

La Reforma del Artículo 16 Constitucional. Un Análisis Interpretativo*

Ana Laura Nettel D.

El dos de junio de 1993, durante una reunión en los Pinos, y a raíz del asesinato del cardenal Posadas Ocampo, el Presidente de la República hizo un llamado a lo que denominó una Cruzada Nacional contra el Narcotráfico, para la cual estimó necesaria una reforma constitucional. A esto añadió que la lucha contra el narcotráfico no debía ser pretexto para violaciones a los derechos humanos.¹

Siguió, el dos de julio del mismo año, una propuesta de iniciativa de reformas a los artículos 16, 20 y 119 de la Constitución que fue presentada por el diputado panista Fernando Gómez Mont, presidente de la Comisión de Justicia de la Cámara.

Una de las figuras que resaltan por su posición con respecto a la necesidad de dicha iniciativa de reformas, es la del presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Jorge Madrazo Cuéllar, quien, en los primeros días del mes de junio, con motivo de su informe anual de labores, señaló la resistencia de algunos jueces a dictar las órdenes de aprehensión necesarias para que múltiples recomendaciones de la CNDH sean debidamente cumplidas.² Posteriormente, con motivo de la Conferencia Mundial *El Om-budsman Judicial*, manifestó que el atraso de México, con respecto a otros países que establecen un plazo para la detención administrativa a cargo del Ministerio Público, y el hecho de sólo contar con veinticuatro horas para consignar tratándose de órdenes de aprehensión, este atraso ha dado lugar a muchas violaciones de derechos humanos, por lo que expresó que era de primordial importancia que se fortalecieran las facultades de investigación del Ministerio Público.³

La situación que rodea esta reforma, de acuerdo con algunas publicaciones de la prensa, se podría resumir por la presencia de dos factores que en una primera aproximación plantean una disyuntiva. Por un lado, la necesidad urgente de hacer frente al narcotráfico, y con este a la delincuencia organizada; y por otro lado, los constantes atropellos a los derechos humanos⁴ practicados en la etapa de la averiguación⁵. Las reacciones adversas al proyecto inicial no se hicieron esperar, siendo modificado de manera sustancial en su paso por el proceso legislativo.

Sería ciertamente interesante continuar el análisis de los factores que dieron lugar a esta reforma, para estar en posición de pronunciarme con respecto a la pertinencia o no de la reforma en relación con la problemática que le dio origen. Sin embargo, el enfoque que he elegido para este trabajo es eminentemente de dogmática jurídica, por lo que no he de interesarme en cómo debió haberse reformado la norma para alcanzar los objetivos propuestos, sino en cuál es la interpretación que estimo más adecuada dado el texto producido por el Poder Legislativo.

En efecto, en el campo de la teoría del derecho, una reforma constitucional sugiere por lo menos dos tipos de enfoques: de *lege ferenda* y de *sententia fe-renda*; ambos enfoques se sitúan dentro del estudio de la política jurídica, ya sea referida a la actividad creadora del legislador o del juez respectivamente. No consideramos que la política jurídica esté determinada por un objetivo específico tal como la búsqueda de un valor eterno e inmutable, estimamos por el contrario que abarca los problemas prácticos que origina el uso del derecho,

* Agradezco a Agustín Pérez Carrillo y a Mario Cantú Barajas por su lectura atenta y sus comentarios pertinentes a la primera versión de este artículo.

1. *La Jornada*, 3 de junio de 1993.

2. *La Jornada*, 4 de junio de 1993. Véase también el documento dirigido por Jorge Madrazo a la opinión pública, *La Jornada*, 30 de junio de 1993.

3. *La Jornada*, 24 de junio de 1993.

4. Entre dichas violaciones a los derechos humanos destacan las detenciones ilegales y prolongadas, cáteos sin órdenes judiciales, incomunicaciones, presiones para obtener confesiones, tortura e impunidad. Véase Amnistía Internacional, *México: La perpetuación de la tortura y la impunidad*, 1992.

5. Debido al punto de vista de este artículo, no me ocuparé aquí de criticar esta supuesta disyuntiva.

dirigido a la realización de objetivos sociales, en particular a través de la legislación. Así, la política legislativa o el estudio de la **lege ferenda** se aboca al análisis de la toma de decisión respecto al contenido de las normas jurídicas generales⁶ y de su pertinencia para el logro de los objetivos planteados⁷. Por su parte, la política legislativa de **sententia ferenda**⁸ se refiere a la decisión judicial, considerada como una actividad creadora de derecho, en el sentido de que la aplicación del derecho no se limita a una mera derivación lógica de las directivas dadas por la legislación. De esta manera, consideramos que la decisión judicial es una creación normativa, puesto que la norma jurídica concreta en la que se traduce es producto de una interpretación que no se presenta como necesaria ante el juez, es decir, que se trata de una elección del juez entre diversas interpretaciones posibles y, yo diría, razonables.⁹ En el ámbito, de la **sententia ferenda**, la política jurídica es una contribución doctrinal] al campo de la interpretación judicial.

