



Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

LA LIBERTAD Y EL PROCEDIMIENTO PENAL

T E S I S

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a

SOLEDAD JARA FERNANDEZ



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

LA LIBERTAD Y EL PROCEDIMIENTO PENAL

I N D I C E

	Página
INTRODUCCION	
CAPITULO PRIMERO	
LA LIBERTAD Y SUS DIVERSAS ACEPTACIONES	
I. Concepto de libertad	8
A) Libertad normativa o jurídica y libertad psicológica	12
B) Su aspecto sociológico	18
II. Punto de vista filosófico y jurídico	27
A) La libertad en el ámbito del derecho natural	33
B) La libertad en el ámbito del derecho positivo	39
Conclusiones	43
CAPITULO SEGUNDO	
EL PROCEDIMIENTO PENAL Y LAS FORMAS LIMITATIVAS A LA LIBERTAD	
I. Breve análisis de nuestro procedimiento penal	
A) Concepto y caracteres generales	45
B) Etapas del procedimiento penal	55
II. El auto de formal prisión	
A) Concepto	58
1).- Requisitos que debe contener	62
2).- Momento en que debe dictarse	65
3).- Efectos que genera	69
B) Auto de sujeción a proceso	74
C) La detención, análisis comparativo con la aprehensión (crítica del sustentante)	75
1).- Prisión preventiva y consecuencias que genera	80
2).- Prisión por cumplimiento de sentencia	88

	Página
III. Clasificación de los delitos en razón del momento de su perpetración	
A) Flagrancia y cussiflagrancia	90
B) Flagrancia presuntiva y notoria urgencia	94
Conclusiones	97
CAPITULO TERCERO	
LA OBTENCION DE LA LIBERTAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL	
I. La libertad provisional bajo caución	
A) Concepto y finalidad	I00
1) Requisitos previos para su procedencia	I07
a) Momento en que puede solicitarse	II2
b) Autoridad que puede concederla	II8
c) Fijación de la caución	II9
d) Revocación de la libertad caucional	I23
2) La libertad previa administrativa, su concepto y panorama general	I26
a) Momento en que debe dictarse y requisitos para concederla	I29
b) Autoridad facultada para dictarla	I33
II. Diversos tipos de libertad que se generan en el procedimiento penal	
A) Libertad por falta de elementos para procesar	I37
1).- Libertad por desvanecimiento de datos	I40
2).- Libertad por conclusiones no acusatorias	I48
3).- Libertad bajo protesta	I55
4).- Condena condicional y libertad preparatoria	I59
B) Libertad por prescripción	I65
1).- Libertad por perdón	I69
2).- Sentencia absolutoria	I70
Conclusiones	I75
Bibliografía	I78

INTRODUCCION

La realización de la presente tesis, obedece a la inquietud que ha nacido a través del estudio de la Ciencia del Derecho, en especial la rama penal, derecho social que tutela los bienes -- primordiales del ser humano, así como la correcta aplicación de la justicia.

Existen derechos y libertades que se consideran fundamentales del individuo, es así como la libertad personal se sitúa entre los valores más altos de la jerarquía social, y por lo tanto, las constituciones políticas de los países, tienden a proteger ampliamente -- este derecho como una garantía social; sin embargo, la privación de dicha libertad, se traduce en una de las más graves intromisiones a la esfera de los derechos humanos. Esta situación es muy delicada, ya que el individuo detenido se encuentra a merced de las autoridades, indefenso cuando se le tortura o humilla, incomunicado o expuesto a cualquier tipo de agresiones, ya sea físicas o morales.

El proceso penal, que consta de las diferentes fases de la justicia penal, el cual comprende desde la inculpación de un individuo, hasta la condena por la comisión de un delito, es la base del presente trabajo, para ir desarrollando sucesivamente los diferentes -- planteamientos en torno a la libertad personal, aspecto principal del -- presente estudio. En qué momento puede el ser humano perder su libertad? y de que manera, esa libertad negada puede ser recuperada en forma legal, ajustándose a los requisitos previamente establecidos en nuestras leyes.

Todo ser humano, que se encuentra sujeto a alguna investigación criminal, cuenta con la protección de nuestra Constitución Política; y tiene el derecho de obtener su libertad personal, si --

previo el estudio de su situación particular, se encuadra dentro de los lineamientos legales.

La presente exposición, comienza con el análisis del concepto de libertad, cómo ha evolucionado el mismo en la conciencia colectiva de una sociedad, cuáles son sus connotaciones jurídicas, filosóficas y sociológicas, así como el Dualismo que ha existido entre el Derecho natural y el positivo.

