

LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA Y POR CASO URGENTE EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Roberto A. OCHOA ROMERO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El principio del hecho como óbice para la intervención penal del Estado*. III. *La detención en flagrancia*. IV. *El caso urgente*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* un importante decreto de reforma que modificó, sustancialmente, las bases constitucionales del sistema mexicano de enjuiciamiento criminal.¹

De acuerdo con el contenido del decreto, se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado “B” del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

Entre otras cuestiones, el decreto de 18 de junio del 2008 vino a implantar en nuestra norma suprema las bases para que, en su día, la legislación secundaria del ámbito federal y, por su parte, la del orden común, desarrollara un nuevo sistema procesal penal de corte acusatorio y oral.

Tiempo después, uno de los artículos reformados por el decreto de junio del 2008 (artículo 73 CPEUM), fue nuevamente reconfigurado en su fracción XXI. Esta reforma se produjo mediante decreto publicado en el *DOF* del 8 de octubre de 2013.

* Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

¹ La reforma constitucional señalada es tratada a profundidad por García Ramírez en *La reforma penal constitucional (2007-2008)*. ¿*Democracia o autoritarismo?*, 4a. ed., México, Porrúa, 2010.

El texto del artículo 73 fracción XXI CPEUM, después de la reforma citada,² quedó en los siguientes términos:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXI. Para expedir:

a) Las leyes generales en materias de secuestro y trata de personas, que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones.

Las leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios;

b) La legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada;

c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Las autoridades federales podrán conocer de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales o delitos contra periodistas, personas o instalaciones que afecten, limiten o menoscaben el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta.

En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales.

Muy concretamente, la reforma que se produjo sobre el artículo 73 fracción XXI del 8 de octubre de 2013, trajo consigo un completo rediseño del precepto.

De acuerdo con su configuración actual, la fracción XXI del artículo 73 CPEUM se organiza en un primer párrafo —seguido por tres incisos—, y dos párrafos más. Dentro de los incisos llama especialmente la atención el inciso c). Y llama especialmente la atención porque en éste se integra una facultad exclusiva del Congreso de la Unión que se traduce en expedir la “legislación única en materia procedimental penal”.

Como consecuencia lógica de esa importante adición al catálogo de facultades exclusivas del Congreso de la Unión, los congresos de los diferentes estados de la República pierden dicha potestad legislativa —que subsistía en tiempos de la reforma del 18 de junio del 2008—. Sin embargo, los congre-

² El inciso a) del artículo 73 fracción XXI CPEUM, fue reformado posteriormente mediante decreto del 10 de febrero de 2014. En esa ocasión la reforma dotó al Congreso de la Unión de la facultad para legislar sobre delitos electorales.

Los locales mantienen sus facultades legislativas en el ámbito del Derecho penal sustantivo.

Hay que reconocer que la adición de tal facultad en el ámbito de atribuciones del Congreso de la Unión permite unificar, cuando menos, la legislación procesal penal a nivel nacional.

Más adelante, el 5 de marzo de 2014, se publicó en el *DOF* el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP). Este código viene a hacer realidad lo dispuesto por el artículo 73 fracción XXI inciso c) CPEUM y representa —previo cumplimiento de las disposiciones transitorias que acompañaron al decreto—, la ley de rito procesal penal de aplicación a nivel nacional, tanto para delitos del orden común como para delitos del orden federal.

Como es natural, es en el CNPP en donde ahora se desarrollan todas y cada una de las distintas cuestiones constitucionales que tienen injerencia en la conformación del sistema procesal penal mexicano, dentro de las cuales se hallan, desde luego, las que tienen que ver con las diferentes formas de detención. Por tanto, la cuestión se traslada —de forma particular aunque no exclusiva—, al artículo 16 CPEUM.

Así las cosas, si en el CNPP se condensan —al tiempo que se homologan—, los principios y las reglas del sistema procesal penal mexicano, es también ahí en donde han de explicarse los alcances de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008. En tal virtud, es en el CNPP en donde han de explicarse —entre otras cuestiones—, las formas de detención y, dentro de ellas, muy particularmente, dos formas básicas de captura que parten de la probable comisión de un delito: la flagrancia y el caso urgente (artículo 16 párrafos quinto y sexto CPEUM).