El enfoque del presente trabajo se sitúa en esta última perspectiva, y propone un análisis de las diferentes interpretaciones posibles del nuevo artículo 16 constitucional, dejando de lado el análisis sobre la pertinencia de su contenido, **dada** la situación problemática que se pretendió resolver con la reforma.

La reforma del artículo 16 constitucional, publicada en el **Diario Oficial de la Federación** del tres de septiembre del presente año (1993), mantiene íntegro el primer párrafo del antiguo texto:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de

6. La técnica legislativa en sentido estricto se ocupa, por su parte, de cuestiones como la formulación lingüística de las normas, la coherencia de las nuevas normas con respecto de las demás normas del sistema, etcétera.
7. En el análisis de política legislativa es fundamental tomar en cuenta la situación en la que se produjo, que da una primera aproximación a la problemática que el legislador ha querido enfrentar. Por situación se entiende el conjunto de elementos históricos, políticos, ideológicos, psicológicos, etc. que rodearon la formulación de la norma. No hay que olvidar que en nuestro sistema el legislador es un cuerpo colectivo pluripartidario, por lo que en este tipo de consideraciones es importante estudiar la totalidad de los trabajos preparatorios, entre los que destacan los debates legislativos. Con respecto a los problemas de la toma de decisión en política legislativa véase Pérez Carrillo A. y Nettel Díaz A.L., *Modelo de política legislativa*, Trillas-UAM, México, D.F., 1982.
8. La frontera entre política jurídica y ciencia del derecho no es nítida. Desde el punto de vista rosseano, las proposiciones doctrinales sobre la interpretación (significado) de una norma son de política jurídica y no de ciencia jurídica, si no están basadas en lo obtenido por la observación de la manera en que realmente actúan los tribunales. No comparto este punto de vista debido a que priva la interpretación de su función creativa y la relega a una función eminentemente conservadora. Cf. Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1970, capítulos IV y XV.
9. En un análisis de *sententia ferenda* hay que tomar también en consideración el contexto, es decir, el factor lingüístico que rodea al texto, en este caso en particular la totalidad de la Constitución.

mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

El hecho de que se mantenga íntegro dicho párrafo tiene como consecuencia que nada cambie con respecto a la garantía de legalidad y seguridad jurídica que éste consagra, o bien hemos de considerar que la reforma en cuestión introduce un caso de excepción a dicha garantía.

Para responder a esta pregunta, haremos un análisis interpretativo del nuevo artículo 16 constitucional con el fin de proponer entre los distintos significados posibles, el que nos parezca más respetuoso de las garantías individuales contenidas en el sistema jurídico mexicano.

Una autoridad puede realizar un acto de molestia a un habitante de la República, cuando satisface di versos supuestos contenidos en el primer párrafo del artículo 16:

- 1) Que la persona que realice dicho acto esté facultada por una norma¹⁰ precisamente para la realización de ese tipo de actos y que no exista prohibición constitucional alguna para tal efecto;
- 2) Que el acto de molestia se realice en virtud de un mandamiento, es decir una orden por escrito de dicha autoridad facultada;
- 3) Que en dicha orden se expresen: por una parte la fundamentación jurídica, es decir, las normas en las que la autoridad competente apoya su proceder (tanto desde el punto de vista adjetivo como sustantivo), y por otra parte la motivación o conjunto de argumentos que le permiten demostrar que en la especie, es decir en el caso concreto, de hecho se dan los supuestos establecidos en la norma como condiciones para la consecuencia normativa.

Así, este principio ordena que nadie debe ser molestado sino por autoridad previamente autorizada para la realización de ese tipo de actos, y que dicha autoridad justifique su actuación por un razonamiento que permita concluir que las condiciones contempladas por el derecho para dicha molestia están satisfechas en el caso concreto.¹¹

Este principio general de legalidad y seguridad jurídica, piedra angular de todo Estado de derecho, tiene una especial aplicación en el ámbito penal por lo que en

10. Los individuos en un sistema de derecho pueden hacer todo aquello que no esté prohibido por el sistema jurídico, lo que se llama en la dogmática jurídica "permiso débil"; las autoridades por el contrario se rigen por el principio inverso, es decir, su competencia se reduce a aquello para lo cual las normas jurídicas les dan una facultad de manera explícita.