Por lo que se refiere al segundo capítulo, analizaremos de manera sucinta el procedimiento penal, y las diferentes formas que existen para limitar la libertad personal, siendo el auto de formal prisión y la detención preventiva, las cuestiones de mayor importancia.

Por otra parte, se analizarán de un modo global las diferentes alternativas con las que contamos para recuperar la libertad perdida, así como las distintas leyes que brindan protección jurídica.

En efecto, nos avocaremos a estudiar los diversos medios que existen para obtener la libertad en el procedimiento penal, dentro del capítulo tercero, siendo sus partes principales la libertad provisional bajo caución y la libertad previa administrativa, y los tipos de libertad que se generan en el procedimiento penal, para llegar finalmente a la sentencia absolutoria.

Cierto que el tema que nos ocupa, constituye un marco muy amplio, sin embargo, al final de cada capítulo se introducen las conclusiones, para objetivar las observaciones que se realizaron en el transcurso del presente estudio.

Ahora bien, por lo que se refiere al marco teórico y legislativo empleado, la primera parte contiene notas de pie de página eminentemente doctrinales, y en los capítulos subsiguientes, se --

alude a las recientes reformas legislativas. En cuanto a las fuentes de consulta, la presente tesis se llevó a cabo visitando distintos centros de investigación, como son: El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., que cuenta con valiosos materiales jurídicos de diversos países, la biblioteca de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y el Instituto de Ciencias Penales, así como el Seminario de Derecho Penal y el de Filosofía del Derecho en la U.N.A.M., herramientas que me ayudaron enormemente a la consecución de la presente tesis.

El objetivo de ésta sencilla colaboración, es poner de manifiesto las irregularidades que existen en la aplicación de diversas normas, así como constatar que es urgente un cambio en la manera de aplicar la justicia. Si el Derecho Penal, se concibe como un derecho eminentemente social, debe brindar una verdadera protección al individuo, por medio de normas que garanticen sus derechos fundamentales dentro de la sociedad en la cual vive.

Creemos que el cambio del ser humano es verdaderamente interno, lo único que nos resta decir, es que debemos tratar de humanizarnos cada vez más, para evitar los abusos y errores deliberados que la mayor de las veces se cometen por negligencia.

La justicia está en nuestras manos, y como instrumento tratemos de utilizarlo en beneficio de nuestra colectividad.

CAPITULO I

LA LIBERTAD Y SUS DIVERSAS ACEPCIONES

I. Concepto de libertad

Aludir al significado de la palabra libertad resulta una tarea realmente difícil, debido a los diferentes matices y connotaciones que se le atribuyen a esta palabra y debido a los usos que se le otorgan, ya que no solo puede aplicarse al individuo y su conducta sino también a las cosas ya sea en sentido físico, jurídico o moral.

Es necesario distinguir la libertad como atributo de la voluntad del hombre, de la libertad como derecho; ya que la primera se entiende como el poder que el individuo tiene de autodeterminarse --poder de obrar o de no obrar, o, de escoger--, este tipo de libertad es esencial al individuo, es algo que le pertenece por el solo hecho de ser humano; mientras que la libertad jurídica deriva de una norma "la libertad jurídica no es poder, ni capacidad derivada de la naturaleza, sino derecho"⁽¹⁾

Ahora bien, tomando en cuenta que el ser humano posee una personalidad, es lógico que quiera realizar sus propios fines valiéndose de los diferentes medios que se encuentran a su alcance, pero es necesario que para lograr esto, es decir para que el individuo se realice como ser social posea su libertad la cual es una condición indispensable para buscar su propia felicidad "La libertad es concebida no solamente como una mera potestad psicológica de elegir propósitos determinados y escoger los medios subjetivos de ejecución de los mismos, sino como una actuación externa sin limitaciones o restricciones que hagan imposible o impracticable los conductos necesarios para la actualización de la teleo-

(1).- Eduardo García Maynez, Introducción al Estudio del Derecho., 25a. edic. Edit. Porrúa, México 1975 p. 216.

logía humana!"
(2)

La conducta humana debe estar determinada por fines, de esta manera el individuo debe poseer su libre albedrío, el cual le permita actuar sin presiones, poseyendo de esta manera - su propia voluntad la cual estará encaminada a realizar actos que vayan de acuerdo a la personalidad propia de cada ser. El hombre es un fin en si mismo y no un simple medio ya que si esto fuera así, - el individuo se convertiría en un simple objeto para la prosecución de diversos fines que estarían fuera de su propia esfera. Tal es - el caso de las personas que viven dentro de regímenes totalitarios donde el Estado es el fin supremo y el individuo no pasa de ser una simple herramienta, desposeyéndole de su natural libertad.