Pues bien, en los apartados siguientes se realiza una exposición sobre el estado actual de las cosas en lo que respecta a la detención en flagrancia y por caso urgente. Especialmente, se trata de ilustrar cuál es la recepción normativa que tales formas de detención presentan en el CNPP, sobre todo, porque ambas formas de detención fueron modificadas —directa o indirectamente—, por el ya citado decreto del 18 de junio de 2008.

II. EL PRINCIPIO DEL HECHO COMO ÓBICE PARA LA INTERVENCIÓN PENAL DEL ESTADO

Antes de avanzar en el análisis de la flagrancia y el caso urgente como formas de detención, es importante recordar que sólo puede intentarse una de tales fórmulas si, en el caso particular, se está ante la probable comisión de un hecho que la ley señale como delito. Por tanto, la primera exigencia para

que se produzca una detención en flagrancia y, sin duda, por caso urgente, es verificar la existencia material de un hecho penalmente relevante.

En este sentido cobra especial importancia el principio del hecho, que, como obstáculo material, impide al legislador tipificar y sancionar los meros pensamientos o las formas de ser o de vivir y, como obstáculo o presupuesto formal para la intervención penal, prohíbe afectar la esfera de derechos del ciudadano salvo en aquellos casos en los que su conducta exterior sea, cuando menos en apariencia, constitutiva de delito. Así, como cortapisa formal, el principio del hecho se condensa en la exigencia de que se verifique la conducta típica y el resultado de la misma.

En efecto, el principio del hecho comporta la exigencia de que el delito se traduzca en una actividad externa susceptible de apreciación sensorial y no en una actividad puramente interna ni en una forma de ser del sujeto.³ Conforme a este principio, el delito sólo es apreciable cuando le precede la realización de un hecho externo que es reflejo del plan criminal.

Conforme a este principio, no pueden ser sancionadas como delitos las conductas humanas que no se exterioricen mediante acciones u omisiones.⁴ Tal prohibición supone, por tanto: *a*) Que con el pensamiento no se delinque (*cogitationem paenam nemo patitur*), y *b*) Que la forma de ser del autor no pueda ser considerada como presupuesto del delito o de las circunstancias que puedan comportar una agravación de la pena.⁵

De esta forma, el principio del hecho es uno de los ejes fundamentales del Derecho penal (Derecho penal de acto), que no admite que los presupuestos del delito o de las circunstancias de agravación de éste, tengan como base la forma de ser del sujeto, o bien, su siempre pretendida peligrosidad (Derecho penal de autor). El Derecho penal de autor, por su parte, elimina el carácter fáctico del Derecho penal y lo convierte en un simple e inopinado instrumento de intervención estatal que comporta riesgos incalculables para el estado de Derecho.

Dando por sentada la vigencia del principio del hecho como obstáculo material para la intervención penal, el principio de legalidad se proyecta, junto con aquél, como uno de los grandes logros de las sociedades modernas. Dentro de este principio fundamental la garantía criminal excluye del ámbito de lo penal todas aquellas acciones u omisiones que, por muy graves

³ Véase Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 343 (especialmente la nota 2). También, Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 82.

⁴ Zugaldía Espinar, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 278.

⁵ *Ibidem*, pp. 278 y 279.

que pudieran parecer desde la perspectiva moral, religiosa, social, ética o política, no han sido consideradas por el legislador como base formal para la imposición de sanciones penales.

En efecto, la fundamental exigencia de legalidad en la previsión de las conductas cuya comisión arrastra la aplicación de sanciones penales, permite que el ciudadano pueda desarrollar su vida en absoluta libertad, sobre todo, porque la certeza que la propia previsión típica produce sobre los alcances de lo punible (función de selección), tiene su reverso en la prohibición de ser molestado por la realización de conductas que no han sido consideradas como delito (función de garantía),⁶ o bien, que siendo consideradas como delito, no han sido ejecutadas por quien es señalado como autor o partícipe.

De suerte tal que el principio del hecho y, especialmente, su significación como obstáculo formal para la intervención penal (garantía criminal), esto es, como exigencia de materialización o exteriorización de la acción u omisión que la ley señale como delito, constituye un presupuesto básico para la intervención penal del Estado y, por tanto, para la detención en flagrancia o en caso urgente.

III. LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA

Como ya se dijo, la intervención penal del Estado solo es posible allá en donde el pensamiento criminal se ha manifestado en hechos y siempre que esos hechos se ajusten a la descripción que de éstos realiza la ley. Por tanto, el principio de legalidad —a través del principio del hecho y, con él, de la garantía criminal—, es un presupuesto indispensable para que pueda producirse una detención, ya sea en flagrancia, ya en caso urgente.

En lo que respecta a la detención en flagrancia, su reconocimiento constitucional se realiza actualmente desde el artículo 16 párrafo quinto CPEUM.⁷

Antes de la reforma constitucional que se produjera por virtud del decreto publicado en el *DOF* el 18 de junio de 2008, el párrafo cuarto del artículo 16 CPEUM señalaba: “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”.

⁶ Sobre las funciones que posee el tipo en Derecho penal véase Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 8a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 252.

⁷ El actual párrafo quinto del artículo 16 CPEUM, era el párrafo cuarto del mismo precepto cuando se produjo la reforma del 18 de junio de 2008.

Como puede advertirse, el artículo 16 párrafo cuarto CPEUM no señalaba cuáles eran los casos de delito flagrante. Se trataba de una cuestión que de forma muy dispar identificaban y desarrollaban los diferentes códigos procesales penales vigentes a la sazón, muy a pesar de que, gramaticalmente, el término flagrante se utiliza para indicar el momento mismo de estarse realizando un delito, ni antes, ni después.⁸

En la reforma que tuvo lugar mediante decreto del 18 de junio del 2008, el constituyente procuró ser mucho más claro y definir, directamente en el texto constitucional, cuáles son los casos que pueden entenderse como flagrancia y cuáles incurrir, seguidamente, en otra forma de detención vinculada con aquella que se encuentra cifrada en el enunciado inmediatamente después.

Como ya se dijo, la detención en flagrancia —en sentido estricto—, así como la detención inmediatamente después, se recogen actualmente en el artículo 16 CPEUM en los siguientes términos:

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.

Así, verificada que sea la apariencia de criminalidad del hecho, esto es, que exista una acción u omisión que la ley reconozca como delito y que genere un resultado, el artículo 16 CPEUM autoriza a toda persona para detener a otra en flagrancia, o bien, inmediatamente después.

De conformidad con esta disposición, una persona puede ser detenida en dos supuestos: a) en el momento mismo de estar cometiendo el delito (flagrancia); o bien, b) inmediatamente después de haberlo cometido.

Como consecuencia lógica se genera la obligación de poner al detenido a disposición de la autoridad más cercana y ésta, a su vez, se obliga a conducirla ante el Ministerio Público para el desarrollo de la investigación. En ambos casos, la puesta a disposición no admite demora.

⁸ Véase, sobre este punto, Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Las garantías del inculcado*, 2a. ed., México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2012, pp. 2 y ss.; Contreras Castellanos, Julio César, *Las garantías individuales en México*, México, UNAM-Miguel Ángel Porrúa, 2006, p. 393; Arteaga Nava, Elisur, *Garantías individuales*, México, Oxford, 2009, p. 209. *Cfr.*, Del Castillo del Valle, Alberto, *Garantías del gobernado*, 2a. ed., México, Ediciones Jurídicas Alma, 2005, pp. 438 y 439; Carbonell, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2007, p. 145; Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2012, p. 705; Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho constitucional penal*, t. I, 2a. ed., México, Porrúa, 2007, pp. 256-260.

Ahora bien, cuáles deben ser los alcances de las dos hipótesis, esto es, de la detención en el momento mismo de cometerse el delito y cuáles, por su parte, de la detención inmediatamente después de haber cometido el delito.

Si se parte de la idea —como no podía ser de otra manera—, de que la Constitución general de la República está diseñada de forma tal que cualquier ciudadano del país e, incluso, cualquier persona que se encuentre en él, pueda conocer y entender cuál es el contenido de sus disposiciones, la detención en el momento mismo de estar cometiendo el delito solo puede significar que al detenido se le haya realizando, materialmente, el hecho que la ley reconoce como delito. En el segundo caso, el de la detención inmediatamente después de haberlo cometido, solo puede sugerir que la persona que ha cometido el delito fue detenida instantes o momentos después de haberlo realizado.