11. Respecto al alcance de la garantía de legalidad y seguridad jurídica contenidas en el artículo 16 constitucional; cfr. Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, México, D.F., Ed. Porrúa, 1993, pp. 589 y ss.

el mismo nuevo artículo 16 constitucional, haciendo referencia en particular a las aprehensiones, se establece otro principio general para la materia penal, enlazado con el anterior, que consiste en que **únicamente la autoridad judicial es competente para librar ordenes de aprehensión**¹², es decir, órdenes o mandatos para detener a un individuo, mismas que deben satisfacer determinados requisitos:

- 1) Que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito;
- 2) Delito que debe ser sancionado cuando **menos con pena privativa de libertad**.

En virtud de la reforma que se analiza, se sustituye en el segundo párrafo la expresión: "un hecho determinado que la ley **castigue con pena corporal**" por: "un hecho determinado que la ley señale como delito **sancionado cuando menos con pena privativa de libertad**", lo que fue producto de discusiones que se llevaron a cabo para la elaboración del dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia. En efecto, en un principio, el Proyecto de Decreto presentado con la iniciativa decía: "un hecho que la ley determine como delito, sancionado con pena privativa de libertad", evitando el término "**pena corporal**" debido a la relación que guarda con una afectación a la integridad física; a lo que se añadió la expresión "**cuando menos**" en el Proyecto de Decreto del primer dictamen principalmente porque se estimó necesario limitar de manera clara la prisión preventiva a aquellos delitos que ameriten pena privativa de libertad y más, lo que incluye la pena de muerte¹³. Se consideró que esta redacción tiene la ventaja de dejar en claro que los gobernados no han de ser aprehendidos para efectos del proceso, quedando a salvo lo establecido por el artículo 18 constitucional¹⁴, de manera que en los casos de pena alternativa, no ha lugar a prisión preventiva, de donde lo que procede en esos casos es una orden de comparecencia y no una orden de aprehensión.

12. De acuerdo al *Diccionario de la lengua española*, *aprehensión* es el acto de aprehender, y *aprehender* (del latín *apprehendere*; ad, a, y *prehendere*, asir, agarrar) se refiere a coger, asir, prender a una persona, o bien una cosa, especialmente si es de contrabando; *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, Madrid, Ed. Espasa Calpe, 1970, p. 106.

13. Cf. Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia, en la publicación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que porta el título de *Decreto que reforma y adiciona los artículos 16, 19, 20, y 119 y deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Poder Judicial de la Federación, Compilación de Leyes, 1993, p. 23.

14. El artículo 18 constitucional dice: "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva."

En tercer lugar se señala:

- 3) **Y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal, y la probable responsabilidad del indiciado.**

Encontramos en primer término la aparición de la partícula "y" que sustituye a la partícula "o", la que se prestaba a una doble interpretación (pues tiene dos funciones disyuntiva y copulativa), cuando por el contrario, la partícula "y" únicamente tiene la función copulativa. Este cambio, aparentemente anodino, de partículas en dichas expresiones trae como consecuencia que una denuncia, acusación o querrela, no pueda ser suficiente por sí misma para librar la orden de aprehensión de un individuo, lo que con la otra redacción sí habría podido ser interpretado, si ésta cumplía con los requisitos de ser apoyada por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe.

Esta tercera condición implica, entonces, que no basta la existencia de una denuncia, acusación o querrela, sino que es necesario que sea procedente, es decir, que esté apoyada en datos. El nuevo artículo omite expresar los requisitos contenidos en el antiguo artículo 16, consistentes en que la persona autora de la denuncia, acusación o querrela debía ser estimada digna de fe, y producirla bajo protesta de decir verdad. Esta omisión muestra que la exigencia de datos que acrediten los elementos que constituyen el cuerpo del delito o tipo penal¹⁵ y la probable responsabilidad del indiciado, constituye una condición necesaria y suficiente.¹⁶

La exigencia de acreditar con datos los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del indiciado es de suma importancia, pues en ello consiste precisamente el principio de legalidad y seguridad jurídica que protege al individuo de **acciones arbitrarias** que lo priven de su libertad. La defensa contra la arbitrariedad tiene tal trascendencia que inclusive en los casos en que la norma establece una facultad discrecional -una libertad para actuar en un sentido o en otro- la autoridad está obligada a motivar el sentido de su decisión, es decir, a expresar las razones que lo llevaron a la elección de su