Kant consideraba a la libertad como un derecho innato y natural en el hombre, este derecho comprende la idea de una igualdad formal, y postula que todo hombre es independiente y su - propio amo. Asimismo, afirma que la dignidad humana exige que na_ die pueda usar a otro hombre como un medio para la realización de sus propósitos subjetivos; todo ser humano debe ser tratado como un fin en si.

La actividad del ser humano gira en torno a su libertad, de tal manera "que el hombre necesita de la sociedad para conservarse y superarse, para perfeccionarse; y la sociedad misma - que constituye el ambiente natural en que el hombre se desarrolla, es igualmente susceptible de perfeccionamiento por la acción inteli

(2).- Ignacio Burgoa, Las Garantías Individuales., IIa edic. Edit. Porrúa, México 1978 p. 18.

gente y libre de quienes la integran"
(3)

Del párrafo señalado con antelación, desprende mos que tan solo por medio de los actos voluntarios y libres del hombre su desarrollo y progreso estarán fincados firmemente.

Afirma el Maestro Preciado Hernández "que si al hombre se le niega su libertad, este se convierte en una de tantas cosas, movido como estas por fuerzas extrañas y sujeto a la causalidad fatal de las leyes físicas"
(4)

En efecto, libertad significa la ausencia de - trabas para realizar alguna cosa, " facultad de elección frente a un número limitado de posibilidades"
(5)

"Si el hombre es un ser esencialmente volitivo y si su voluntad se enfoca invariablemente y absolutamente hacia la obtención de su felicidad, es evidente que constituye como lo concibe Kant, un ente autoteleológico (persona). Por consiguiente, en función de la auto-teleología, el hombre es naturalmente libre para concebir sus propios fines vitales y para seleccionar y poner en - práctica los medios tendientes a su realización"
(6)

La libertad viene siendo una realidad radical sobre la cual se asienta el Derecho. Pues como forma de vida,

(3).- Rafael Preciado Hernández, Lecciones de Filosofía del Derecho., 9a. edic. Edit. Jus, México 1978 p. 187.

(4).- Ibid p. 189

(5).- Jorge Xifra Heras, Curso de Derecho Constitucional Tomo I p. 334.

(6).- Ignacio Burgoa, Op. Cit. p. 22

está existencial y ontológicamente inserto en la libertad,⁽⁷⁾

Recordando los antecedentes históricos de la Roma antigua, nos daremos cuenta que en esos tiempos remotos existían dos clases sociales : los libres y los esclavos, los libres pertenecían a la clase alta y tenían todo el predominio sobre el resto de la población esclava. Durante esta época, Roma consideraba a los esclavos no como personas, y si como cosas, de aquí deducimos que la libertad no era un derecho innato , sino algo sujeto a las arbitrariedades o disposiciones del Estado.

Este antecedente nos muestra claramente que la libertad, entendida como tal, no era inherente a la naturaleza humana; y hubo de pasar mucho tiempo para que el estado de las cosas cambiasen, no fue sino hasta que surge la Revolución Francesa cuando se proclama la Libertad Universal del ser humano, y por ende, ésta se hace extensiva a todo sujeto. La situación de igualdad de todos los seres humanos queda de esta manera verificada frente al Derecho con la Declaración de 1789 y la libertad se convierte así, en un Derecho público subjetivo, oponible y exigible al Estado.

" La libertad individual, como elemento inseparable de la personalidad humana, se convirtió pues en un Derecho público cuando el Estado se obligó a respetarla"

(8)

De esta manera la libertad llega a convertirse en una garantía individual elevada a rango constitucional.

(7).- Cfr. Luis Legaz y Lacambra, *Filosofía del Derecho.*, 2a. edic. Edit. Bosch, Barcelona 1961 p. 738.

