cit.*, p. 208.

equivalente por la ley”.¹⁷¹ Es una situación de excepción puesto que en circunstancias normales, la detención sin orden de aprehensión significaría la comisión del delito de privación ilegal de la libertad. El trasfondo de la figura indica que “el Constituyente considera que la flagrancia nos impone de tal forma la evidente culpabilidad del sujeto, que autoriza el rompimiento de la regla general, y si esperar la orden judicial, permite que lo detenga cualquier persona”.¹⁷² Cabe mencionar que es una mera facultad; no una obligación, por lo que de llevarse acabo en contravención de los supuestos autorizados por la Constitución –es decir, no previendo los casos autorizados por la ley para tal efecto– puede acarrear la responsabilidad penal de quien efectúe la detención.

La redacción de la Constitución antes de la Reforma de 2008 abría la puerta para que en las leyes penales secundarias se establecieran tres especies de flagrancia: flagrancia propiamente dicha, cuasiflagrancia y flagrancia equiparada. El texto señalaba lo siguiente:

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

Así, a continuación se explicarán cada una de ellas. La primera es la flagrancia propiamente dicha. En este caso, la persona es detenida en el momento en que está cometiendo el delito. La segunda, cuasiflagrancia, se lleva acabo cuando el indiciado es detenido inmediatamente después de haber cometido el ilícito. En este caso, el delito se debe perseguir instantáneamente después de su comisión: en tanto la persecución no cese, no importará el tiempo que materialmente dure.¹⁷³ Pese a esto, cabe mencionar que la

¹⁷¹ *Ídem.*

¹⁷² Zamora Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, México, Porrúa, 2006, p. 20.

¹⁷³ Hernández Pliego, *op. cit.*, p. 216.

calificación que un juez elabore sobre la dilación o no en la presentación de un individuo ante el Ministerio Público, tendrá un carácter subjetivo.

La tercera forma, flagrancia equiparada, se explica mejor haciendo alusión al artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal [en adelante, CPPDF]. Éste permite la detención de un individuo cuando:

1. Éste haya sido señalado por la víctima, delito presencial o hubiere intervenido con él en la comisión del delito o;
2. se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito;
3. cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley;
4. no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos; y,
5. se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito.

Al respecto, cabe hacer ciertas anotaciones. La primera es que el concepto de flagrancia equiparada es un contrasentido a aquel de flagrancia. En sí, “la flagrancia no es una modalidad del delito, sino un atributo que se predica respecto de la persona que lo presencia, de manera que el delito es flagrante en cuanto es visible, en cuanto se vincula a una prueba directa de lo que se ve o se observa, y por ello se reconoce que toda persona pueda percibirla. Por el contrario, un delito no puede ser flagrante cuando se demuestra a partir de una prueba indirecta, indiciaria o circunstancial.”¹⁷⁴ La racionalidad para que en

¹⁷⁴ Ríos, Carlos y Sarre, Miguel, "La regulación de la flagrancia equiparada a la luz del régimen constitucional de garantías", *Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, núm. 72, julio 1996, p. 18

los casos de flagrancia no se solicite una orden de aprehensión radica en que se presume cierta certeza respecto de la persona que cometió el ilícito, lo cual se garantiza mediante el elemento de inmediatez.¹⁷⁵ Sin embargo, en el caso de la flagrancia equiparada la base para la detención es el dicho de un individuo; no hechos o pruebas.

La segunda, es que de la lectura del artículo 267 del CPPDF se puede advertir otro aspecto que debe preocupar si se pretende salvaguardar el orden constitucional en México: el plazo para llevar acabo la detención. En el caso del código que analizamos, se establece un máximo de 72 horas. Sin embargo, el Pacto Federal indica en el párrafo décimo del artículo 16 –y cabe aclarar, esto antes de la Reforma de 2008– que la retención de un indiciado no puede durar más de 48 horas.¹⁷⁶ Más adelante se analizará esta garantía a detalle. Sin embargo, basta con anunciar que la disposición del CPPDF que aquí se estudia es inconstitucional.

Ambos elementos al ser claramente contrarios a la garantía de libertad de los gobernados, influyó para que en 2008 la Constitución se reformara de tal suerte que se resaltara el elemento de inmediatez y que, por lo tanto, se cerrara la posibilidad de que los códigos procesales penales del país contengan la figura de la flagrancia equiparada.¹⁷⁷

Por último, con respecto a las reformas al cuarto párrafo del artículo 16 constitucional, cabe mencionar que uno de los cambios fundamentales al mismo fue la introducción de un registro para las detenciones en flagrancia. La Reforma indica la necesidad de tener un control respecto de las personas que han sido detenidas por vías ajenas a la orden de aprehensión. Con ello, de manera general, se impide la desaparición

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 21.

¹⁷⁶ O el doble, en casos de delincuencia organizada.

¹⁷⁷ *Dictamen de la Cámara de Diputados, 2007.*

forzada de personas. En adición, se garantiza que las personas puedan ejercer válidamente sus derechos antes y, de darse el caso, durante el curso de un proceso penal.

B. Urgencia

Ahora bien, el segundo caso que exime a la autoridad de tener una orden de aprehensión para proceder a la detención de un individuo es la urgencia. Dicha figura se encuentra contenida en el párrafo quinto del artículo 16 constitucional el cual indica:

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

Con relación a dicho precepto, se analizarán cada uno de los elementos que deben de cumplirse para válidamente detener a alguien bajo este esquema. Es necesario que todos se cumplan y que, de ninguna forma, la decisión quede al arbitrio de la autoridad administrativa.

El primero, corresponde a la gravedad del delito. Esto dependerá de lo que el legislador establezca en las normas secundarias y, por lo tanto, el Ministerio Público se encuentra impedido para elaborar una calificación sobre la gravedad del delito. Es decir, se encuentra obligado a actuar conforme a lo establecido por la ley.

El segundo supuesto precisa que exista un riesgo fundado de que el individuo pueda sustraerse de la acción de la justicia. Este elemento refleja mayor subjetividad. Sin embargo, como señala el profesor Ojeda Velásquez, es necesario que el Ministerio Público motive los indicios y “aprecie, a partir de la objetividad de las circunstancias, los medios de

prueba idóneos en que basa su conclusión, pues de otro modo se caería en una estimación arbitraria.»¹⁷⁸

Finalmente, el tercer requisito es aquel que levanta mayor debate en la actualidad: la imposibilidad de ocurrir ante una autoridad judicial a solicitar una orden de aprehensión debido a las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Las críticas que suelen hacerse dependen, fundamentalmente, desde una perspectiva histórica. Durante los debates del Constituyente de 1917 se dieron dos posturas. La primera fue la sustentada por Heriberto Jara. El diputado señalaba que la racionalidad de incluir en la Constitución a las detenciones urgentes respondía al contexto geográfico del país; existían ciertos lugares en los cuales no había jueces de tiempo completo por lo cual era preciso tener el concepto. Además, señalaba que la forma de evitar que la urgencia fuera utilizada de forma indiscriminada y arbitraria, era mediante la imposición de responsabilidad penal para quien la ejercía.¹⁷⁹

En oposición se encontraba el diputado Francisco Múgica, miembro de la Comisión redactora. En nombre de ésta señaló en los debates que no existía un caso de mayor urgencia que el de la flagrancia. Además, consideraba que la inclusión de la figura en el texto constitucional dejaba facultades demasiado amplias a la autoridad administrativa para llevar a cabo detenciones.¹⁸⁰ Pese a sus objeciones, la urgencia fue introducida en el texto constitucional.

En principio, lo señalado por el diputado Jara para 1917 no era totalmente improbable; a penas comenzaba a existir comunicación entre las zonas urbanas y rurales del

¹⁷⁸ Ojeda Velázquez, *op. cit.*, p. 265.

¹⁷⁹ Ovalle Favela, *op. cit.*, pp. 309-310.

¹⁸⁰ *Ídem.*

país. Sin embargo, en la actualidad resulta complicado pensar en la posibilidad de que las circunstancias de hecho impidan la solicitud ante la autoridad judicial de una orden de aprehensión. En teoría, todos los sectores del país cuentan con autoridades judiciales.

Pese a las consideraciones anteriores, la urgencia sigue teniendo validez constitucional y las únicas dos formas de limitarla es señalando al Ministerio Público el deber, como en todo acto de molestia, de fundar y motivar su decisión. Asimismo, se prevén sanciones para la autoridad administrativa en caso de que practique la detención por urgencia sin darse los supuestos para tal efecto.

C. Garantías adicionales para los casos de flagrancia y urgencia

Antes de cerrar con la sección correspondiente a la flagrancia y la urgencia, cabe analizar dos obligaciones adicionales que la Constitución establece para detenciones que se materializan bajo ambos supuestos. La primera de ellas se encuentra contenida en el séptimo párrafo del artículo 16 el cual indica:

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

Bajo esta disposición, el juez revisa la legalidad de la detención. La ratificación de ésta dependerá del examen que realice la autoridad judicial con relación a si el individuo fue privado de su libertad, efectivamente, bajo la hipótesis de flagrancia o de urgencia.¹⁸¹

La segunda obligación se establece en el artículo 16, párrafo décimo, del Pacto Político. Este señala lo siguiente:

“ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea

¹⁸¹ Lara Espinoza, Saúl, *Las garantías constitucionales en materia penal*, México, Porrúa, 2005, p. 197.

como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.”

Antes de la Reforma constitucional de 1993 no se señalaba un tiempo exacto para la retención. Al existir un plazo indefinido, era factible el aumento tanto de la comisión de detenciones arbitrarias como la imposibilidad de que los detenidos se defendieran adecuadamente del acto de molestia.