15. Por tipo penal se entiende lo que antes se denominaba el cuerpo del delito. Ver artículos 38 párrafo primero, 134 párrafo primero, 157, 161 fracción II, 168 párrafos primero y segundo, 169, 170, 171, 174, 175 último párrafo, 176, 177, 178, 179, 180, 279 párrafo segundo y 422 fracción I, del Código Federal de Procedimientos Penales, en los que se menciona cuerpo del delito lo que equivale a elementos del tipo penal, o elementos de la conducta a la que la ley señala una sanción.

16. Así, debe estimarse que un delito que se persigue de oficio no requiere de denuncia, acusación o querrela.

proceder y que la justifican, pues se considera que la discrecionalidad no justifica la arbitrariedad.¹⁷

En este segundo párrafo se elimina la palabra detención que, desde mi punto de vista, fue suprimida con el objetivo de simplificar la redacción de la norma, ya que la inclusión de un sinónimo no agrega nada al sentido del enunciado. En apoyo a esta interpretación del significado de la supresión conviene citar la exposición de motivos en la que se señala: "Las reformas que se proponen buscan, con mejorada técnica legislativa, otorgar mayor claridad al artículo 16".¹⁸

Podría pensarse que el sentido de la supresión de la palabra "detención" que nos ocupa, fue el deseo de marcar una diferencia entre las expresiones "orden de aprehensión" que se reservarían para la orden girada por un juez y el término "detención" que se dejaría para aquellas ordenes giradas por el Ministerio Público. Sin embargo, estimo que esta distinción no es adecuada, debido a que lo que está en juego es la garantía de legalidad y seguridad jurídica, y que ésta no sufre ningún cambio por el hecho de que la molestia, en este caso la privación de la libertad, sea ordenada por una autoridad o por otra (siempre y cuando esté facultada por el derecho), es decir, que la naturaleza de la afectación que sufre el individuo en su garantía de libertad deambulatorio no va a ser disminuida debido a que la autoridad dependa del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial.¹⁹ Así las cosas, estimo que no es adecuado darle mayor alcance a esta supresión que el de simplificar la redacción.

El párrafo tercero del actual artículo 16 contempla la hipótesis del cumplimiento o ejecución de una orden de aprehensión. En este párrafo se recogen los párrafos tercero y cuarto de la fracción XVTII del artículo 107 constitucional²⁰ (derogado en virtud de la misma reforma), con una variante que consiste en que el plazo, con el que cuenta la autoridad ejecutora de una orden de aprehensión, para poner al inculpado a disposición del juez, ya no es de veinticuatro horas sino que deberá ser

sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad, señalándose que la contravención de **lo anterior** será sancionado por la ley penal.²¹

El cambio del término "veinticuatro horas" por la fórmula "sin dilación alguna" a primera vista no parece muy afortunada pues se trata de una expresión evidentemente vaga,²² cuando por el contrario el término "veinticuatro horas" es de las raras expresiones no ambiguas que se encuentran en los lenguajes naturales. Este término presenta, sin embargo, la ventaja de que dadas las manifestaciones hechas en la exposición de motivos y los demás trabajos preparatorios del legislativo en la discusión de esta reforma, es posible interpretarlo de manera más limitativa que su antecesor "veinticuatro horas". Si el objetivo²³ de la reforma, como se manifiesta en la exposición de motivos, es:

"adecuar las normas constitucionales, siempre con vistas a la protección de los derechos humanos, garantías individuales, **administración rápida y expedita de la justicia**, tanto en la etapa de la investigación como durante el proceso judicial",²⁴ corresponde deducir que el sentido de la expresión **sin dilación alguna**, entendida desde la perspectiva indicada y con relación al antiguo contenido, ha de ser más restrictivo, es decir, que se debe evitar que la presentación del aprehendido se prolongue hasta las veinticuatro horas, llevándola a cabo en forma inmediata.

Esta consecuencia ciertamente positiva de la modificación no es, desgraciadamente, la única, también deja sin efectos la fracción XX del artículo 225 del Código Penal Federal,²⁵ en la que se tipificaba como delito contra la administración de justicia el que se

17. Así lo considera la Suprema Corte de Justicia en la tesis que aparece bajo el rubro "Facultad Discrecional de la Autoridad Administrativa. Debe ejercitarla razonándola dentro de la ley", cuando asienta que "el hecho de que una autoridad cuente con facultades discrecionales para la realización de determinadas actividades, no la libera de la obligación de fundar y motivar debidamente sus resoluciones, ni la faculta para actuar en forma arbitraria y caprichosa. Poder Judicial de la Federación, *Jurisprudencia. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Parte Segunda Sala, 1917-1975, México, D.F., 1975, p. 654.