(8).- Ignacio Burgoa, *Opus Cit.* p. 333

A). La libertad normativa o jurídica y libertad psicologica

" Ser libre desde un punto de vista jurídico, es poder hacer nuestra voluntad dentro de los límites de la Norma auténticamente jurídica, dentro de los límites de la norma que no es mera expresión de la voluntad de los más fuertes, sino consagración o realización de la justicia, de ese valor universal que impone deberes por igual a gobernantes y gobernados"
(9)

La libertad jurídica o normativa encierra el valor "Justicia", el cual es uno de los valores ideales de toda sociedad, para la protección de sus miembros, " En la historia de los movimientos para la conquista y garantía de la libertad jurídica y personal, se ha reconocido primordial importancia a la necesidad de evitar que nadie sea arbitrariamente detenido, preso, confinado ni desterrado; y en este sentido la mayor parte de las Constituciones de los Estados civilizados, así como también la "Declaración Universal de los derechos del hombre", formulan los derechos pertinentes en esta materia". En nuestra Constitución el artículo 14 Constitucional con miras a garantizar la libertad del individuo contra posibles abusos judiciales, se prohíbe imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por ley aplicable a delito previamente tipificado.

La libertad jurídica implica un no obstaculizar o poner trabas a un individuo en el desarrollo de sus actividades, en tanto que estas se propongan fines lícitos. Por ejemplo

(9).- Luis Recasens Siches., Tratado de Filosofía del Derecho., 5a edic. Edit. Porrúa , México 1975. p. 127.
(10). Ibid p. 572

no se le debe negar a ninguna persona el derecho de trabajo, ni de realizar un trabajo concreto lícito que haya obtenido, para el cual reúna los requisitos de competencia técnica establecidos por la ley, es decir, que el individuo no debe de estar realizando actos fuera de la Norma Jurídica expresa, sino adherirse a los mandatos de la misma para gozar de una plena libertad jurídica propiamente dicha.

"La libertad jurídica es libertad organizada, - precisada, recortada. Por consiguiente para la libertad (natural) es norma, así como para la norma es libertad (jurídica). Por eso, la libertad jurídica no es una magnitud negativa sino positiva. El ordenamiento jurídico, en cuanto constituye un sistema de proposiciones -- normativas herméticamente pleno, tiene que integrarse con una norma de libertad fundada apriorísticamente en la esencia misma del Derecho como forma del vivir social, según la cual, lo no prohibido tiene - que interpretarse como jurídicamente permitido. La libertad jurídica se integra con lo permitido en cuanto no prohibido y con todo aquello que se puede jurídicamente hacer con eficacia y seguridad reconocida por el Derecho. En este sentido, coincide con la esfera -- del derecho subjetivo, entendido en el más amplio sentido posible. Ser libre jurídicamente significa estar en situaciones de derecho - subjetivo y desenvolverse en ellas con la seguridad de lograr los - efectos normales y de no ser impedido en el uso de las propias facultades sino por normas jurídicas regularmente establecidas"

(II)

Respecto del anterior párrafo, diremos que la

(II).- Luis Legaz Lacambra, Opus Cit. p.738.

idea de dignidad de la persona humana implica necesariamente el principio de la libertad individual. Si el hombre es un ser que tiene fines suyos propios, si es un ser que constituye un fin en si mismo y dichos fines pueden ser cumplidos tan solo por propia decisión individual, resulta claro que la persona humana necesita una esfera de franquea, de libertad, dentro de la cual pueda operar por si propia.

"La libertad jurídica es esencialmente necesaria al ser humano, porque la vida del hombre es la utilización y desarrollo de una serie de energías potenciales, de una serie de posibilidades creadoras que no pueden ser encajadas dentro de ninguna ruta preestablecida. El desenvolvimiento de la persona solo puede efectuarse por medio de las fuerzas creadoras latentes en todo ser humano"

(12)

En general, solo mediante la libertad personal podrá el hombre desenvolverse como ser social y humano ; por lo tanto la Libertad Jurídica consistirá en hallarse libre de coacciones o ingerencias indevidas, públicas o privadas, la libertad consiste en ser dueño del propio destino, es decir en no ser esclavo ni siervo de nadie, ni de ningún otro individuo y menos de una colectividad, ni aún del Estado.

(13)

(12).- Luis Recasens Siches, Opus Cit. p. 560.

(13).- Ibid, p. 561. Cfr.