Su desarrollo en el CNPP

La detención en flagrancia se recoge en el CNPP en su Libro Primero “Disposiciones generales”, Título VI, “Medidas de protección durante la investigación, formas de conducción del imputado al proceso y medidas cautelares”, Capítulo III, “Formas de conducción del imputado al proceso”, Sección II, “Flagrancia y caso urgente”, en sus artículos 146 a 149.

En su artículo 146 el CNPP señala cuáles son los supuestos de flagrancia a los que, pretendidamente, se refiere el artículo 16 párrafo quinto CPEUM. Su texto es el siguiente:

Artículo 146. Supuestos de flagrancia

Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o
II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que:

a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o

b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundamentadamente que intervino en el mismo.

Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

En lo que respecta a su fracción I, el artículo 146 CNPP simplemente replica la primera hipótesis de detención a que alude el artículo 16 párrafo quinto CPEUM, esto es, al supuesto de flagrancia en sentido estricto. En cambio, en su fracción II, se plantean dos alternativas con respecto a la segunda hipótesis del artículo 16 párrafo quinto CPEUM. Dicho de otra manera, se aportan dos alternativas dentro del supuesto de detención inmediatamente después de que se cometa el delito.

La ubicación sistemática de las diferentes formas de detención inmediatamente después, no deja lugar a dudas sobre la confusión legislativa. En efecto, tal parece que en el CNPP la flagrancia y la detención inmediatamente después son dos formas de captura equivalentes, cuando, en realidad, el constituyente fue preciso al distinguir entre una y otra.

Pues bien, en el primer caso, el del artículo 146 fracción II inciso a) CNPP, se recoge el primer supuesto de detención inmediatamente después de cometido el delito. En este caso, no era necesario exigir —como presupuesto para la persecución y detención inmediatamente después—, que el sujeto sea sorprendido cometiendo el delito, pues tal hipótesis quedaría abarcada por el artículo 146 fracción I CNPP. Era suficiente con explicar el segundo supuesto del artículo 16 párrafo quinto CPEUM en términos de persecución material e ininterrumpida después de la comisión del delito.

Ahora bien, en el artículo 146 fracción II inciso b), el legislador pierde el rumbo y se aleja de lo dispuesto por el artículo 16 párrafo quinto CPEUM. En efecto, en esta segunda hipótesis del artículo 146 fracción II CNPP, el legislador configuró un supuesto de detención llamado por señalamiento que, como más adelante se verá, no se corresponde con el texto del artículo 16 párrafo quinto CPEUM, ni con los motivos que impulsaron la reforma.

En efecto, el artículo 16 párrafo quinto CPEUM solo reconoce dos formas de detención: a) en el momento mismo de estar cometiendo el delito (flagrancia del artículo 146 fracción I CNPP); o, b) inmediatamente después de haberlo cometido (artículo 146 fracción II inciso a) CNPP).⁹ Pero nada se dice en la CPEUM sobre una detención por señalamiento que, dicho sea de paso, fue una de las perniciosas estrategias de detención adoptadas mayoritariamente por la legislación procesal penal anterior a la reforma constitucional de junio de 2008.¹⁰

⁹ Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Comentarios a la reforma constitucional en materia penal. Mesas redondas abril-mayo 2008*, México, 2008, pp. 5 y 6.

¹⁰ En efecto, la reforma que se produjo sobre el texto del entonces párrafo cuarto del artículo 16 CPEUM, permitió eliminar la hipótesis de “detención en caso de flagrancia equiparada, que se traduce en la detención del indiciado cuando es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito”. *Ibidem*, pp. 73, 111, 112, 189 y 242.

La denominada detención por señalamiento —según dispone el artículo 146 fracción II inciso b) CNPP—, parte de la base de que la persona que ha cometido el delito es “señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo”. Es evidente que la precitada detención por señalamiento se aparta del radio de aplicación del artículo 16 párrafo quinto CPEUM, pues se desprende de la exigencia —acaso sea terminológica—, de que la detención se realice inmediatamente después de cometido el delito.

Por esa razón, en el párrafo último del artículo 146 CNPP se pretende corregir tal inconsistencia mediante el requerimiento de que la detención por señalamiento se realice “siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización”. No obstante, lo cierto es que con esta cláusula no se alcanzan a evitar los riesgos de exceso a que puede conducir esta peculiar forma de detención que la reforma de 2008 vino a desarraigar.