18. Cf. Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia, en la publicación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que porta el título de *Decreto que reforma y adiciona los artículos 16, 19, 20, y 119 y deroga la fracción XVJJJ del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Poder Judicial de la Federación, *Compilación de Leyes*, 1993, p. 23.

19. Lo que se afecta, en todo caso, con esta atribución al Ministerio Público, es el principio de la división de poderes.

20. El primero y segundo párrafos de dicha fracción se encuentran recogidos por el artículo 19 constitucional también reformado.

21. Cabe preguntarse a qué se refiere *lo anterior*, si a lo que inmediatamente antecede o a todo lo hasta ahí expuesto por el artículo 16.

22. Una expresión es vaga cuando su campo de referencia es indefinido. La vaguedad se distingue de la ambigüedad en que ésta última se refiere a que una expresión tenga dos o más campos de referencia. Ambas características del lenguaje dan lugar a una diversidad de interpretaciones de las expresiones que las presentan. Cf. Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 11 y ss.

23. Respecto a los objetivos y propósitos de las normas como criterios relevantes para la interpretación jurídica, Cf. H.L.A. Hart, *El Concepto del Derecho*, México, D.F., Editora Nacional, 1978, p. 161 y ss.

24. Cf. "Iniciativa de Reformas y Adiciones a los Artículos 16, 20 y 119", Suprema Corte de Justicia de la Nación, que porta el título de *Decreto que reforma y adiciona los artículos 16, 19, 20, y 119 y deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Poder Judicial de la Federación, *Compilación de Leyes*, 1993, p. 6.

25. Artículo 225: "Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los -siguientes: fracción XX: Realizar la aprehensión sin poner al detenido a disposición del juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes a ésta, según lo dispuesto por el artículo 107 fracción XVII, párrafo tercero, de la Constitución, salvo lo dispuesto por el párrafo cuarto de la propia fracción ya aludida." El párrafo cuarto de dicha fracción se refiere a los casos en que la detención se verificare fuera del lugar en que reside el juez, caso en el que se agrega el tiempo necesario para recorrer la distancia que hubiere entre dicho lugar y aquel en el que se efectuó la detención.

realizara una aprehensión sin poner al detenido a disposición del juez dentro de las veinticuatro horas siguientes. Así, la fracción XX del mencionado artículo 225 del Código Penal Federal contiene, a partir de la reforma, una falsa presuposición²⁶ sobre el contenido del derecho -producida por la falta de concordancia con la norma reformada- consiste en la referencia que hace al término de "veinticuatro horas" como si correspondiera con lo establecido por la fracción XVIII del artículo 107 (hoy derogada). En principio esto hace nugatoria la directiva contenida en el mencionado artículo, problema que, desde luego, puede ser rápidamente subsanado con una reforma a dicho precepto. Sin embargo, en la dogmática se plantea la cuestión de saber si en el caso de un error jurídico, como el que se nos presenta, puede considerarse que dicha presuposición autoriza a crear derecho de conformidad con su contenido²⁷. Posición que nos llevaría a por lo menos tres interpretaciones posibles:

- 1) Se estaría a lo ordenado por la mencionada fracción, sancionando al que al realizar una aprehensión no pusiera al detenido a disposición del juez dentro de las veinticuatro horas;
- 2) Se estimaría que en virtud de la reforma toda referencia a la fracción XVIII del 107 constitucional debe entenderse en concordancia con el párrafo tercero del nuevo artículo 16 constitucional. Lo que traería como consecuencia que, con fundamento con la fracción XX del artículo 225 del Código Penal Federal, se sancionara al Agente del Ministerio Público que, ejecutando una orden de aprehensión, no pusiera al indiciado a disposición del juez sin dilación alguna, y
- 3) Se estimaría que no es aplicable la fracción XX del artículo 225, en virtud del conflicto²⁸ o, como llamaría Alf Ross a este problema, de la inconsistencia parcial-parcial²⁹ que existe entre ambas normas.