Libertad psicologica

"Psicológicamente ser libre es poder optar entre dos o más posibilidades, independientemente de cualquier juicio de valor sobre los caminos que se ofrecen a su elección"⁽¹⁴⁾ es decir que la libertad consiste en elegir libremente la conducta deseada, - actitud que se va a tomar frente a este o cualesquier otro hecho, - no va a existir nada que obligue a ese ser a tomar tal o cual decisión, desde su interior va a saber que es lo que le conviene; ya que todo acto humano es una síntesis de razón y voluntad presididas por la libertad, razón para conocer y comparar las posibilidades que se ofrecen a la inteligencia; voluntad libre para optar o preferir mediante una determinación, el camino seleccionado por el entendimiento.⁽¹⁵⁾

Si se suprimiesen en el ser humano su poder de elegir entre uno o más caminos a seguir, así como su finalidad, -- simple y llanamente se acaba de golpe con la persona humana, ya que si ésta es incapaz de anteponerse metas y continuar sin obstáculos hacia ellas no es una persona, sino un objeto.

Lo que sucede en los países que cuentan con regímenes totalitarios, es un ejemplo de la falta de libertad en los miembros que forman parte de esas sociedades, ya que el hombre no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar un fin. La política de estos países consiste en destinar todo hacia el fin supremo

(14).- Rafael Preciado Hernández, Ensayos Filosóficos, Jurídicos y Políticos. Ia. edic. Edit. Jus, México, 1977. P. 127.

(15).- Ibid. p. 126

que es el Estado, el hombre se reduce hasta el grado de acatar únicamente aquello que va a favorecer al Estado que lo protege, jamás existirá una conducta que atente contra los detentadores del Poder. Al respecto dice el Maestro Preciado Hernández que "El Estado que tolera el relajamiento de las costumbres falta a su deber esencial, pero el Estado que fomenta o contribuye positivamente a producir un medio social contrario y hostil a la libertad individual, dificultando y poniendo trabas al desarrollo o plena realización de la persona humana, es un criminal monstruoso!"
(16)

Rousseau postulaba que el verdadero ser del hombre era su autonomía ética, que la libertad era parte suya tanto como la gravedad lo es de la materia, y que el derecho y el Estado podían ser comprendidos únicamente a la luz de esta realidad fundamental.

Del anterior párrafo se deduce que la autonomía del hombre significaba que toda norma legal era legítimamente obligatoria solo si se ha creado con la libre participación de quienes están sujetos a ella, esta decisión libre se comprende como una verdadera expresión de la autonomía humana, y como indicación de la voluntad general.

(17)

Por otra parte, citando al Filósofo Emmanuel Kant, diremos que su Doctrina Jurídica se basaba en el campo de la razón práctica, la cual encuentra sus bases en la libertad y auto -

(16).- Ibid. p. 130

(17).- Cfr. Carl Joachim Friedrich, La Filosofía del Derecho., Ia edi. Edit. Fondo de Cultura Económica, México 1969 p. 181.

nomía del hombre y en la expresión de ambas por medio de la acción autónoma, reduciendo todos los derechos innatos a uno: la libertad, en el sentido de independencia de la coacción arbitraria de otro. "Es el único derecho que pertenece a todo hombre, por razón de su - condición humana"

(18)

(18).- Ibid, p. 189.

B). Su aspecto sociológico

El hecho de analizar la problemática de la libertad, no resulta una tarea sencilla ya que ello representa un -- campo bastante amplio debido a la correlación que existe entre es_ te concepto y las diferentes ciencias ; sería por demás imposible abordar el tema de la libertad desde un punto de vista jurídico, sin atender al aspecto psicológico, social y filosófico, puesto que los datos que arrojan estas Ciencias son de suma importancia para así llegar a una conclusión perfectamente concatenada y analizar de es_ ta manera la libertad como uno de los dones primarios del hombre, - así como la evolución que se ha logrado a través de las distintas etapas de la historia debido a la importancia que tiene dentro de la crisis social y cultural de nuestro tiempo, el significado de la libertad para el hombre moderno.

Respecto del párrafo anterior, la libertad tan sólo puede ser entendida en base a un análisis de la estructura del carácter del hombre; pero debido a que este aspecto no es el tema principal de la presente tesis, únicamente trataré de realizar un bosquejo general para puntualizar que la entidad básica del proceso social es el individuo, sus deseos y sus temores, su razón y sus - pasiones, su disposición para el bien y para el mal.

Para entender la dinámica del proceso social tenemos que entender la dinámica de los procesos psicológicos que - operan dentro del individuo, del mismo modo que para entender al in_ dividuo debemos observarlo en el marco de la cultura que lo moldea.