La obligación inmersa en el párrafo décimo del artículo 16 constitucional implica que la persona u autoridad que lleve acabo la detención debe trasladar al detenido ante el Ministerio Público sin demora; es decir, la presentación del indiciado debe de ser tan pronta como las circunstancias lo permitan.¹⁸²

Ahora bien, el plazo que se establece para que el Ministerio Público se encuentre en la posibilidad de integrar correctamente la averiguación previa, es de 48 horas. Éstas se computarán a partir de que el indiciado sea presentado ante la citada autoridad administrativa.¹⁸³

La racionalidad del plazo de 48 horas –además de involucrar la garantía de seguridad jurídica del detenido–¹⁸⁴ radica en que el Ministerio Público debe tener oportunidad para integrar la averiguación previa. De hecho, al momento de detener al

¹⁸² FLAGRANCIA, EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL NO ESTABLECE QUE EL DETENIDO SEA PUESTO A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE MANERA INSTANTÁNEA O INMEDIATA (Tesis: VII.P.96 P), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 9, Novena Época, Tesis Aislada, Febrero de 1999, p. 507 (registro núm. 194,631). En esta tesis aislada se establece un ejemplo: en el supuesto de que una persona es detenida en flagrancia a las 5 de la mañana y ésta es trasladada, por no existir circunstancias que lo impidan, al Ministerio Público en el transcurso de esa hora, no se considera que haya violación al artículo 16 constitucional.

¹⁸³ RETENCIÓN POR CUARENTA Y OCHO HORAS QUE LLEVA A CABO EL MINISTERIO PÚBLICO. NO COMPRENDE EL TIEMPO DE LA DETENCIÓN POR LA AUTORIDAD INMEDIATA, EN CASO DE FLAGRANCIA (Tesis: XI.2o.23 P), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 8, Novena Época, Tesis Aislada, Junio de 1998, p. 703 (registro núm. 196,011).

¹⁸⁴ Ojeda Velázquez, *op. cit.*, pp. 269-270.

individuo, la autoridad administrativa no tiene los elementos probatorios para determinar si se debe proceder a decretar la libertad del detenido o a consignarlo ante un juez.

Ambas obligaciones, en resumen, buscan equilibrar tanto el derecho que las personas tienen a la protección de su libertad personal como el deber que las autoridades tienen de procurar justicia.¹⁸⁵

III. RETENCIÓN

Una de las modificaciones a la Constitución que mayor crítica causó fue la inclusión de la figura del arraigo. De manera general, es una medida cautelar que busca “garantizar el desarrollo del proceso, así como la efectividad de la sanción privativa de la libertad, en los casos de sentencias condenatorias de tal pena.¹⁸⁶ Señala el artículo 16, párrafo octavo, lo siguiente:

“la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.”

El antecedente de mayor importancia para dicha Reforma fue la acción de inconstitucionalidad 20/2003 que legisladores del Estado de Chihuahua promovieron en contra el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales de dicho Estado, el cual preveía el arraigo. La Suprema Corte de Justicia determinó que, a pesar de que la figura

¹⁸⁵ Lara Espinoza, *op. cit.*, p. 201.

¹⁸⁶ Díaz de León, *op. cit.*, pp. 172-173.

tenía la intención de facilitar la integración de la averiguación previa e impedir que se pudiera afectar la eventual ejecución de una orden de aprehensión, el artículo en comento violentaba el derecho a la libertad personal. Para concluir lo anterior, la Corte comparó la materia civil con la penal y señaló que mientras en la primera el arraigo es una medida que válidamente se puede decretar para que el demandado no salga de la circunscripción del juez quien lo emite, en la segunda existe una auténtica violación a la libertad del arraigado debido a que lo inmoviliza en un inmueble.¹⁸⁷

Además, el Tribunal señaló que la racionalidad del arraigo responde a dos situaciones. Por un lado, a que durante la averiguación previa el Ministerio Público no cuenta con las pruebas que indiquen la probable responsabilidad del indiciado; en consecuencia, se encuentra impedido para solicitar una orden de aprehensión. Por el otro, presupone la posibilidad de que el indiciado se sustraiga de la acción de la justicia en cuyo caso la autoridad administrativa considera necesario detenerlo y, por lo tanto, promueve una orden de arraigo.¹⁸⁸

En tal sentido, la Suprema Corte señaló que las formas reconocidas por la Constitución para poder legalmente privar a un individuo de su libertad se encuentran contenidas en los artículos 16, 18, 19 y 20 de dicho ordenamiento. El arraigo, al no estar expresamente permitido por tales numerales, era inconstitucional.

Debido a dicha imposibilidad formal de aplicar válidamente la figura, el Congreso en la Reforma Constitucional de 2008 –aludiendo a cuestiones de seguridad pública y lucha contra la delincuencia organizada– decidió incluir la figura al Pacto Federal. Al

¹⁸⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Sentencia, votos particulares y voto concurrente, relativos a la Acción de inconstitucionalidad 20/2003 promovida por los Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua, en Contra del Congreso y el Gobernador del propio Estado*, considerando octavo, 10 de mayo de 2007, D.O.F.

¹⁸⁸ *Ídem.*

hacerlo, los argumentos esbozados por la Corte en la acción de inconstitucionalidad antes mencionada, quedaron sin efectos.

Una de las críticas más fuertes al precepto es que no enuncia si los derechos contenidos en el artículo 20 constitucional –relativos al debido proceso– son aplicables para los individuos que se encuentran arraigados, lo cual “resulta una verdadera paradoja que una persona que ha sido sentenciada y se encuentra privada de su libertad, tenga más derechos que aquella contra quien se ha dictado la medida precautoria del arraigo, a la cual se le está investigando y aún no se ha definido su probable responsabilidad penal”.¹⁸⁹

Existen autores que, a favor de la Reforma, indican que el arraigo no será violatorio de los derechos humanos en tanto será controlado por una autoridad judicial y no se presume la culpabilidad del indiciado sino, por el contrario, se presume su inocencia; en tal sentido, el Ministerio Público debe de tener el tiempo suficiente para integrar correctamente la averiguación previa.¹⁹⁰ El contra-argumento lógico a dicha afirmación es que si verdaderamente la presunción de inocencia estuviese protegida entonces el Ministerio Público no tendría interés en detener a un individuo puesto que, supondría que éste no participó en el ilícito.

Además de la fuerte crítica que el arraigo conlleva en el sentido de priorizar la presunción de culpabilidad, cabe destacar el diseño normativo. Es decir, su operación como medida cautelar de privación de la libertad.

Los requisitos que el Ministerio Público se encuentra obligado a comprobar para proceder a arraigar a un individuo son dos: que se trate de un delito de delincuencia

¹⁸⁹ Laveaga, Gerardo, “¿Quién le teme a la reforma penal?”, *Inter Criminis*, México, número 3, cuarta época, mayo-junio de 2008, p. 81.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 80.

organizada y que sea necesario detener a la persona a fin de garantizar el éxito de la investigación. Lo anterior, es una carta abierta a la acción del Estado. No es necesario que se compruebe que el arraigado sea probablemente responsable del delito. Por lo tanto, esta regulación genera una contradicción en el texto constitucional puesto que la seguridad jurídica para el gobernado no existe.

Al respecto, en opinión de Sergio García Ramírez, las justificaciones del arraigo en el diseño constitucional dejan un amplio margen a la subjetividad. El éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos y el riesgo fundado de que el individuo pueda sustraerse de la acción de la justicia, dependerá totalmente de la evaluación que la autoridad judicial lleve a cabo.¹⁹¹

IV. PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva se encuentra definida de varias formas; ello, debido a la ausencia de criterios claros respecto a las consecuencias que genera para quien es detenido preventivamente. Sin embargo, para efectos del presente estudio, conviene tomar la definición propuesta por Zaffaroni quien indica “se llama prisión *preventiva* a la privación de la libertad que sufre quien aún no ha sido condenado, es decir, quien aún está procesado porque aún no ha habido sentencia, la que bien puede ser condenatoria como absolutoria.

¹⁹¹ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2008, p. 74.

De ahí su carácter preventivo, que sólo tiene por objeto asegurar la presencia del procesado, es decir, evitar su fuga ante la concreta amenaza de la pena.”¹⁹²

Esta medida cautelar es objeto de un debate constante respecto a la conveniencia de integrar la figura al sistema jurídico o abolirla del mismo. Por un lado existen opiniones que se inclinan a favor de ella como un medio para salvaguardar el bien de la sociedad y garantizar el *ius puniendi* del Estado; ello, debido a que el hombre por naturaleza “tiende a evitar todo aquello que le hace daño”.¹⁹³ De acuerdo con esta corriente resulta poco factible suponer que un individuo al cual se le imputa un delito, por voluntad propia, se presente ante la autoridad para dar cumplimiento a la sentencia que lo condena.¹⁹⁴ Sin embargo, cabe mencionar que esta postura es debatible puesto que, como se verá más adelante, implica un grado de subjetividad del juez de control que determine la medida.¹⁹⁵

Por otro lado, existe la postura de quienes critican severamente a dicha medida cautelar debido, fundamentalmente, a que es un contra sentido a los fundamentos del derecho penal ya que se impone una pena antes de que se determine formalmente la responsabilidad penal del individuo. Esto, como se mencionó en el apartado de arraigo, atenta en contra de la presunción de inocencia que debe privar antes y durante el curso de todo proceso penal. Como lo menciona Francesco Carrara “la prisión preventiva es el

¹⁹² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, México, Cárdenas Editor y distribuidor, 1988, p. 717.

¹⁹³ Díaz de León, *op. cit.*, p. 461.

¹⁹⁴ *Ibidem*, pp. 458-460

¹⁹⁵ Al respecto, una breve anotación incide en el surgimiento de los jueces de control a partir de la reforma constitucional de 2008. El artículo 16, párrafo 14, indica que “los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos.” La figura, de forma general, busca establecer un control previo sobre las medidas que deban decretarse para poder proceder a la privación de la libertad de un individuo.

encarcelamiento de una persona por la sola sospecha de su culpabilidad, antes de que haya sido condenada.”¹⁹⁶

Además de la función de la presunción de inocencia como una garantía de libertad, Luigi Ferrajoli indica que también constituye una “una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa *seguridad* específica ofrecida por el Estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica *defensa* que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo.”¹⁹⁷

Los debates en torno a dicha figura impulsaron, en gran medida, la adopción de medidas legislativas para incluir en el texto constitucional esta especie de medida cautelar. La regulación de la prisión preventiva, conviene mencionar, se encuentra inscrita en diferentes artículos de la Constitución. Primero se analizará el contenido en el artículo 18, se procederá al estudio del artículo 19 y se concluirá con el 20.

En la actualidad, el párrafo primero del artículo 18:

“Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad 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.”