Ahora bien, en derecho positivo mexicano, para interpretar las consecuencias de la falsa presuposición que se analiza debe considerarse, además, por una parte el principio de legalidad y seguridad jurídica consagrado en los artículos 14 y 16 constitucionales y, por otra parte, los principios según los cuales:

- a) En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata;

26. En la teoría de la interpretación jurídica se consideran como problemas lógicos de interpretación a las inconsistencias, la redundancia, y las falsas presuposiciones, estas últimas pueden ser fácticas o jurídicas. Cf. al respecto Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Ed Eudeba, 1970, Capítulo IV, número XXVI, pp 124 y ss.

27. *Ibid.*

28. Cf KelsenR, *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1981, p.,351.

29. Cf. Ross A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., pp. 124 y ss.



- b) Aquel contenido en el primer párrafo del artículo 16, que acabamos de analizar.

El párrafo cuarto del nuevo artículo 16 se refiere al caso del delito flagrante, en el que "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" Párrafo que no presenta ninguna novedad con respecto al contenido del texto reformado³⁰. Debe ponerse en relación con este párrafo, el párrafo séptimo, según el cual 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 y que podrá duplicarse en aquellos casos en que se trate de delincuencia organizada de acuerdo con la ley.

El párrafo sexto del mismo artículo 16 constitucional reformado, establece, por parte del juez, un control de legalidad de las detenciones llevadas a cabo en los casos de flagrancia y de urgencia -este último caso regulado por el párrafo quinto se analiza posteriormente-, control que se realizará en el

30. Véase en relación al delito flagrante los artículos 123 párrafo tercero, 135 párrafo primero y 194 del *Código Federal de Procedimientos Penales*.

momento en que reciba la consignación. Este control tendrá como resultado que el juez ratifique la detención por haber satisfecho los requisitos requeridos, o que decrete la libertad con las reservas de ley. En los casos de flagrancia, el juez requiere para ratificar la detención que se acredite con datos, por una parte las circunstancias en las que fue detenido el indiciado quedando perfectamente probada la flagrancia, por otra parte, se requiere conforme a los párrafos primero y segundo del multicitado artículo 16 constitucional, la acreditación de los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

El párrafo quinto del nuevo artículo 16 constitucional contiene una excepción a la regla general según la cual únicamente la autoridad judicial podrá librar ordenes de aprehensión, principio derivado, a su vez, del más general de que nadie puede ser privado de su libertad, ni simplemente molestado, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

De lo anterior se sigue que el párrafo quinto que se analiza establece, efectivamente, una excepción pero no se trata de una excepción al primer párrafo, pues el mandamiento de detención del Ministerio Público, en estos casos excepcionales, debe ser por escrito, hecho por una autoridad competente (el Ministerio Público está precisamente siendo facultado por la norma para realizar en estos casos el acto de detención), y fundando y motivando la causa legal del procedimiento. Se trata exclusivamente de una excepción al principio según el cual "no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial". De ahí que sea necesaria además la existencia de los otros requisitos: denuncia, acusación o querrela de un hecho que la ley señale como delito, que éste sea sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y que existan datos (pruebas) que acrediten la existencia de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del indiciado.

Entonces cabe preguntarse cuáles son las condiciones en virtud de las que se da la excepción. Estas son tres condiciones necesarias pero no suficientes:

- 1) La primera condición que podemos llamar prioritaria, pues es la que **da origen** a la situación de excepción, consiste en **la imposibilidad de ocurrir ante la autoridad judicial**, lo que se puede dar por diferentes circunstancias que quedan abiertas mencionándose de manera no limitativa las de tiempo y lugar. Cabe anotar que esta primera condición **implica** que en el caso de que el Ministerio Público pudiera, debido a un cambio de circunstancias, acudir a la autoridad judicial, la averiguación constituida será presentada ante la autoridad judicial; de lo contrario no tendría sentido poner esta condición. De donde se sigue que

la investigación debe estar integrada tal y como si el Ministerio Público la fuera a presentar ante la autoridad judicial. Esto se confirma con lo expresado por el Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia³¹ en el que se manifiesta que se quiere "evitar que este tipo de detenciones se haga con fines meramente investigatorios". Lo que nos remite al problema de la fundamentación y motivación que analizaremos más adelante.

Ahora bien, para que esta excepción se actualice, se necesita satisfacer dos condiciones más que son necesarias pero no suficientes:

- 2) Que se trate de un **delito grave**³² los que, de acuerdo a las opiniones vertidas en los trabajos preparatorios,³³ serán definidos por la ley como tales, donde se señala no solamente la necesidad de que el legislador ordinario realice una relación limitativa de los delitos que por su gravedad justifiquen la detención en casos urgentes, sino que se considerarán como graves aquellos delitos que por sus efectos alteren seriamente la tranquilidad y la paz pública. Es de señalarse el peligro que conlleva esta última idea, no es necesario recordar que conceptos como los de tranquilidad y paz pública son de delicado trato.³⁴ Además, en el caso de que la relación de los delitos graves se terminara con una expresión de apertura bastante frecuente, del tipo de: "y todos aquellos delitos que atenten contra la tranquilidad y la paz pública", se estaría dejando una amplia facultad de interpretación al Ministerio Público.