Y es que, aún y cuando la detención por señalamiento se condiciona a que inmediatamente después de cometido el hecho típico no se haya interrumpido la búsqueda o localización del autor o partícipe, lo cierto es que se diluye la exigencia de inmediatez a que se refiere la CPEUM en su artículo 16 párrafo quinto.

Así es, si la detención por señalamiento solo puede articularse inmediatamente después de cometido el delito y siempre que no se haya interrumpido la búsqueda o localización del autor del hecho típico, se está, sencillamente, ante la hipótesis del inciso a) de la fracción II del artículo 146 CNPP, y en nada afecta que la persecución haya iniciado o pueda continuar por el señalamiento que haga la víctima, el ofendido, algún testigo presencial, un coautor o el partícipe. Mientras que, si en este caso se tiene como presupuesto el señalamiento por parte de “la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito”, quiere decir que la búsqueda o localización podría realizarse sobre una persona no identificada y, precisamente por ello, se requiere del señalamiento para poderla individualar.¹¹ Es decir, que cabrían casos en los que la detención no se realizaría inmediatamente después de cometido el delito.

En efecto, sería imaginable el caso en el que se verifique la existencia de un hecho que la ley señale como delito y, por el solo hecho de haberse inicia-

¹¹ Véase García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 1, p. 70.

do la investigación en contra de cualquier persona, se satisfaría el requisito de la búsqueda o localización ininterrumpida, por lo que, aun habiendo pasado varias horas o días, se podría producir la detención en flagrancia por señalamiento.¹² En estas condiciones, no cabe duda que la llamada detención por señalamiento erosiona la seguridad jurídica que el constituyente pretendió acrecentar al identificar, con toda claridad, en qué casos se puede detener a una persona bajo el supuesto de flagrancia y en cuáles inmediatamente después.

Este peculiar supuesto de flagrancia por señalamiento no configura, siquiera, una detención inmediatamente después de cometido el delito.

IV. EL CASO URGENTE

La detención en caso urgente es un acto de autoridad ordenado por el Ministerio Público y constituye, junto con otras formas de detención constitucionalmente regladas, uno más de los supuestos que reconoce el artículo 16 CPEUM para que el Estado pueda intervenir, legítimamente, en el ámbito de la libertad personal.

Su desarrollo está contenido en el artículo 16 párrafo sexto CPEUM con el siguiente texto:

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.

De acuerdo con su manufactura constitucional, la orden ministerial de detención por caso urgente solo puede tener lugar si se colman los siguientes requisitos que la propia CPEUM plantea de forma cumulativa: *a*) que se trate de delito grave así calificado por la ley; *b*) que exista riesgo fundado de evasión, y *c*) que por razón de la hora, lugar o circunstancia, no se pueda acudir ante la autoridad judicial.

Así, la detención ministerial en caso urgente pretende solucionar aquellos casos en los que existe riesgo de evasión y no es posible acudir ante la autoridad judicial para solicitar —lo cual es de toda lógica jurídica—, una orden de búsqueda y captura. Siempre y cuando —de ahí la excepcionali-

¹² En este sentido Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Errores e inconstitucionalidades del Código nacional de procedimientos penales*, México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 78-80.

dad del supuesto—, la investigación se haya realizado respecto de un delito calificado como grave por la ley.

Antes de la reforma constitucional que se produjera mediante decreto del 18 de junio de 2008, el primer requisito que planteaba y, sin duda, hoy sigue planteando el artículo 16 párrafo sexto CPEUM —que se trate de delito grave así calificado por la ley—, se colmaba por la vía del artículo 20 apartado A fracción I CPEUM, según su texto anterior.¹³

Actualmente, después de las modificaciones que se produjeran a través del aludido decreto de reforma de 2008 y que, entre otras, recondujeron el tratamiento de la cuestión a otro lugar, la recepción constitucional del régimen de los delitos graves se ubica ahora en el artículo 19 párrafo segundo (segunda parte) de la Constitución general de la República. El artículo 19 CPEUM señala en ese punto:

...el juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, 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.

El artículo 19 párrafo segundo CPEUM, indica que habrá prisión preventiva oficiosa solo en los casos de delincuencia organizada, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas o explosivos, así como aquellos delitos graves que señale la ley, exclusivamente, contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Conviene distinguir que dentro de los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa se encuentran los delitos graves, lo que no quiere decir que todos aquellos delitos respecto de los cuales opere dicha medida cautelar, oficiosamente, deban ser considerados graves a todos los efectos.¹⁴

¹³ Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad...