El texto original de la Constitución preveía que toda persona acusada de un delito debía de permanecer detenido. A su vez, el Pacto Federal establecía la posibilidad de que todo indiciado cuya pena –de comprobarse el delito– no excediera de cinco años, tendría la posibilidad de solicitar al juez su libertad; ésta figura denominada libertad bajo caución fue modificada en la Reforma de 1993.

Debido a este cambio, se previó que todo proceso penal –salvo en aquellos casos en los que se tratara de delitos graves– podría ser seguido por el indiciado en libertad. Sin

¹⁹⁶ Carrara, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, t. I, Buenos Aires: Desalma, 1944, p.282.

¹⁹⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 549.

embargo, la transformación del texto constitucional provocó la reformulación en los códigos penales del catálogo de delitos que se consideraban como graves. Esta acción se llevó a cabo por las legislaturas estatales, e incluso el Congreso, de forma indiscriminada lo cual, prácticamente, dejó sin efectos la Reforma de 1993.¹⁹⁸

Ante esta situación, la Reforma constitucional de 2008 buscó establecer un catálogo de delitos considerados como graves “ya que si se hace un reenvío a la ley, inevitablemente se debilita el principio de supremacía constitucional”.¹⁹⁹ Además, se consideró que dado el nuevo sentido que se le quería dar a la prisión preventiva como medida excepcional, era necesario limitar la posibilidad de que tanto los catálogos procesales estatales como el federal establecieran un número indiscriminado de delitos graves.²⁰⁰ Así, la nueva redacción del segundo párrafo del artículo 19 constitucional es la siguiente:

“el Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.”

En relación con el párrafo anterior, de manera muy breve, se analizarán dos componentes de la figura. El primero de ellos corresponde a su carácter como una medida de último recurso. En otras palabras, su aplicación dependerá de la imposibilidad de detener al individuo bajo otros esquemas menos lesivos de su libertad.

¹⁹⁸ Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La prisión preventiva en México*, México, Porrúa, 2004, pp. 40-41.

¹⁹⁹ *Dictamen de la Cámara de Diputados*, 2007.

²⁰⁰ *Ídem*.

Al respecto, el profesor Julio Hernández Pliego propone un *test* que el juez penal debería de aplicar para determinar si procede o no la prisión preventiva. Él señala que es necesario tomar en cuenta los principios de adecuación, proporcionalidad, subsidiariedad y excepcionalidad. La *adecuación* corresponde a la determinación que se haga sobre la medida cautelar más conveniente para ser aplicada a un caso en concreto; *proporcionalidad* se refiere a la concordancia que exista entre la medida con la pena que en algún punto podría aplicarse; *subsidiariedad*, por su parte, obliga a “utilizar la medida menos gravosa” y, por último, la *excepcionalidad* implica la obligación de abstenerse de usar la medida si existen otros medios para alcanzar los fines que se pretenden.”²⁰¹

El segundo componente a analizar se refiere a las justificaciones para que el juez pueda ordenar la prisión preventiva, las cuales prácticamente se reducen a dar seguimiento al proceso penal sin interrupciones ni vulneraciones al orden público. A pesar de que, como se vio al principio de esta sección, este es el argumento más fuerte de quienes sostienen la necesidad de inclusión de la prisión preventiva en el sistema penal, cabe mencionar que existen objeciones al respecto.

Luigi Ferrajoli señala que tanto el peligro de la alteración de las pruebas como el peligro de fuga del imputado son justificaciones para la existencia de la prisión preventiva carentes de fuerza. La primera de ellas debido a que, generalmente, la prisión se utiliza como medio para poder interrogar al indiciado y no así para evitar que éste afecte la investigación que la autoridad se encuentra obligada a realizar; la segunda, debido a que la posibilidad de que el inculcado se fugue desaparecería en caso de que la autoridad garantizara que toda persona sujeta a un proceso criminal contaría con los medios

²⁰¹ Hernández Pliego, *op. cit.*, pp. 281-282.

adecuados para ejercer su defensa.²⁰² El mismo autor, citando a Voltaire, señala “¡oh jueces! Queréis que el inocente acusado no se escape, entonces facilítadle los medios para defenderse.”²⁰³

Por último, corresponde analizar el contenido del artículo 20 constitucional en materia de prisión preventiva. Señala el texto constitucional en su apartado B, fracción IX – en su segundo y tercer párrafo– que:

“la prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.”

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

Respecto a este último artículo, resulta adecuado señalar que la crítica que solía hacerse antes de la Reforma era que resultaba un absurdo que “cualquier procesado pudiera permanecer privado de su libertad sin sentencia hasta el máximo del delito que se le está imputando, lo que equivale compurgar una pena sin haber sido sentenciado en juicio”.²⁰⁴

A pesar de que con la modificación a la provisión legal se dio un ligero avance legislativo en la materia, cabe destacar que el cómputo de dos años puede ser excesivo. Sobre todo, porque la prisión preventiva –en teoría– es una medida temporal. El planteamiento anterior, pone en duda a partir de la redacción del párrafo tercero del artículo en comento.

La jurisprudencia justifica dicha disposición al señalar que la prisión preventiva es una medida temporal que, de darse el caso, puede convertirse en permanente por virtud de

²⁰² Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 556-557.

²⁰³ *Ibidem*, p. 558.

²⁰⁴ Cárdenas Rioseco, *op. cit.*, 83.

una sentencia condenatoria. De darse la sentencia, y sólo hasta ese momento, podría considerarse como una forma de prisión.²⁰⁵ Sin embargo, cabe cuestionarse si al unir los tiempos –aquellos impuestos por la sentencia condenatoria y los que duró la prisión preventiva– la noción implícita no es la de prisión. Al respecto conviene evidenciar que si bien los efectos son los mismos (es decir, la privación de la libertad) las garantías que el detenido tiene no son las mismas que las de un preso. La más evidente es que el preso, en teoría, tuvo derecho a ser oído y vencido en juicio antes de que se le privara de su libertad; el detenido en prisión preventiva, no.

La jurisprudencia justifica dicha diferenciación al señalar que la prisión preventiva es un estado de excepción temporal y, por lo tanto, no se requiere cumplir con la garantía de audiencia.²⁰⁶ Ello, claramente, es lo que más genera polémica entre los académicos y estudiosos del derecho penal puesto que la medida, suponiendo que los fines que persigue son legítimos, gravemente violenta la libertad y seguridad jurídica del gobernado.

²⁰⁵ PRISIÓN PREVENTIVA. SU NO CONTRADICCIÓN CON LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DERIVA DE LOS FINES QUE PERSIGUE Y NO DE SU CARÁCTER CAUTELAR (Tesis: P. XIX/98), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 8, Novena Época, Tesis Aislada, Marzo de 1998, p. 94 (registro núm. 196,724).

²⁰⁶ PRISIÓN PREVENTIVA. ES UNA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD Y DE AUDIENCIA PREVIA, ESTABLECIDA CONSTITUCIONALMENTE (Tesis: P. XVIII/98), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 8, Novena Época, Tesis Aislada, Marzo de 1998, p. 28 (registro núm. 196,720).

CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS COMPARADO DE INSTITUCIONES

En los capítulos anteriores se detallaron los alcances de las normas jurídicas internacionales y nacionales que el Estado debe promover a fin de que la detención de un individuo sea considerada legal y no arbitraria. Dada la importancia del bien jurídico en cuestión –la libertad– las normas jurídicas deberían de ser rigurosas y tendrían que detallar cuidadosamente bajo qué circunstancias puede efectuarse la detención o retención de un individuo. Los tratados internacionales que se analizaron en el presente estudio sientan requisitos mínimos bajo las cuales los Estados adheridos a ellos se encuentran obligados a legislar las medidas cautelares de privación de la libertad. A pesar de que para tal efecto el margen de maniobra que dichos instrumentos internacionales dejan a los Estados es relativamente amplio, vale la pena preguntarse si en el caso de la Constitución Mexicana estos elementos considerados básicos se garantizan.

Por lo tanto, el presente capítulo pretende analizar aquellos elementos de compatibilidad e incompatibilidad que existen entre las normas nacionales e internacionales en materia de privación de la libertad. Para tal efecto, se revisarán las tres instituciones analizadas en el presente trabajo: la detención, la retención y la prisión preventiva. El método de estudio se basará en contrastar al texto constitucional con las disposiciones aplicables de los tratados internacionales en cuestión²⁰⁷ así como la jurisprudencia de los

²⁰⁷ Es decir, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana y, a modo de mención, la Convención Europea.

mismos. Asimismo, para complementar el estudio se hará un análisis comparado de regímenes jurídicos que prevén instituciones similares o análogas.

I. DETENCIÓN

En México, para que una autoridad pueda detener a un individuo es necesario que acredite los requisitos que el artículo 16 del Pacto Federal le exige. En general, basta con cumplir con los siguientes requisitos: 1. la emisión de una orden de aprehensión; 2. que a ésta le preceda una denuncia o querrela; 3. que exista un delito sancionado con pena privativa de la libertad (además de indicar el cuerpo del mismo) y; 4. que sea probable la comisión o participación por parte del indiciado en el ilícito. Con ello resulta posible acreditar la compatibilidad de la disposición mexicana con aquellas normas internacionales de derechos humanos que exigen un claro fundamento jurídico y convincente motivación para proceder a la detención de un individuo.

Las críticas más frecuentes al tercer párrafo del artículo 16 constitucional suelen hacerse respecto de los elementos que el Ministerio Público debe acreditar ante un juez penal para obtener la orden de aprehensión correspondiente. Como se desarrolló en el tercer capítulo, este criterio constitucional se considera por algunos doctrinarios laxo.²⁰⁸ Sin embargo, como se verá a continuación, el texto constitucional es armónico con el de los tratados internacionales que en el presente estudio se analizan.

Tanto el Pacto como la Convención Americana estipulan las directrices bajo las cuales los Estados deben regular las privaciones de la libertad a fin de garantizar el respeto

²⁰⁸ Véase, Capítulo Segundo, p. 75.

a los derechos humanos del detenido. Sin embargo, en ningún momento ambos instrumentos restringen la soberanía de los Estados y exigen que las normas jurídicas en la materia tengan determinada redacción. Más aún, la jurisprudencia del Consejo de Derechos Humanos y del Tribunal Interamericano no profundiza en este aspecto y asienta que bastará con que la detención cumpla con los requisitos –y siga los procedimientos– establecidos en una norma jurídica para que se considere legal.²⁰⁹ Esta conclusión deja un amplio margen de maniobra a los Estados parte.