El hombre moderno, libertado de los lazos de la sociedad pre - individualista lazos que a la vez lo limitaban y le otorgaban seguridad, no ha ganado la libertad en el sentido positivo de la realización de su ser individual, esto es, la expresión de su potencialidad intelectual, emocional y sensitiva. Aún cuando la libertad le ha proporcionado independencia y racionalidad, lo ha aislado y, por lo tanto, lo ha tornado ansioso e impotente.

(19)

Pasando ahora a otro punto, es muy importante señalar que la democracia puede subsistir si se logra un fortalecimiento y una expansión de la personalidad de los individuos, que los haga dueños de una voluntad y un pensamiento auténticamente propios.

En su dimensión psicológica, la crisis afecta justamente a la personalidad humana. El hombre ha llegado a emerger tras el largo proceso de individuación, iniciado desde fines de la Edad Media, como entidad separada y autónoma, pero esta nueva situación y ciertas características de la estructura social contemporánea lo han colocado en un profundo aislamiento y soledad moral.

A menos que logre reestablecer una vinculación con el mundo y la sociedad, que se fundamente sobre la reciprocidad y la plena expansión de su propio yo, el hombre contemporáneo está llamado a refugiarse en alguna forma de evasión a la libertad. Tal evasión se manifiesta, por un lado, por la creciente estandarización de los individuos, la paulatina sustitución del yo auténtico,

(20)

(19).- Cfr. Erich Fromm, El miedo a la Libertad., Vol 7 Edit.Paidós Buenos Aires, Argentina Noviembre 1977. p. 22

(20).- Cfr. Ibid. p. 17.

por el conjunto de funciones sociales adscritas al individuo, por - el otro, se expresa con la propensión a la entrega y al sometimiento voluntario de la propia individualidad a Autoridades Omnipotentes que la anulan -- El Estado Comunista --.

"El camino de la salvación que se ofrece a la humanidad es el tránsito de la libertad negativa a la positiva"
(2I)

Por otra parte, es importante recordar que la Democracia como forma de Gobierno ha tenido que enfrentarse a diversos problemas; los pueblos han luchado encarnizadamente porque se les tome en cuenta su voluntad, por querer tener voz y voto en las decisiones gubernamentales, pero existen también por otro lado los individuos con ansia desmesurada de poder, de dominación; el mundo ha visto con dolor lo que la ambición y el ansia de dominio sobre el débil ha hecho sobre la humanidad; la Ia. Guerra Mundial era considerada como la última, y las democracias parecían haber adquirido nuevas fuerzas, pero al paso del tiempo surgieron otros sistemas que se adueñaron de la vida social y personal del hombre - Nazismo y Fascismo -, lo cual originó terribles luchas y una decadencia psicológica a nivel general; el pueblo no sabía porque se peleaba, únicamente se sometía al poder detentado por el Estado - Hitler, --- Mussolini -, decayendo todo esto en la 2a. Guerra Mundial pisoteando los derechos fundamentales y primordiales del hombre y acarreado como consecuencia una crisis política, económica y social conjuntamente al problema humano.

(2I).- Cfr. Reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo, y La Libertad en el Estado Moderno., Buenos Aires, Argentina. 1946 p. 30

Respecto del párrafo anterior, debemos entender que el problema de la Democracia no corresponde únicamente a Italia o Alemania, sino que puede suceder en cualquier Estado moderno, es dialéctico.

Ahora bien, si analizamos la posición del pueblo alemán antes de la 2a. Guerra, nos daremos cuenta que psicológicamente, casi como un rebaño la muchedumbre tenía deseos internos de sumisión, de confiar en un "Lider" y dejar toda la responsabilidad sobre el mismo, la gente no tenía deseos de pensar, simplemente delegaron toda responsabilidad en un ser superior a ellos.

Por su parte, Hitler representa el tipo ansioso de poder, y como tal utiliza toda su fuerza carismática para inducir a un pueblo cansado y avejentado a la guerra más inverosímil de la Historia; no es toda la culpa de él, fué el pueblo quien lo elevó a la cima del poder, "Al pueblo alemán el vocablo "Dictadura" se le quedó en el oído vistiéndolo de uniformes resplandecientes, generando en su propio seno al funcionarillo místico, sádico e impotente que lo llevó al tercer Reich y enterró a sesenta millones de seres de su especie mientras iba gritando Heil! ¡Heil!

(22)

Al considerar el aspecto humano de la libertad nos surge una pregunta: ¿qué es la libertad como experiencia humana? ¿es el deseo de libertad algo inherente a la naturaleza de los individuos? ¿cuáles son los factores sociales que llevan a luchar por la libertad? ¿no existirá tal vez junto a un deseo innato de li

(22).- Cfr. Wilhelm Reich, Escucha pequeño hombrecito., Edit. Pasquín, México 1979 p. 33.

bertad, un anhelo instintivo de sumisión? o, es que existe una satisfacción oculta en el sometimiento?