¹⁴ Así Hernández-Romo Valencia, Pablo, *op. cit.*, nota 12, p. 83.

Así las cosas, se tiene que la CPEUM solo reconoce como delitos graves aquellas figuras típicas que comprometan la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud. Esto es, que si antes de la reforma que sufriera el artículo 20 apartado A fracción I CPEUM, se reconocía la posibilidad de que existiera —sujeto a toda suerte de caprichos legislativos— un catálogo más o menos amplio de delitos graves, hoy solo son calificables como tales aquellos delitos que involucren una lesión o puesta en riesgo de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud.

En su redacción actual, el artículo 19 párrafo segundo CPEUM pretende producir mayor seguridad jurídica en este sentido y cierra el eventual catálogo de delitos graves sobre la base del contenido de injusto. Y es que no podía ser de otra manera, sobre todo si se parte de la idea de que la prisión preventiva se visualiza como una excepción en el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal; de suerte tal, que solo puede haber prisión preventiva oficiosa en los casos de mayor lesividad.

Sin embargo, de acuerdo con lo que se puede apreciar en el artículo 150, en relación con el 167, ambos del CNPP, el legislador secundario ha llevado el catálogo de delitos graves —específicamente para efectos de la detención en caso urgente—, más allá de lo dicho por el constituyente.

Su desarrollo en el CNPP

En el artículo 150 CNPP, ubicado en su Libro Primero “Disposiciones generales”, Título VI, “Medidas de protección durante la investigación, formas de conducción del imputado al proceso y medidas cautelares”, Capítulo III, “Formas de conducción del imputado al proceso”, Sección II, “Flagrancia y caso urgente”, se desarrolla lo dispuesto por el artículo 16 párrafo sexto CPEUM. Su texto es el siguiente:

Artículo 150. Supuesto de caso urgente

Sólo en casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad y fundando y expresando los datos de prueba que motiven su proceder, ordenar la detención de una persona, siempre y cuando concurren los siguientes supuestos:

I. Existan datos que establezcan la existencia de un hecho señalado como delito grave y que exista la probabilidad de que la persona lo cometió o participó en su comisión. Se califican como graves, para los efectos de la detención por caso urgente, los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa en este Código o en la legislación aplicable así como aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión;

II. Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y

III. Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante la autoridad judicial, o que de hacerlo, el imputado pueda evadirse.

Los delitos previstos en la fracción I de este artículo, se considerarán graves, aún tratándose de tentativa punible.

[...].

Para los efectos de este artículo, el término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena de prisión mínima y la máxima del delito consumado que se trate y dividirlo entre dos.

En este artículo el legislador ha desarrollado, en tres fracciones, los presupuestos constitucionales para que el Ministerio Público pueda ordenar la detención de una persona en caso urgente. En su fracción I se desenvuelve el primer requisito constitucional de esta especial forma de detención, esto es, el requisito de que se trate de delito grave. Para tales efectos, el artículo 150 fracción I CNPP señala:

...se califican como graves, para los efectos de la detención por caso urgente, los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa en este Código o en la legislación aplicable así como aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión

En esta fracción se registra como primer requisito para la emisión de una orden ministerial de detención en caso urgente la existencia de un hecho señalado como delito grave y, además, que exista la probabilidad de que una persona lo realizó o participó en su realización.

En realidad, además de la gravedad del hecho, se requieren al tiempo los elementos que el artículo 16 párrafo tercero CPEUM exige para la emisión de una orden de aprehensión. Y es que no podía ser de otra manera. La detención ministerial por caso urgente es, en cierta forma, una excepción al pedimento de orden de aprehensión (imposibilidad para acudir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia) y no una fórmula de detención equiparable a la flagrancia.¹⁵

¹⁵ Así Hernández-Romo Valencia, Pablo y Ochoa Romero, Roberto Andrés, *Delitos cometidos por servidores públicos contra la administración de justicia*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch-UNAM-Inacipe, 2013, pp. 78 y 79. La cuestión tiene especial relevancia cuando se trata de definir si el agente del Ministerio Público puede iniciar el conteo del plazo de retención a partir del momento en que el indiciado es detenido en urgencia y puesto a su disposición, o bien, si de otro modo, se encuentra obligado a poner a disposición de la autoridad judicial al

La segunda parte del artículo 150 fracción I CNPP, evidentemente, excede los límites constitucionales establecidos para la creación de un catálogo de delitos graves, esto es, que va más allá de lo que dispone el artículo 19 párrafo segundo CPEUM.