Incluso, bajo el estándar europeo el artículo 16 es razonable. Como se mencionó en el segundo capítulo de la presente investigación, la jurisprudencia de la Corte Europea resalta que la frase “de conformidad con un procedimiento establecido por la ley” no sólo debe de buscar que un acto se fundamente en una norma jurídica sino que la disposición sea tan precisa que evite cualquier acto de arbitrariedad. Es decir, que la norma en cuestión posea cierta “calidad”.²¹⁰ La calidad se logra no sólo cuando las formalidades de la privación de la libertad se establecen en la norma jurídica sino cuando se establece un procedimiento justo y adecuado.²¹¹

Por lo tanto –en vista de que la orden de aprehensión no implica que inmediatamente se esté dando por sentado que el indiciado es responsable penalmente del delito que se le imputa, sino que sólo es probable que haya participado en el mismo– la orden de aprehensión satisface, incluso, el estándar de la Convención Europea.

La segunda garantía que, por virtud de los tratados internacionales, debe hacerse valer en las leyes nacionales es la notificación al detenido de las causas que originaron su

²⁰⁹ Véase, Capítulo Segundo, pp. 26-32.

²¹⁰ Véase, Capítulo Segundo, p. 31.

²¹¹ CEDH, *Winterwerp c. Países Bajos* (solicitud núm. 6301/73), 1981, § 45.

detención. La anteposición de una denuncia o querrela a la orden de aprehensión, la obligación de asentar en ella los hechos que se imputan a un detenido –tal y como se requiere por las reglas secundarias en materia penal– y el señalamiento del lugar, día y circunstancias de ejecución del delito son coherentes con el texto del Pacto y de la Convención Americana. La interpretación que tanto el Comité de Derechos Humanos como el Tribunal Interamericano han dado a la garantía de información es que el individuo debe conocer en sustancia las causas que motivaron su detención. Es decir, no basta con enunciar el precepto legal en la cual el juez fundamentó su decisión para emitir la orden de aprehensión correspondiente.²¹² El fin último de esta garantía es permitir que el gobernado pueda, ante la emisión de una orden de aprehensión, tener elementos que le permitan expresar lo que a su derecho convenga y defenderse antes de que se dictamine el auto de vinculación al proceso.

La última garantía que debe de incluirse en las normas jurídicas nacionales para efectuar privaciones de la libertad es que éstas se encuentren sujetas a un control de legalidad. Al respecto, la Constitución no es omisa y estipula que cuando la autoridad competente ejecuta una orden de aprehensión ésta debe poner al individuo a disposición de una autoridad judicial inmediatamente. El artículo 16 en este aspecto es totalmente coherente con las normas internacionales e, incluso, más garantista puesto que no deja espacio a ambigüedades respecto a quiénes tienen competencia para realizar dicho control. Es decir, se prevé la existencia de jueces cuya actividad específica sea la de validar o no la detención. Asimismo, la disposición en comento considera que la contravención a la norma

²¹² Véase Capítulo Segundo, p. 34. Además, sólo a modo de mención, el Tribunal Europeo ha sido mucho más analítico y ha abierto la posibilidad de que existan ciertas situaciones bajo las cuales el otorgamiento de información respecto a las causas que motivaron la detención sale sobrando (como la detención de alguien justo durante la comisión de un ilícito). Al respecto, ver Capítulo Segundo, pp. 38-40.

se traduce en responsabilidad penal para la autoridad.²¹³ De esta manera, el artículo 16 puede estar sujeto a críticas respecto de su aplicación en la realidad; no así en lo relativo a su diseño normativo y a la concordancia que guarda con las normas internacionales.

Como hasta el momento se ha demostrado, la orden de aprehensión responde – por decirlo de alguna manera– a circunstancias normales. Existe tiempo para que el Ministerio Público realice una investigación y proceda a solicitar la orden a un juez. Sin embargo, no siempre es posible que este procedimiento se lleve a cabo debido a que el delito se cometió de manera flagrante o bien, era imposible contactar a una autoridad judicial. En estos casos es necesario proceder a la privación de la libertad sin dicho requisito. Estas situaciones atípicas, por supuesto, no implican que se deba de privar al individuo de ciertas garantías.

Al igual que con la orden de aprehensión, es necesario que la detención se realice de manera legal y sin arbitrariedades. Para el caso de la flagrancia bastará con que la autoridad ejecutora del acto compruebe que la privación de la libertad se realizó durante o inmediatamente después de la comisión del ilícito. En el supuesto de la urgencia, será suficiente si se justifica que la privación de la libertad se debió a que el delito que se cometió fue grave, que el indiciado podría haberse sustraído de la acción de la justicia y era materialmente imposible contactar a una autoridad competente que dictaminara la orden de aprehensión. Ambas formas de detención son compatibles con los tratados internacionales ya que estos no imponen mayores requisitos que justificar la privación de la libertad.

Al menos en lo que a flagrancia se refiere, la compatibilidad entre la legislación mexicana y la internacional se da debido al amplio margen de maniobra que los tratados

²¹³ Al respecto pueden haber críticas dado que la disposición puede disminuir los incentivos de una autoridad para llevar a cabo detenciones.

dejan a los Estados para imponer las causas que pueden originar la detención de un individuo. Siempre y cuando exista seguridad jurídica, no habrá violación a los instrumentos internacionales. Sin embargo, cabe destacar que esta compatibilidad se da después de la Reforma constitucional de 2008. Antes de ella, la redacción anterior del texto constitucional permitía la existencia no sólo de la flagrancia en su forma simple sino de la cuasiflagrancia y la flagrancia equiparada. La redacción del texto actual permite la existencia de las primeras dos, no así de la última. La flagrancia equiparada atentaba con la esencia misma de la flagrancia. Es decir, permitía que la persona fuera detenida si era señalada –por un testigo o la víctima– como responsable de un delito como y existieran indicios de que el individuo había participado en la comisión del ilícito.²¹⁴ Esta figura, abría la puerta a que se establecieran privaciones de la libertad arbitrarias.

Asimismo, la redacción anterior de la disposición era contraria a la tendencia internacional. En España, por ejemplo, el Tribunal Supremo en una decisión de 1990 indicó que hay tres requisitos que se deben de cumplir simultáneamente para considerar un delito como flagrante: la inmediatez temporal que medie entre la comisión del delito y la detención del individuo; la inmediatez personal mediante la cual se verifique que la persona se encuentre en una situación en la que se relacione directamente con el objeto o instrumentos del crimen y, por último, que sea necesaria la detención del individuo a fin de evitar la propagación de las consecuencias negativas derivadas de la comisión del delito.²¹⁵ Así, al menos en este punto, la reforma constitucional resulta acertada. La razón

²¹⁴ Véase, Capítulo Tercero, pp. 80-81.

²¹⁵ Thaman, Stephen, *Comparative Criminal Procedure. A casebook approach*, North Carolina, Carolina Academic Press, 2002, pp. 44-47. En adición, países como Francia (*Code de Procedure Pénal*, art. 53) e Italia (*Codice di Procedura Penale*, arts. 380-381) poseen disposiciones similares.

radica en que no deja espacio a la arbitrariedad ya que se respeta la esencia de la figura: detener al individuo en el momento justo cuando se efectúa el delito.

Antes de cerrar la parte relativa a la detención en flagrancia y urgencia resulta conveniente analizar qué viene después de que un individuo es detenido bajo cualquiera de estas hipótesis. El constituyente fue hábil al decretar tres garantías: consignar al detenido ante un juez que éste ratifique la detención o decrete la libertad del individuo, fijar un plazo máximo para poder retener a un sujeto y –para el caso específico de la flagrancia– tener un registro de la detención.

La primera de estas garantías es, prácticamente, una copia del procedimiento contenido en el artículo 9.4 del Pacto y 7.6 de la Convención Americana, con lo cual hay plena compatibilidad entre la Constitución y estos tratados. El único aspecto que no se contempla en esta disposición especial, a diferencia de la orden de aprehensión, es un régimen de responsabilidad. Sin embargo, se debe recordar que éste es un “plus” que posee la legislación mexicana, no así una obligación que impongan los tratados internacionales en cuestión.

La segunda garantía, por su parte, no sólo concuerda con los tratados internacionales sino que elimina las ambigüedades a las que dan pie tanto la redacción del Pacto como la de la Convención Americana. El Consejo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana, como se señaló en el primer capítulo de este trabajo, hacen un análisis detallado de las circunstancias que rodean al caso para indicar si la retención se alargó más de lo que los tratados de derechos humanos en cuestión permiten. La Constitución mexicana, por su parte, fija un plazo límite en el que el Ministerio Público debe recabar la información necesaria decretar la libertad del individuo o en su caso consignarlo ante una

autoridad judicial. Con ello, queda asentado que la retención de una persona por más de dos días (o cuatro, en los casos de delincuencia organizada) será no sólo ilegal sino arbitraria.

La tercera y última incide directamente en la intención de evitar la desaparición forzada de personas. El hecho de que exista un registro permite que la autoridad judicial conozca quiénes se encuentran privados de su libertad. Asimismo, en caso de que determinada persona no se encuentre en el registro, esto indicará una presunción de que la autoridad llevo acabo una detención ilegal y arbitraria.

A pesar de que los tratados internacionales no se refieren a dicha garantía, cabe mencionar que ésta contribuye enormemente al goce de derechos por parte de los individuos.

II. RETENCIÓN

Después de la detención, en México el Ministerio Público tiene la posibilidad de retener a un individuo por un periodo no mayor a 48 horas (o 96 en casos que involucren a la delincuencia organizada). En dicho periodo se gesta un eventual proceso y la autoridad puede iniciar una acción penal en contra del retenido. Por el contrario, en caso de que la averiguación previa no arroje datos, entonces el individuo quedará en libertad. Este tiempo es consistente con lo dispuesto en los tratados internacionales objeto del presente estudio. Sin embargo, cuando se extiende por un periodo mayor puede acarrear la contravención a las normas internacionales. Tal es el caso del arraigo.