(23)

"El análisis del aspecto humano de la libertad y de las fuerzas autoritarias nos obliga a considerar un problema general, a saber el que se refiere a la función que cumplen los factores psicológicos como fuerzas activas en el proceso social; y esto nos puede conducir al problema de la interacción que los factores psicológicos, económicos e ideológicos ejercen en aquél proceso:"

(24)

Del análisis del párrafo anterior, deducimos - que puesto que los hombres son iguales y tienen un mismo deseo de felicidad, es lógico que no existen en el mundo bienes suficientes para satisfacer a todos por igual, de ahí que necesariamente se combatan unos a otros y busquen el poder con el fin de asegurarse el goce futuro de lo que poseen en el presente, al respecto cabe señalar que de hecho la lucha de clases ha existido siempre: el fuerte contra el débil, el amo sobre el esclavo y hasta nuestros días, la clase oprimida por los poderosos; de esta manera la libertad se convierte en algo totalmente limitado, sin embargo, el hombre cuanto más gana en libertad, más se transforma en individuo, tanto más se ve en la disyuntiva de unirse al mundo en la espontaneidad del amor y del trabajo creador o bien de buscar alguna forma de seguridad que acuda a vínculos tales que destruirán su libertad y la integridad de su yo individual.

(25)

(23).- Vfr. Erich Fromm, Opus. Cit. p. 28

(24).- Ibid. P. 29

(25).- Ibid. p. 45

La existencia humana y la libertad son inseparables desde un principio, se tiene la libertad de, es decir, la liberación de la determinación instintiva del obrar, la libertad es un don ambiguo ya que el ser humano al nacer, tiene que ser protegido por su madre, y depender de ella un tiempo más largo que -- cualquier otro animal, debe enfrentarse a todos los peligros y temores porque carece del aparato instintivo. Y sin embargo este mismo desamparo constituye la fuente de la que brota el desarrollo humano; "La debilidad biológica del hombre es la condición de la cultura humana"

(26)

De esta manera, se deduce que el ser humano al nacer y poder valerse por sí mismo rompe sus vínculos primarios, y se enfrenta de este modo a su mundo, a la sociedad que le rodea, y solamente en unión con los demás hombres podrá ser creativo y valorar la belleza y los más altos valores, escalando por ende la -- cultura y a la vez creándola día a día; basándose en una actividad bien encaminada en el amor y el trabajo espontáneos, cabe señalar al respecto "que del inmenso mundo de los esclavos no surgió pensamiento alguno, mientras que del restringido ámbito de los hombres libres de Atenas nos ha venido un patrimonio inmenso de Civilización"

(27)

Ya el Filósofo Hegel citaba "Que el campo del Derecho es, en general, la espiritualidad y su próximo lugar y punto de partida es la voluntad, que es libre, de suerte que la liberación"

(26).- Opus Cit. p. p. 55

(27).- Umberto Cerroni, Introducción al Pensamiento Político., - 6a. edic. Edit. Siglo Veintiuno Buenos Aires, Argentina -- 1974 p. 31.

tad constituye su sustancia y su determinación; y el sistema del Derecho es el reino de la libertad realizada, el mundo del espíritu, expresado de sí mismo, como en una segunda naturaleza!"
(28)

Se entiende de este modo, que el Derecho como Ciencia Jurídica se encarga de tutelar los bienes de la sociedad protegiendo a los individuos que la forman y siendo la libertad uno de los atributos esenciales y naturales del individuo, tiene ésta que ser primordial para el Derecho.

Ahora bien, si observamos el proceso de crecimiento de la libertad humana en su carácter dialéctico, encontraremos por un lado, la paulatina individuación del ser humano y por otro, su dominio sobre la naturaleza su solidaridad con otros seres humanos pero al mismo tiempo que va individualizándose, crece conjuntamente su inseguridad y aislamiento, todo esto tiene relación con la falta de armonía del desarrollo de la humanidad, y consecuentemente todo este proceso social degenera finalmente en conflictos y luchas.