En efecto, cuando se trata de establecer cuáles son los delitos que por su gravedad habilitan la emisión de una orden de detención por urgencia, el artículo 150 CNPP aglomera a “los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa en este Código o en la legislación aplicable así como aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión”. Así, se generan tres diferentes categorías de delitos graves: *a)* Los señalados como de prisión preventiva oficiosa en el CNPP; *b)* Los señalados como de prisión preventiva oficiosa en la legislación aplicable, y *c)* Los delitos cuyo término medio aritmético sea mayor a cinco años de prisión.

Para identificar, entonces, los delitos que por su gravedad habilitan al Ministerio Público para detener a una persona en caso urgente, ha de acudir, primeramente, al artículo 167 CNPP que recoge las causas de procedencia de las medidas cautelares, entre ellas, de la prisión preventiva.

El artículo 167 CNPP, contenido en su Libro Primero “Disposiciones generales”, Título VI, “Medidas de protección durante la investigación, formas de conducción del imputado al proceso y medidas cautelares”, Capítulo IV “Medidas cautelares”, Sección I “Disposiciones generales”, señala en este sentido:

Artículo 167. Causas de procedencia
[...].

El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal de la manera siguiente:

I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;

detenido. La respuesta a favor de la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial, se apunta con buen juicio en el CNPP *ex* artículo 150 párrafo tercero.

- II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
- III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;
- IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
- V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;
- VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;
- VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
- VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
- IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastía, previsto en el artículo 209 Bis;
- X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;
- XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.
[...].

En su párrafo tercero, el artículo 167 CNPP indica que el juez solo podrá ordenar la prisión preventiva oficiosamente en los casos de “delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”.

En este punto, como es evidente, el legislador se conforma con reproducir la segunda parte del párrafo segundo del artículo 19 CPEUM, de suerte que aquí aparecería comprendido el primer grupo de casos que el artículo 150 fracción I CNPP identifica como delitos graves: Los delitos para los cuales se tenga prevista prisión preventiva oficiosa en este Código.

Pero para integrar por completo este primer grupo de casos, el artículo 167 de la ley nacional de rito procesal penal también considera como delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa los señalados en sus once fracciones, dentro de las cuales se citan diversos artículos del Código penal federal (CPF). En tales condiciones, lo correcto sería que en esas once fracciones

se recogieran las distintas formas del homicidio doloso, de la violación, los delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como los cometidos contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. De esta forma, serían delitos graves aquellos que el artículo 167 CNPP prevenga con prisión provisional oficiosa; pero hay que insistir en que el artículo 19 párrafo segundo CPEUM sólo considera como delitos graves los cometidos contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud.

En cuanto al segundo grupo de casos que son considerados como delitos graves por el artículo 150 fracción I CNPP, esto es, los señalados en la legislación aplicable, en el artículo 167 CNPP se produce un reenvío a otros cuerpos normativos que deben estar, sin duda, en sintonía con el artículo 19 párrafo segundo CPEUM: la Ley General de Salud, la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, así como la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que señalarán los casos que ameritan prisión preventiva oficiosa. En este sentido, se sigue la línea que traza el artículo 19 párrafo segundo CPEUM para la prisión provisional oficiosa, aunque se vuelven a considerar como graves algunos delitos que no afectan a la seguridad de la nación, al libre desarrollo de la personalidad o la salud. En definitiva, se confunde la cuestión de los delitos que ameritan prisión provisional oficiosa con el catálogo de delitos graves.

En lo que respecta al tercer grupo de casos que el artículo 150 fracción I CNPP considera como delitos graves —el de los delitos cuyo término medio aritmético sea mayor a cinco años de prisión—, se rebasan sin discusión los presupuestos que marca el artículo 19 párrafo segundo CPEUM para el diseño del catálogo de delitos graves.