Como se señaló en el segundo capítulo del presente estudio, los tribunales internacionales no imponen plazos límite para retener a un individuo. Por el contrario, basta con que exista una justificación de que la medida se haya extendido por determinado

periodo. Y en realidad es aquí donde radica el problema del arraigo, en poder justificarlo. El artículo 16, párrafo octavo, señala que el arraigo procede cuando se trata de delitos de delincuencia organizada y sea necesario para garantizar el éxito de una investigación, la protección de personas o bienes jurídicos y cuando exista un riesgo fundado de que el individuo se sustraiga de la acción de la justicia. De la lectura de la Constitución queda claro que la medida se aplica para casos que involucren a la delincuencia organizada. Sin embargo, eso es todo. Los fundamentos necesarios para declarar la aplicación de esta medida son en extremo laxos e incluso crean una laguna total en cuestión de seguridad jurídica del gobernado. No hay pruebas ni responsabilidad penal del individuo. Es decir, basta con que una autoridad considere necesario proceder a arraigar a una persona para que la retención se pueda materializar.

Sin embargo sería injusto dar al legislador mexicano todo el crédito por la creación del arraigo. En varios países se han desarrollado figuras jurídicas similares que pretenden hacer frente al terrorismo. Llamadas por doctrinarios como “security detention” o “preventative detention”, estas formas de retención pretenden privar de la libertad a personas de manera preventiva cuando existan amenazas a la seguridad de determinada comunidad. Justamente, privarlos de su libertad antes de que se configure el delito. A continuación se presentan algunos ejemplos.

Michael P. Scharf y Gwen Gillespie en un artículo relativo al tema recuerdan la similitud que existe entre esta figura jurídica y la novela ficticia de Dick titulada *Minority Report*. La historia situada en un escenario futurista (Washington D. C., año 2054) versa en torno a la detención y posterior encarcelamiento de por vida de personas con base únicamente en las predicciones de tres psíquicos. Sin embargo, se descubre que en realidad sus predicciones no son siempre acertadas y esto conduce a la sobrepoblación en las

cárceles y a la punición de personas inocentes. Los autores del artículo señalan que las formas de detención previa, sin pruebas sólidas conducen a que la realidad sea muy parecida a la ficción que se refleja en la novela antes descrita.²¹⁶ Legislaciones del Reino Unido, Australia y los Estados Unidos retoman esta forma de detención. A continuación se analizarán brevemente dichas normas jurídicas.

En primer lugar, en el Reino Unido se expidió la *Prevention of Terrorism Act* de 2005. En ella se establecieron mecanismos denominados “control orders” mediante los cuales se pretende evitar la comisión de actos de terrorismo. El Secretario de Estado se encuentra facultado para dictar estas órdenes cuando quepa la posibilidad de que un individuo se encuentre –o hubiera estado– relacionado con actividades terroristas y considere que es necesario imponer ciertas órdenes de control a fin de proteger a la comunidad de actos terroristas.²¹⁷

Estas órdenes pueden ser de dos tipos: *derogating* o *non-derogating*. Las primeras restringen la libertad de forma plena y, por lo tanto, es necesario que el Parlamento suspenda –mediante el artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos– la aplicación del artículo 5 (el cual, como se señaló en el segundo capítulo de este trabajo, establece las garantías relacionadas con la protección a la libertad física de los individuos). Una vez decretada dicha suspensión de garantías, procede el dictamen de un juez respecto de la emisión o no de una orden de control. Las segundas, por su parte, corresponden a medidas que limitan la libertad física de las personas. Más adelante se explican los alcances de ambas instituciones.

²¹⁶ Scharf, Michael P. y Gillespie, Gwen, “Security detention”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, núm. 315, 2009, p. 315.

²¹⁷ Art. 1.4.

Si bien una diferencia sustancial radica en la derogación o no de las garantías contenidas en la Convención Europea de Derechos Humanos, resalta también que para la obtención del primer tipo de órdenes la prueba que la autoridad debe acreditar ante un juez se basa en una *balanza de probabilidades*; es decir, en señalar si el individuo participó en la comisión de un acto terrorista.²¹⁸ Por su parte, para las órdenes no derogables, basta con probar ante un juez que hay una *sospecha* sobre un individuo como partícipe de un acto terrorista.²¹⁹ La lógica que subyace es que el estándar se torna más elevado para el tipo de órdenes que requieren la derogación del tratado internacional puesto que, de lo contrario, el Estado podría incurrir en responsabilidad internacional.

Por su parte, otro aspecto más que adquiere relevancia es que la *Prevention of Terrorism Act* ejemplifica algunas de las órdenes no derogables. Lo cierto es que la lista no es taxativa y el Secretario de Estado contaba con plena libertad para decidir cuáles eran las medidas que podían utilizarse. Así, por ejemplo, los controles pueden ir desde dispositivos electrónicos para saber la ubicación exacta del sospechoso hasta limitar la entrada a la residencia de ciertas personas, eximir del uso de Internet, prohibir reuniones privadas y un toque de queda para que el individuo regresara a su casa. Estas medidas originaron distintos litigios en el Reino Unido donde el criterio que prevaleció fue determinar si el grado de restricción física era aquel al cual se refería el artículo 5 de la Convención Europea: siempre y cuando la persona pudiera practicar su vida de forma relativamente normal,

²¹⁸ Art. 2.1.

²¹⁹ Art. 4.7.

entonces, la orden de control no se consideraba violatoria de la libertad física del individuo.²²⁰

Sin embargo, los litigios no sólo se llevaron a cabo dentro del Reino Unido sino que llegaron hasta la Corte Europea de Derechos Humanos. Quince personas detenidas por el SIAC (Special Immigration Appeals Commission) acudieron al Tribunal argumentando que la orden de control que los privaba de su libertad era incompatible con la Convención Europea. El Estado, por su parte indicó que no había cabida a solicitar la responsabilidad internacional ya que el artículo 5º había sido derogado (de acuerdo con el procedimiento señalado en el artículo 15º de la Convención). A pesar de que la Corte no atendió esta violación de manera directa, sí señaló que la derogación había sido incorrecta. Ello, porque de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal una situación de emergencia afecta a toda la población, constituye una amenaza real e inminente a la comunidad y que las medidas normales para garantizar la seguridad pública, orden público y salud son insuficientes para hacer frente al daño. La misma Corte señaló que los ataques terroristas en Londres de ningún modo podían equipararse a la situación que vivió Irlanda con el IRA por lo que la derogación del artículo 5 no era permisible.²²¹

De manera similar, en Australia, se desarrollaron estos mecanismos mediante su *Anti-Terrorism Act*. Al igual que en el Reino Unido, las ordenes de control se expiden por una autoridad judicial y, además, pueden extenderse por largos periodos de tiempo. Sin embargo, la legislación australiana prevé además la detención preventiva dentro de su Código Penal. A partir de 2005 se criminalizaron los actos preparatorios de terrorismo (v.

²²⁰ Casa de los Lores, *Secretary of State for the Home Department v. MB (FC) and AF (FC)*, 46,2007 ; Casa de los Lores, *Secretary of State for the Home Department v. J.J. and Others*, 45, 2007.

²²¹ CEDH, *A. y otros c. Reino Unido* (solicitud núm. 3455/05), 2009, §71.

g., coleccionar documentos que faciliten la comision de este delito). El tiempo máximo para las retenciones efectuadas bajo este esquema es de dos semanas. Sin embargo, a diferencia del Reino Unido, aplica la detención preventiva para un antes y después de la comisión de actos terroristas. Antes, se requiere que el gobierno tenga bases razonables para pensar que los actos se van a cometer. Después, el estándar se eleva y es necesario que se pruebe que es la retención es la única forma de mantener intacta la evidencia.²²²

Al respecto Estados Unidos ha desarrollado una serie de normas que al igual que la legislación australiana imponen un bajo nivel de estándar de prueba. Éstas son el “*Material Witness Statute*” y una orden ejecutiva titulada “*Detention, treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*” de 2001. Bajo el primero, las autoridades gubernamentales se encuentran en la posibilidad de detener a un testigo siempre y cuando se acredite que el testimonio es material necesario y pudiera ser imposible garantizar la presencia del testigo en el curso de las investigaciones.²²³ La problemática de esta figura es que el estatuto otorga menos garantías a los detenidos como testigos ya que hasta ese momento no son partes de un proceso penal. Más aún, no se cuenta con un límite de tiempo para la detención.²²⁴

El segundo esquema es el de los denominados *enemy combatants*. Con base en la segunda norma, la administración de Bush permitía las detenciones de personas que según el presidente pertenecieran a Al-Qaeda, participaran o hubieran ayudado o conspirado para cometer actos que hubieran causado, o amenazado con causar o tuvieran la intención de causar daños o efectos adversos a los Estados Unidos, sus ciudadanos, seguridad, política

²²² NESBITT, Katherine, “Preventative detention of terrorist in Australia and the United States: a comparative constitutional analysis”, *The Boston University Public Interest Law Journal*, núm. 39, 2007, pp. 85-88.

²²³ *Ibidem*, p. 57.

²²⁴ *Ibidem*, p. 64.

exterior o economía. Esta norma, también, no prevé un tiempo máximo de retención. En uno de los casos más relevantes respecto de la lucha contra el terrorismo la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito indicó que el tiempo no era indefinido puesto que la retención de este ciudadano afgano llegaría a su fin cuando el conflicto bélico entre los Estados Unidos y Afganistán finalizara. Asimismo, indicó que la retención indefinida con fines de interrogación violaba la Constitución y que el detenido estaba en pleno de derecho de conocer las causas de su detención. Así, el estándar de prueba para la autoridad es que exista una justificación especial para retener al individuo (*v. g.*, como *enemy combatant*) y que además garantice el buen manejo del procedimiento.²²⁵

En conclusión, estas formas de retención pueden equipararse al arraigo. En términos generales todas las figuras aplicables al régimen de terrorismo comparten un bajo nivel probatorio con base en el cual se procede a la retención de un individuo. Sin embargo, cabe destacar que todas estas legislaciones han sido objeto de importantes litigios en el marco nacional e internacional dada la vulneración que producen a los derechos humanos de los individuos.