Cabe agregar que esta nueva reacción limita al Ministerio Público la facultad de detener en casos urgentes, excluyendo así el término más amplio: "la autoridad administrativa" contemplado por el artículo anterior.

- 3) **La segunda condición consiste en que se esté ante un caso urgente.**

Una interpretación posible consiste en estimar que corresponde al legislador definir el término "caso urgente". Esta posición no hace más que posponer el problema, ya que debido a las indeterminaciones

31. Cf. Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia, en la publicación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que porta el título de *Decreto que reforma y adiciona los artículos 16, 19, 20, y 119, Poder Judicial de la Federación, Compilación de Leyes, 1993, p. 26.*

32. Y no, como contemplaba el artículo anterior para cualquier delito de oficio.

33. *Ibid.*

34. En no pocas ocasiones estos conceptos han sido utilizados como justificación para lesionar derechos políticos fundamentales. Un tema con respecto del cual se han esgrimido argumentos relacionados con los conceptos de tranquilidad y paz pública es el de la conveniencia de permitir o no las manifestaciones.

que caracterizan toda norma³⁵, aún en el caso de que el legislador defina qué se debe entender por caso urgente, el aplicador tendrá un margen de interpretación con el que deberá enfrentarse. Por otra parte, se puede entender que la misma norma está definiendo como caso urgente, aquel en el que se esté ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, para lo que se habrá de determinar qué debe entenderse por "riesgo fundado".

Si comprendemos por "riesgo" el peligro previsible de que un evento se produzca, para considerar que se está ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia, se necesita acreditarlo con la existencia de ciertos **datos** que nos permitan precisamente deducir que existe dicho peligro. ¿Cuáles son los datos que nos pueden permitir fundar este peligro? Ciertamente no ha de tratarse de meras contemplaciones subjetivas, sino de pruebas referentes a acciones concretas del indiciado que permitan deducir que tiene **la intención**³⁶ de sustraerse a la acción de la justicia.

La última parte del párrafo quinto: "el Ministerio Público podrá, bajo su más estricta responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder", confirma que se trata de una orden de aprehensión que excepcionalmente dicta el Ministerio Público, puesto que como en cualquier mandamiento de la autoridad judicial que priva de su libertad a un individuo, éste debe fundar y motivar su proceder con **datos**, es decir indicios, presentando las pruebas que acrediten los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado.

De lo anterior se sigue que si el Ministerio Público está facultado para dictar una orden de aprehensión (una molestia) en virtud de que no es posible ocurrir a la autoridad judicial, esta orden de aprehensión implica la existencia de una averiguación previa, como su nombre lo indica, anterior a la detención. Así las cosas, el tiempo en el que el Ministerio Público debe presentar al indiciado ante el juez, es inmediatamente, o como dice el párrafo tercero, **sin dilación alguna**, ya que se trata, en efecto, de la ejecución de una orden de aprehensión que simplemente por las circunstancias ya anotadas no pudo librar la autoridad judicial.

35. Estas indeterminaciones se deben principalmente al propósito regulativo general de las prescripciones jurídicas, así como a las particularidades del lenguaje común con el que están expresadas las normas jurídicas. A este respecto véase *La Teoría pura del Derecho*, de Hans Kelsen, *op. cit.*, cap. VIII, p. 349.

36. El término "intención" ameritaría un análisis que rebasa los objetivos de este trabajo, por lo que simplemente manifiesto mi intención de desarrollarlo posteriormente. A este respecto ver Anscombe G.E.M., *Intención*, Barcelona, Paidós, 1991.

Una interpretación en sentido distinto -es decir en el sentido de que el Ministerio Público dictara la orden de aprehensión o detención para el efecto de retener por cuarenta y ocho horas al indiciado para poder investigarnos llevaría a una **situación paradójica**:³⁷ pedirle al Ministerio Público que en el mandamiento de detención fundara y motivara la causa legal del procedimiento, es decir, fundará y expresará "los indicios que motiven su proceder", exigencia que, en la hipótesis de que la averiguación previa no hubiera sido realizada, llevaría al Ministerio Público necesariamente a fundar y motivar su proceder por una petición de principio que diría algo semejante a esto:

Dicto esta orden de privación de la libertad en contra de X, en virtud de que existen los datos que acreditan el tipo y su probable responsabilidad respecto del delito, suficientes para fundar y motivar este procedimiento, lo que hago para poder investigar si hay datos suficientes que me permitan fundar y motivar la consignación (por el mismo delito) ante la autoridad judicial.