Así es, el artículo 19 párrafo segundo CPEUM no reconoce un catálogo de delitos graves tan amplio como el que pretende diseñar en este punto el legislador del CNPP. Los delitos que ameriten pena de prisión cuyo término medio aritmético sea mayor a cinco años, son delitos graves conforme al artículo 150 fracción I del CNPP. Por ello, la disposición se coloca absolutamente fuera de lo que reconoce y limita el artículo 19 párrafo segundo CPEUM, pues los delitos contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud, ya han sido considerados como de prisión preventiva oficiosa en el artículo 167 CNPP, por lo que, abrir el catálogo de delitos graves a través de esta particular y añeja fórmula aritmética, no puede sino considerarse inconstitucional. En ningún lugar de la CPEUM se reconoce tal posibilidad.

De hecho, el problema se agudiza. Y se agudiza porque parece que el legislador del CNPP se olvida de que la definición de las conductas típicas y, con ella, la selección de la naturaleza y cuantía de las penas que por ellas pueden imponerse, sigue estando en manos de los órganos legislativos de los diferentes estados de la República. De esta forma, si en algún código penal del país se establece (o modifica) el rango de pena aplicable por la comisión de un delito y se le coloca por encima de los cinco años de prisión en su término medio aritmético, se produciría un delito grave para efectos de la detención en caso urgente. Así, el legislador del CNPP deja a merced de los congresos locales la definición de un catálogo más o menos amplio de delitos graves.

Las consecuencias de tan peculiar forma de ver el catálogo de delitos graves para efectos de la detención en caso urgente, no se dejan esperar.

En primer lugar, se diluye la seguridad jurídica que la CPEUM pretende proyectar en una materia tan sensible como lo es la libertad de las personas y, especialmente, en el ámbito de la detención ministerial por caso urgente. En segundo lugar —en línea de coherencia con lo anterior—, se fractura la homologación de Derecho penal objetivo instrumental que se pretende lograr a través del CNPP. Y es que esta forma tan dislocada de apreciar los delitos graves en el CNPP, permitirá que algunos delitos sean graves para efectos de la detención en caso urgente en algunos estados de la República y en otros no.

V. CONCLUSIONES

El artículo 146 CNPP, que desarrolla las hipótesis de detención en flagrancia e inmediatamente después a que alude el artículo 16 párrafo quinto CPEUM, contiene disposiciones que no se corresponden con lo señalado en dicho precepto constitucional. La amplificación del supuesto de detención inmediatamente después de cometido el delito, a través de la fórmula de la llamada flagrancia por señalamiento, desajusta lo dispuesto por el constituyente y produce riesgos muy serios de seguridad jurídica.

Con tan aventurada disposición se genera, sencillamente, una forma de detención que no reconoce la CPEUM y que no es sino un remanente del antiguo sistema de enjuiciamiento criminal que, dada su amplitud, permitía que la legislación procesal penal federal o del orden común, reconociera hasta tres formas de detención en flagrancia completamente distintas.

Como segundo punto, en el ámbito de la detención ministerial por caso urgente, también se han cometido excesos legislativos.

El legislador del CNPP confunde las categorías delictivas que ameritan prisión provisional oficiosa, con los delitos graves que configuran la plataforma primera para que el Ministerio Público pueda ordenar una detención en caso urgente. Y es que el artículo 19 párrafo segundo CPEUM sólo reconoce como delitos graves aquellos que atenten contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud. Fuera de tales cotas no existen otros delitos que puedan ser calificados como graves para efectos de la detención ministerial por caso urgente.

Pero aun considerando como delitos graves también aquellos que ameritan prisión preventiva oficiosa conforme al artículo 19 párrafo segundo CPEUM y, cuidadosamente, la mayoría de los señalados en el artículo 167 CNPP, no hay forma alguna para colocar dentro de ese conjunto a los delitos cuyo rango penal, en su término medio aritmético, rebase los cinco años de prisión.

En definitiva, dicha regla aritmética no es sino un capricho legislativo completamente ajeno al contexto constitucional que, sin duda, provoca la más absoluta inconstitucionalidad del artículo 150 fracción I CNPP y que, de no corregirse en el corto plazo, supondría tener que arrostrar los excesos legislativos en aquellos Estados de la República que, valiéndose de su capacidad para legislar en materia penal sustantiva, generarían, a través de la modulación de los diferentes rangos penales, un mayor o menor catálogo de delitos graves.