Regresando al análisis del arraigo en particular conviene recordar que ni el Pacto, la Convención Americana o la Europea prevén la existencia de esta figura jurídica. La lógica que subyace, por ejemplo, en la inclusión de la prisión preventiva en los textos jurídicos internacionales es que en ésta hay elementos que podrían indicar la probable responsabilidad penal de un individuo. Sin embargo, el arraigo es omiso al respecto. Esta figura, si se analizan las disposiciones de derechos humanos en su conjunto, puede catalogarse como el colofón de la arbitrariedad. La retención será legal, en tanto se

²²⁵ *Ídem.*

sustentará en el artículo 16, párrafo octavo, de la Constitución. Sin embargo, será arbitraria puesto que mientras dura la medida no existe una justificación para la misma.

En conclusión, el arraigo es una forma de retención la cual puede extenderse indiscriminadamente en el tiempo y la cual no comulga con el texto de los tratados internacionales de los que México forma parte. Más aún, es una forma de detención ordinaria y esto es lo verdaderamente preocupante. A diferencia de las legislaciones que se analizaron con relación al terrorismo, en México no se prevé que la institución del arraigo se aplique de forma extraordinaria lo cual justificaría la reducción de estándares y el aumento en el tiempo de la retención.

III. PRISIÓN PREVENTIVA

Tras el periodo de retención el juez podrá formular un auto de vinculación al proceso el cual dará pie a que, de considerarlo necesario, la autoridad judicial determine la prisión preventiva de un individuo. Esta es la gran diferencia con el arraigo: ya se dio inicio a un proceso; la medida cautelar de privación de la libertad ya se justifica. Pese a esto, la prisión preventiva suele acarrear un significado negativo y la dura crítica de los defensores de derechos humanos. Si bien, como se demostró en el capítulo tercero de esta investigación, la institución en comento atenta en contra de la presunción de inocencia del gobernado, cabe destacar que los tratados internacionales permiten la inclusión de la figura en las normas nacionales.

Al respecto, cabe señalar que tanto el Pacto como la Convención Americana presuponen que ésta es una medida de *ultima ratio*; es decir, salvo que no exista otra forma

de garantizar la comparecencia de un individuo en un proceso penal que se efectúe en su contra (incluyendo diligencias judiciales y ejecución del fallo), entonces la prisión preventiva debe aplicarse. Al respecto, la jurisprudencia internacional e interamericana establecen un estándar: no se vulneran las disposiciones de los tratados internacionales en tanto la autoridad tenga la posibilidad de justificar la retención de un individuo.

Para la justificación de la prisión, el tiempo es poco relevante. Claro, que la ventaja de los tratados de derechos humanos radica en que promueven que los juicios se lleven a cabo sin dilación alguna. La Constitución, por el contrario, fija plazos máximos para que una persona se encuentre recluida bajo el supuesto de prisión preventiva. Las consecuencias de esto son, de nueva cuenta, respecto de la presunción de inocencia. Sin embargo, esta disposición no contraviene frontalmente a los tratados internacionales; lo sería en caso de que el mandato constitucional no fijara la necesidad de justificar la prisión, cuestión que a continuación se analizará.

La Constitución retoma el contenido tanto del Pacto como de la Convención Americana y lo refleja, principalmente, en el párrafo segundo del artículo 19 constitucional. En dicha disposición, se indican los objetivos de la prisión preventiva y los delitos que dan pie al decreto de esta especie de privación de la libertad. Pese a esto, el mandato constitucional va más allá de lo dispuesto en los tratados internacionales. Por el lado de los delitos, tasa ciertos ilícitos considerados como graves y permite que se detenga preventivamente con base en la imputación de alguno de ellos. Bastará que se acuse a determinado individuo de haber cometido un homicidio doloso, por ejemplo, para que de oficio la autoridad judicial indique la necesidad de dictar –previa emisión de un auto de vinculación al proceso– la prisión preventiva.

Por el lado de la justificación, el artículo en comentario indica la procedencia de la prisión preventiva con objeto de proteger a la víctima, a los testigos y a la comunidad y ante la ejecución de delitos graves. Suponiendo la superioridad de la norma constitucional, se podría argumentar que en ésta se pueden indicar todos los objetivos que el legislador considere necesarios. Sin embargo, se debe recordar que ningún Estado puede invocar su derecho interno para eximirse del cumplimiento de una norma internacional. En tal sentido, la disposición del Pacto es categórica y sólo permite la prisión preventiva a efecto de que el proceso penal se desarrolle con la presencia del imputado. De tal suerte, estirar tanto los supuestos implica una contravención a los tratados internacionales por lo cual el Estado mexicano tiene dos opciones: interponer una reserva del tratado o modificar la Constitución. La situación se modificaría si el Pacto tuviera la misma redacción que la Convención Europea que, como vimos, permite que la prisión se lleve a cabo cuando existe el riesgo de fuga, que se modifique la evidencia o que se pueda afectar el orden público.²²⁶

Además de la consideración anterior, otro cuestionamiento a analizar es si el Ministerio Público se encuentra obligado a justificar la medida después de que se decreta. Para ello, existen los jueces de control quienes además de dictar la viabilidad de someter a un individuo a prisión preventiva, indicarán si ésta, durante el tiempo que dure, cumple con los objetivos que la institución tiene (v. g., protección de la víctima). La problemática, y de nuevo la incompatibilidad de la Constitución, se presenta respecto de los delitos tasados puesto que en estos el juez de control debe dictar la prisión preventiva de oficio sin que el Ministerio Público deba de justificar la medida.

²²⁶ Capítulo Segundo, pp. 56-57.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente estudio se analizaron tres medidas cautelares de privación de la libertad contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: la detención, la retención y la prisión preventiva. El objeto del análisis era establecer los alcances de las medidas y su compatibilidad con las normas internacionales e interamericanas de protección a los derechos humanos.

La Reforma Penal de 2008 encontró como uno de sus principales sustentos el combate a la delincuencia organizada. Sin embargo, es claro que el Estado no puede efectuar esta lucha de manera arbitraria y sin la debida protección de los derechos humanos de los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción. Cabe destacar que este trabajo buscó determinar si el diseño constitucional atiende a las garantías que existen a nivel internacional. Así, a continuación, se establecen las siguientes conclusiones.

1. En mi opinión, las normas contenidas en los artículos 9 del Pacto y 7 de la Convención Americana son viables para mantener un balance correcto entre la obligación del Estado por salvaguardar distintos intereses jurídicos (*v. g.*, seguridad) y el respeto a los derechos humanos. Sin embargo, más allá de esta viabilidad, cabe recordar que los tratados internacionales establecen obligaciones para los estados. No son buenos deseos; no son acuerdos políticos. Son deberes jurídicos los cuales deben cumplirse aún cuando no exista una forma, en el sentido positivista, de exigirlos.

En adición a lo anterior, la Constitución establece con claridad en su artículo 133 que los tratados internacionales forman parte de la ley suprema de la nación, lo cual se traduce en que constituyen una fuente de derecho para el sistema jurídico mexicano. En tal

sentido, hay una obligación de que no sólo se reconozca el contenido de los tratados, sino que se aplique a nivel doméstico.

2. Tanto el Pacto como la Convención Americana contienen garantías *mínimas* que deben prevalecer ante cualquier privación de la libertad. Ambos tratados dejan un amplio margen de maniobra para que los Estados legislen. En general, buscan que haya seguridad jurídica: que se establezcan causas y mecanismos claros para proceder a la detención, retención y prisión preventiva de un individuo. A partir de lo anterior, el Estado tiene como una de sus principales obligaciones justificar debidamente el acto privativo de la libertad.

3. La orden de aprehensión en el sistema jurídico mexicano es compatible con los instrumentos internacionales de los cuales México es parte. La Reforma de 2008 al artículo 16 promueve que el Ministerio Público cumpla con un estándar probatorio adecuado. Al señalar que la autoridad administrativa debe únicamente probar el hecho y la probable responsabilidad del indiciado, la figura cumple con dos funciones. Por una parte, elimina las calificaciones anticipadas sobre la culpabilidad de un individuo (refiriéndonos a la presunción de inocencia). Por la otra, permite que el estándar de prueba no se eleve a tal grado que sea imposible para el Ministerio Público acreditar todos los elementos del tipo penal. En este último caso, tal y como se trató en el capítulo tercero, si ésta fuera la base probatoria, nos encontraríamos ante una especie de juicio previo que eliminaría la razón de ser del proceso penal, formalmente dicho.

Por otro lado, la orden de aprehensión resume las causas que motivan la detención por lo cual esta figura contribuye a garantizar el derecho a la defensa en los términos establecidos por los artículos 9.2 del Pacto y 7.2 de la Convención Americana.

Finalmente, un aplauso más para la normativa constitucional es la obligación que impone a la autoridad que ejecuta la orden de aprehensión de presentar al individuo ante el

juez que la emitió. La incorporación de esta disposición es compatible con la garantía de habeas corpus entendida en el sentido internacional; no sólo se desincentivan las prácticas arbitrarias sino que, además, se garantiza la integridad física del individuo.

4. Respecto a la flagrancia, antes de la Reforma, el quinto párrafo del artículo 16 de la Constitución violentaba la garantía de salvaguardar a la persona de detenciones arbitrarias. Si bien el texto constitucional permitía la incorporación de la figura, ésta no se encontraba acorde con el texto de los tratados internacionales: al dar pauta para la existencia de la denominada flagrancia equiparada se violentaba la obligación del Estado mexicano de impedir las privaciones de la libertad arbitrarias (ello, puesto que no especificaba que la flagrancia se debe entender como la comisión de un acto seguido de la inmediata detención del presunto indiciado). Con la Reforma, se da prevalencia al sentido de inmediatez que debe privar entre la comisión de un acto y la detención del probable responsable. Más aún, otro gran acierto de la modificación a la Constitución recae en la obligación que se le impone a la autoridad para llevar un registro de las detenciones que realiza. Con ello, se evita la desaparición forzada de individuos.

La urgencia, por su parte, merece ser retomada sólo a efecto de señalar que es compatible con los tratados internacionales objeto de este estudio. Lo anterior, puesto que responde a las situaciones excepcionales que tanto el Comité de Derechos Humanos como la Corte Interamericana han reconocido.