De otra forma, es decir si se estima que no se requieren la motivación y la fundamentación del acto de molestia, sino únicamente de las condiciones de imposibilidad de ocurrir ante la autoridad judicial, la urgencia y la gravedad del delito, se estaría diciendo:

Dicto esta orden de privación de la libertad en contra de X, de quien no tengo datos suficientes que me permitan fundar y motivar su detención, pero a quien detendré a mi disposición para realizar una investigación que permita integrar la averiguación previa y consignarlo ante la autoridad judicial.

Esto llevaría, desde luego, a una violación flagrante de la garantía de legalidad y seguridad jurídica. ¿O acaso el párrafo quinto del nuevo artículo 16 contiene una excepción a la garantía de legalidad y seguridad jurídica establecida en el párrafo primero del artículo 16 de la Constitución?

Habría que preguntarse, en el caso de que se aceptara esta última posición, si el hecho de tener a alguien detenido a disposición del Ministerio Público tiene alguna ventaja particular para la investigación

37. Interpretación que ha de desecharse en consideración a lo que en la dogmática se denomina el "principio de construcción del derecho" que presupone la racionalidad del legislador, tanto en la elaboración, como en la aplicación e interpretación del derecho. Véase a este respecto PeczenÛc A. "Principles of Law. The Search of Legal Theory", *Rechtstheorie*, núm. 2, 1971; Bobbio N., "Principi generali del diritto", en *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1966; Wróblewski J., "The General Principles of Law", en Reporte polaco presentado al *VI Congreso Internacional de Derecha Comparado*, en Varsovia, 1962.

38. Que es la falta lógica por la cual se tiene por admitido, bajo una forma un poco diferente, la proposición que se pretende demostrar.

como no sea aquella de tomarle su declaración ministerial, para lo cual, ciertamente, no es menester retenerlo durante cuarenta y ocho horas, máxime que se pueden practicar todas las medidas de arraigo que el caso amerite, a lo que habría que agregar la consideración del principio de presunción de inocencia del indiciado.³⁹

De ahí que una interpretación contextual del párrafo quinto del artículo 16 constitucional basada además en la idea de que el legislador es racional,⁴⁰ nos lleva a considerar que habida cuenta de la vigencia de la garantía de legalidad y seguridad jurídica y si el objeto de la excepción, contenida en la fracción quinta del nuevo artículo 16 constitucional, es el principio de que el juez es la autoridad competente para librar las ordenes de aprehensión, se sigue que:

- a) Cuando el Ministerio Público se substituya al juez, girando él mismo la correspondiente orden de aprehensión o detención, deberá satisfacer los requisitos de la orden que emitiría el juez en el caso de que su participación fuera posible, y
- b) Puesto que se trata de la ejecución de una orden de aprehensión, el Ministerio Público deberá poner al detenido sin dilación alguna a disposición del juez, consignándolo⁴¹

De aceptarse esta interpretación la pregunta planteada al principio de este análisis debe responderse en sentido negativo, es decir, la reforma del artículo 16 constitucional con la excepción que contiene mediante la cual el Ministerio Público puede substituirse, en ciertos casos, al juez para dictar órdenes de aprehensión no constituye una violación a las garantías individuales.

39 Que toma en cuenta todo el texto de la Constitución en la que se encuentra inmerso el párrafo a interpretar.

40 En el sentido instrumental, es decir, que busca los mejores medios para llegar a los fines establecidos: "un mayor respeto a las garantías individuales y a los derechos humanos, y con ello el fortalecimiento de los derechos y la seguridad jurídica de nuestro pueblo". *Segunda lectura del dictamen relativo al proyecto de decreto que reformará y adiciona los artículos 16, 19, 20, y 119 y deroga la fracción XV del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Sesión del 19 de Agosto de 1993, *op. cit.*, p. 42.

41 Momento a partir del cual empiezan a contar las setenta y dos horas del término constitucional, concluidas las cuales debe dilucidarse la situación jurídica del indiciado, ya sea dictándole auto de formal prisión o de libertad por falta de méritos para procesar.