5. La retención por cuarenta y ocho horas (o el doble en casos de delincuencia organizada) no violenta los tratados internacionales. Los tribunales internacionales si bien han dicho que la no arbitrariedad de la retención dependerá de las circunstancias del caso concreto, además reconocen la posibilidad de que se lleven acabo retenciones cuando el Estado justifique el tiempo y éste, por lo general, no exceda de un par de días. Los criterios

internacionales reconocen la ampliación este término para los casos que involucren terrorismo.

Por el contrario, el arraigo, es una forma de retención disfrazada la cual puede extenderse por meses. Esta figura no sólo está plagada de arbitrariedad, puesto que los únicos requisitos a comprobar son la existencia de un delito de delincuencia organizada y que sea necesaria la retención del individuo para el éxito de la investigación. Si bien las circunstancias de seguridad pública podrían incidir en el decreto de un estado de excepción y que –por lo tanto– esta medida cautelar se aplicara sin violentar los derechos humanos de la población, en circunstancias normales es un instrumento que otorga al Ministerio Público la oportunidad de actuar sin ningún tipo de restricción. Esto se traduce en una vulneración a la seguridad jurídica que todo gobernado debe tener.

6. El concepto de prisión preventiva en mi opinión, no atenta del todo en contra de la presunción de inocencia. La reforma estableció un régimen en el cual se pueden identificar dos formas de prisión. La primera, que tasa una serie de delitos los cuales, de llevarse acabo, obligan a la autoridad jurisdiccional a decretar de oficio la prisión preventiva. La segunda, hace más bien un análisis sobre la viabilidad de la medida.

Al respecto, la primera medida resulta contraria a los tratados internacionales puesto que se decreta sin que medie una argumentación sobre la razonabilidad de su aplicación. En la segunda debido a que es el resultado de un examen por parte de una autoridad judicial en donde se evalúa si es la única alternativa que permite garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de las investigaciones, la protección de la víctima y su familia, etc., se considera compatible con las obligaciones internacionales de México. La justificación que haga la autoridad sobre la aplicación de la medida permitirá al individuo conocer las causas de su privación de la libertad.

Así, en este punto se puede aseverar que mientras la detención se adecúa a los estándares que establecen tanto el Pacto como la Convención Americana, la prisión preventiva –en una de sus modalidades– y la retención en su forma de arraigo, atentan contra ellos. Esto puede colocar a México en un escenario de responsabilidad internacional al no adecuar su legislar de forma tal que la normativa interna sea compatible con la internacional. Con base en la afirmación anterior, se confirma parcialmente la hipótesis presentada al inicio de esta investigación.

Pese a las críticas que aquí se han vertido, no hay que ser tan estrictos. El proceso de reforma penal que sufrió la Constitución tiene avances importantes. En muchos casos hay una coordinación entre el sistema internacional de protección a los derechos humanos y el orden jurídico nacional. En realidad, a modo de propuesta, el arraigo y la prisión preventiva –en su modalidad de delitos tasados– deberían de desaparecer para que la legislación mexicana logre adecuarse a los estándares internacionales. Esto, no sólo por el valor democrático que conllevan, sino como parte del cumplimiento a las obligaciones internacionales que el Estado debe de promover.

BIBLIOGRAFÍA

- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Garantías individuales*, México, Oxford, 2009.
- BOSSUYT, Marc, *Guide to the “travaux preparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 2001.
- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *La prisión preventiva en México*, México, Porrúa, 2004.
- CARLSON, Stephen y GISVOLD, Gregory, *Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights*, Nueva York, Transnational Publishers, 2003.
- CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, t. I, Buenos Aires, Desalma, 1944.
- CORCHERA CABEZUT, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, México, Oxford, 2006.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Mexicano*, t. I., México, Porrúa, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2004.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2008.
- GREGORIO Y NIETO, César Augusto, *La Averiguación Previa*, México, Porrúa, 1994.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *El Proceso Penal mexicano*, México, Porrúa, 2003.
- JOSEPH, Sara et. al., *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- LARA ESPINOZA, Saúl, *Las garantías constitucionales en materia penal*, México, Porrúa, 2005.
- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. Santiago Sentís Melendro y Mariano Ayerra Redín, Buenos Aires, El Foro, 1996.

- MERILLS, J. G. y ROBERTSON, B. C. L., *Human rights in Europe*, Manchester: Manchester University Press, 2001.
- NOWAK, Manfred, *U. N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl, Estrasburgo, Arlington, N.P. Engel, 1993.
- O'DONNELL, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.
- OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, *Derecho Constitucional Penal. Teoría y Práctica*, vol. I, 2ª ed., México, Porrúa, 2007.
- ORTIZ AHLF, Loretta *et. al.*, *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004.
- OSORIO Y NIETO, César Augusto, *La averiguación previa*, México, Porrúa, 1994.
- OVALLE FAVELA, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed., México, Oxford University Press, 2002.
- THAMAN, Stephen, *Comparative Criminal Procedure. A casebook approach*, North Carolina, Carolina Academic Press, 2002.
- TRECHSEL, Stefan, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- WALSS AUREOLES, Rodolfo, *Los tratados internacionales y su regulación jurídica en el derecho internacional y el derecho mexicano*, México, Porrúa, 2001.
- XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones, vol. IV, Antecedentes y evolución de los artículos 16 a 27 Constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1967.
- ZAFFRONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, México, Cárdenas Editor y distribuidor, 1988.
- ZAMORA PIERCE, Jesús, *Garantías y proceso penal*, México, Porrúa, 2006.

ARTÍCULOS

- MADRAZO, Jorge, “Las reformas constitucionales en materia penal”, *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 1, julio-diciembre de 1999.

LAVEAGA, Gerardo, “¿Quién le teme a la reforma penal?”, *Inter Criminis*, México, número 3, cuarta época, mayo-junio de 2008.

RÍOS, Carlos y SARRE, Miguel, "La regulación de la flagrancia equiparada a la luz del régimen constitucional de garantías", *Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, núm. 72, julio 1996.

SOHN, Louis B., “The New International Law: Protection of the rights of individuals rather than States”, *American University Law Review*, núm. 1, 1982.

SCHARF, Michael P. y GILLESPIE, Gwen, “Security detention”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, núm. 315, 2009.

NESBITT, Katherine, “Preventative detention of terrorist in Australia and the United States: a comparative constitutional analysis”, *The Boston University Public Interest Law Journal*, núm. 39, 2007.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

1. Corte Internacional de Justicia

Case concerning certain questions of mutual assistance in criminal matters (Djibouti c. Francia), Sentencia, I.C.J. Reports 2008.

Elektronika Sicula S.p.A. (*ELSI*) (Estados Unidos c. Italia), Sentencia, I.C.J. Reports 1989.

2. Comité de Derechos Humanos

A c. Australia (comunicación núm. 560/1993), 1997.

A. y otros c. Reino Unido (solicitud núm. 3455/05), 2009.

Aage Spakmo c. Noruega (comunicación núm. 631/1995), 1999.

Adolfo Drescher Caldas c. Uruguay (comunicación núm. 43/1979), 1990.

Antti Vuolanne c. Finlandia (comunicación núm. 265/1987), 1989.

A. W. Mukong c. Camerún (comunicación núm. 458/1991), 1994.

Clifford McLawrence c. Jamaica (comunicación núm. No. 702/1996), 1996.

Dimitry L. Gridin c. Federación Rusa (comunicación núm. 770), 2000.

Griffiths c. España, (comunicación núm. 274/1988), 1993.
Hugo Van Alphen c. Países Bajos (comunicación núm. 305/1988), 1990.
Leehong c. Jamaica (comunicación núm. 613/1995), 1999.
Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay (comunicación núm. 56/1979), 1984.
McTaggart c. Jamaica (comunicación núm. 749/1997), 1998.
Park c. República de Sur-Corea (comunicación núm. 628/1995), 1998.
Peter Grant c. Jamaica (comunicación núm. 597/1994), 1996.
Sandy Sextus c. Trinidad and Tobago (comunicación núm. 818/1998), 2001.
Stephens c. Jamaica (comunicación núm. 373/1989), 1995.
Teesdale c. Trinidad y Tobago (comunicación núm. 677/1996), 2002.
Toonen c. Australia (comunicación núm. No. 488/1992), 1992.
Torres c. Finlandia (comunicación núm. 291/1988), 1990.
Vladimir Kulomin c. Hungría (comunicación núm. 521/1992), 1996.
William Eduardo Delgado Páez c. Colombia (comunicación núm. 195/1985), 1990.

3. *Corte Europea de Derechos Humanos*

Amuur c. Francia (solicitud núm.19776/92), 1996.
Assenov & otros c. Bulgaria (solicitud núm. 90/1997), 1998.
Brannigan & McBride c. Reino Unido (solicitud núm. 14553/89;14554/89), 1993.
Chahal c. Reino Unido (solicitud núm. 22414/93), 1996.
Contrada c. Italia (solicitud núm. 92/97/876/1088), 1998.
De Jong, Baljet & Van den Brink c. Países Bajos (solicitud núm. 8805/79; 8806/79; 9242/81), 1984.
Egmez c. Chipre (solicitud núm. 30873/96), 2000.
Engel y otros c. Países Bajos (solicitudes núm. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72), 1976.
Fox, Campbell & Harley c. Reino Unido (solicitudes núm. 12244/86; 12245/86; 12383/86), 1990.
Guzzardi c. Italia (solicitud núm. 7367/76), 1980.
HB. c. Suiza (solicitud núm. 26899/95), 2001.
Huber c. Suiza (solicitud núm. 12794/87), 1990.
Hugo van Alphen c. Países Bajos (comunicación núm. 305/1988), 1990.

Irlanda c. Reino Unido (solicitud núm. 5310/71), 1978.
Kemmache c. Francia (solicitudes núm. 12325/86; 14992/89), 1993.
Lamy c. Bélgica (solicitud núm. 10444/83), 1989.
Ocalan c. Turquía (solicitud núm. 46221/9968), 2005.
Osman c. Reino Unido (solicitud núm. 23452/94), 1998.
Pantea c. Rumania (solicitud núm. 33343/96), 2003.
Sánchez- Reisse v. Suiza (solicitud núm. 9862/82), 1986.
Van Der Leer c. Países Bajos (solicitud núm. 11509/85), 1988.
W. c. Suiza (solicitud núm. 14379/88), 1993.
W.B.E c. Países Bajos (comunicación núm. 432/1990), 1990.
Weeks c. Reino Unido (solicitud núm. 9787/82), 1987.
Winterwerp c. Países Bajos (solicitud núm. 6301/73), 1981.
Wloch c. Polonia (solicitud núm. 27785/95), 2000.

4. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Bámaca Velásquez c. Guatemala (fondo, reparaciones y costas), Serie C núm. 70, 2000.
Caso Castillo Páez c. Perú (fondo), Serie C núm. 34., 1997.
Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93, Serie A núm. 13, 1993.
Durand y Ugarte c. Perú (fondo, reparaciones y costas), Serie C núm. 68, 2000.
Gangaram Panday c. Surinam (fondo, reparaciones y costas), Serie C núm. 16, 1994.
Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú (fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 110, 2004.
Suárez Rosero c. Ecuador (fondo), Serie C núm. 35, 1997.
Yvon Neptune c. Haití (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C. núm. 180, 2008.

4.1 *Opiniones consultivas*

El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87, Serie A núm. 8, 1987.

Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87, Serie A núm. 9, 1987.

Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94, Serie A núm. 14, 1994.

5. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Anthony Briggs c. Trinidad y Tobago, Caso 11.815, Reporte núm. 58/99, 1999.

Luis Lizardo Cabrera c. República Dominicana, Caso 10.832, Reporte núm. 35/96, 1997.

Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, Fausto García Funes, Andrés Hernández Carpio, José Catalino Meléndez and Carlos Antonio Martínez c. El Salvador, Caso 10.480, Reporte núm. 1/99, 1998.

Manuel Manríquez c. México, Caso 11.509, Reporte núm. 2/99, 1999.

6. Casa de los Lores, Reino Unido

Secretary of State for the Home Department v. MB (FC) and AF (FC), 46, 2007.

Secretary of State for the Home Department v. J.J. and Others, 45, 2007.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1. Sentencias

Acción de inconstitucionalidad 20/2003 promovida por los Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua, en Contra del Congreso y el Gobernador del propio Estado, 10 de mayo de 2007, D.O.F.

Amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo de 1999.

Amparo en Revisión 120/2002, promovido por Mc. Cain México, Sociedad Anónima de Capital Variable, 13 de febrero de 2007.

2. Jurisprudencia y tesis

COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. EN EL MANDAMIENTO ESCRITO QUE CONTIENE EL ACTO DE MOLESTIA, DEBE SEÑALARSE CON PRECISIÓN EL PRECEPTO LEGAL QUE LES OTORQUE LA ATRIBUCIÓN EJERCIDA Y, EN SU CASO, LA RESPECTIVA FRACCIÓN, INCISO Y SUBINCISO (Tesis: 2a./J. 57/2001), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 14, Novena Época, Jurisprudencia, Noviembre de 2001, p. 31 (registro núm. 188,432).

COMPETENCIA. SU FUNDAMENTACIÓN ES REQUISITO ESENCIAL DEL ACTO DE AUTORIDAD (Tesis: P./J. 10/94), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 77, Octava Época, Jurisprudencia, Mayo de 1994, p. 12 (registro núm. 205,463).

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. SÓLO ES APLICABLE A LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y AL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE ACUERDO CON LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUBLICADAS EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE (Tesis: III.2o.P.67 P), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 12, Novena Época, Tesis aislada, Septiembre de 2000, p. 735 (registro núm. 191,262).

FIRMA AUTÓGRAFA, RESOLUCIÓN CARENTE DE. ES INCONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 133-138, Séptima Época, Jurisprudencia, p. 281 (registro núm. 251,598).

FLAGRANCIA, EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL NO ESTABLECE QUE EL DETENIDO SEA PUESTO A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE MANERA INSTANTÁNEA O INMEDIATA (Tesis: VII.P.96 P), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 9, Novena Época, Tesis Aislada, Febrero de 1999, p. 507 (registro núm. 194,631).

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN (Tesis: V.2o. J/32), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 54, Octava Época, Junio de 1992, p. 49 (registro núm. 219,034).

LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA, (Tesis: P. C/92), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, Octava Época, Tesis Aislada, Diciembre de 1992, p. 27 (registro núm. 205,597).

ORDEN DE APREHENSIÓN, *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 10, Octava Época, Tesis Aislada, Noviembre de 1992, p. 282 (registro núm. 217,963).

ORDEN DE APREHENSIÓN, AUTORIDAD COMPETENTE PARA DICTARLA, *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 43, Quinta Época, Tesis Aislada, p. 750 (registro núm. 312,607).

ORDEN DE APREHENSIÓN, DEBE PROVENIR DE AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE (Tesis: 1a./J. 26/99), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 9, Novena Época, Jurisprudencia, Mayo de 1999, p. 267 (registro núm. 194,063).

ORDEN DE APREHENSIÓN, EN ELLA PUEDEN VIOLARSE GARANTÍAS TUTELADAS, EN ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES DISTINTOS AL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL (Tesis: 1a./J. 31/99), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 9, Novena Época, Jurisprudencia, Mayo de 1999, p. 285 (registro núm. 193,892).

ORDEN DE APREHENSIÓN, PARA LIBRARLA ES NECESARIO QUE EL HECHO DENUNCIADO REALMENTE CONSTITUYA UN DELITO, CASTIGADO POR LA LEY CON PENA CORPORAL, *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 4, Octava Época, Tesis Aislada, Julio a Diciembre de 1989, p. 348 (registro núm. 227,145).

ORDEN DE APREHENSIÓN. PARA SU DEBIDA MOTIVACIÓN DEBE SEÑALAR EL LUGAR, TIEMPO Y CIRCUNSTANCIAS DE EJECUCIÓN DEL DELITO QUE SE IMPUTA AL ACUSADO (Tesis: 1a./J. 102/2006), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 25, Novena Época, Jurisprudencia, Febrero de 2007, p. 452 (registro núm. 173,237).

ORDEN DE APREHENSIÓN, PARA SU EMISIÓN, ES REQUISITO INDISPENSABLE QUE EL DELITO POR EL CUAL SE DICTE MEREZCA PENA CORPORAL (Tesis: IV.3o. 119 P), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 15, Octava Época, Tesis Aislada, Enero de 1995, p. 268 (registro núm. 209,542).

PENA ALTERNATIVA (ORDEN DE APREHENSIÓN), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 99, Quinta Época, Tesis Aislada, p. 163 (registro núm. 301,134).

PRISIÓN PREVENTIVA. ES UNA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD Y DE AUDIENCIA PREVIA, ESTABLECIDA CONSTITUCIONALMENTE (Tesis: P. XVIII/98), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 8, Novena Época, Tesis Aislada, Marzo de 1998, p. 28 (registro núm. 196,720).

PRISIÓN PREVENTIVA. SU NO CONTRADICCIÓN CON LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DERIVA DE LOS FINES QUE PERSIGUE Y NO DE SU CARÁCTER CAUTELAR (Tesis: P. XIX/98), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 8, Novena Época, Tesis Aislada, Marzo de 1998, p. 94 (registro núm. 196,724).

RETENCIÓN POR CUARENTA Y OCHO HORAS QUE LLEVA A CABO EL MINISTERIO PÚBLICO. NO COMPRENDE EL TIEMPO DE LA DETENCIÓN POR LA AUTORIDAD INMEDIATA, EN CASO DE FLAGRANCIA (Tesis: XI.2o.23 P), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 8, Novena Época, Tesis Aislada, Junio de 1998, p. 703 (registro núm. 196,011).

SEGURIDAD JURÍDICA, GARANTÍA DE. LAS ÓRDENES VERBALES DE AUTORIDAD SON VIOLATORIAS EN SÍ MISMAS DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL (Tesis XXI.1o. J/6), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 65, Octava Época, Jurisprudencia, Mayo de 1993, p. 61 (registro núm. 216,272).

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL (Tesis: P. VIII/2007), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 25, Novena Época, Tesis Aislada, Abril de 2007, p. 6 (registro núm. 172,667).

TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN (Tesis: XI.1o.A.T.45 K), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 31, Novena Época, Tesis Aislada, Mayo de 2010, p. 2079 (registro núm. 164,509).

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (Tesis P. LXXVII/99), núm. 10, Novena Época, Jurisprudencia, Noviembre de 1999, p. 46 (registro núm. 192,867).

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL (Tesis: P. IX/2007), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 25, Novena Época, Tesis Aislada, Abril de 2007, p. 6 (registro núm. 172,650).

TRATADOS INTERNACIONALES. SU APLICACIÓN CUANDO AMPLÍAN Y REGLAMENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES (Tesis: I.4o.A.440 A), *Semanario Judicial de la Federación*, núm. 20, Novena Época, Tesis Aislada, Septiembre de 2004, p. 1896 (registro núm. 180,431).

DOCUMENTOS VARIOS

1. *Documentos internacionales*

Comisión de Derecho Internacional, *Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos Internacionalmente Ilícitos*, 2001, art. 32.

Comisión de Derecho Internacional, *Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos Internacionalmente Ilícitos con comentarios*, 2001, comentario al artículo 32, p. 94.

CDH, *Comentario General no. 08, Derecho a la libertad y a la seguridad personal* (art. 9), 1982.

CDH, *Comentario General no. 31, Naturaleza de las obligaciones legales generales impuestas a los Estados Miembros del Pacto*, 2004.

CDH, *Observaciones: República de Corea*, 2000.

2. Documentos del Poder Legislativo en México

LV Legislatura de la Cámara de Diputados, Dictamen y discusión del “proyecto de decreto que reforma los artículos 16, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 19 de agosto de 1993.

LVII Legislatura de la Cámara de Diputados, Exposición de motivos del “Decreto que reforma los artículos 16, 19, 22 Y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 10 de diciembre de 1997.

LX Legislatura de la Cámara de Diputados, Exposición de motivos de la “Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, a cargo del Diputado César Camacho Quiroz, del grupo parlamentario del PRI, 19 de diciembre de 2006.

LX Legislatura de la Cámara de Diputados, “Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 11 de diciembre de 2007.

LEYES Y TRATADOS INTERNACIONALES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Europea de Derechos del Hombre.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.