Si analizamos la historia Europea y Americana desde fines de la Edad Media, nos daremos cuenta que es en ese momento cuando el individuo empieza a emerger, como un ejemplo del crecimiento espiritual del hombre podemos observar la etapa del Renacimiento que se inicia en Italia, rompiendo las cadenas y liberan o aquellos espíritus apresados en los individuos de la Epoca Medieval; tomando en cuenta la evolución de los procesos económicos

(28).- G. F. Hegel, Filosofía del Derecho., 1a. edic. Dirección General de Publicaciones. México, 1975 p. 29

cos y sociales que no pueden desligarse del comportamiento humano, durante la Baja Edad Media y el comienzo de la Edad Moderna, la economía de la sociedad occidental sufre tremendos cambios aparejado esto a un nuevo concepto de libertad, la cual encuentra una salida triunfante con la aparición de la Reforma y el individuo aprende a revelarse a lo ya establecido, surgen otras corrientes religiosas y la figura de Martín Lutero hace su aparición sembrando la duda en la conciencia de las masas "La Reforma constituye una de las raíces de la idea de Libertad y autonomía humanas, tal como ellas se expresan en la Democracia Moderna". A diferencia de la Sociedad Medieval, en que la ausencia de ⁽²⁹⁾ libertad individual era característica debido a la influencia de la Iglesia Católica y el Oscurantismo que reinaba, aunado esto a la poca movilidad social existente en ese entonces. Las clases sociales eran tan cerradas que era verdaderamente difícil pasar de una inferior a otra superior.

Durante el Renacimiento emerge la cultura de una clase rica y poderosa y al mismo tiempo el hombre se transforma en un individuo espiritual y se reconoce a sí mismo como tal; se desarrolla un espíritu cosmopolita y se le da importancia plena al arte en general.

Para resumir este breve análisis, diremos que al derrumbarse el sistema medieval de la sociedad feudal, el individuo de pronto se encuentra solo y aislado tenía al fin libertad más no hallaba que hacer con ella, ya que al privársele de su seguridad y del sentimiento de pertenencia se ve alejado de su mundo.

(29).- Erich Fromm, Opus Cit. p. 61

el cual lo satisfacía económica y socialmente al fin era libre de obrar y pensar con independencia, podía hacer con su vida lo que quisiera, sin embargo sólo la clase más afortunada pudo beneficiarse del naciente capitalismo, mientras que la otra se veía oprimida y sin condiciones de ganar mucho poder y seguridad acrecentando de esta manera un rencor hacia el lujo y poder de las clases ricas, incluyendo la jerarquía de la Iglesia Romana.

Por otra parte, incluso el protestantismo dió expresión a los sentimientos de insignificancia y de resentimiento; el protestantismo satisfizo las humanas necesidades del individuo atemorizado, desarraigado y aislado, que se veía obligado a orientarse y relacionarse con un nuevo mundo. De este modo deducimos que el carácter del individuo va sufriendo grandes cambios a la par de los cambios sociales y económicos, a medida que el poder y la riqueza se van ensanchando, el individuo se siente más y más relegado, aislado, incomunicado y por ende el hombre empieza a tener tendencias compulsivas por el trabajo, pasión por el ahorro, y un sentido compulsivo del deber. El proceso social al determinar el modo de vida del individuo, esto es su relación con los otros y con el trabajo, moldea la estructura del carácter; de esta se derivan nuevas ideologías - filosóficas, jurídicas, religiosas y políticas -.

(30)

(30).- Cfr. Ibid, p. 126

Véase Ernest Becker, La Lucha contra el Mal., 1a. edic. - (México 1978 Fondo de Cultura Económica) el origen de la desigualdad, p. 72.

II). Punto de vista filosófico y jurídico

El problema de la libertad ha constituido desde siempre uno de los problemas capitales de la Filosofía, que no se ha limitado a la explicación de la existencia o no existencia de la libertad psicológica, sino que la ha extendido al campo metafísico y ha hecho de la libertad o del determinismo el fondo de lo real.

Filosóficamente hablando, el concepto de libertad se define generalmente por oposición al determinismo, de coacción, de forzosidad, que son considerados según las circunstancias, como expresiones de una limitación (absoluta o relativa) de la libertad.

(31)

De acuerdo con la Tesis de Jules Lequier, el dilema, Libertad-Determinismo no puede ser objeto de demostración a favor de cualquiera de los términos, porque la afirmación de la libertad o del determinismo es esencialmente un acto de creencia anterior y previo a todo conocimiento.

Algunas de las ideas sobre Libertad, pasaron de los Griegos a los Filósofos Cristianos los cuales acentuaron la cuestión de la libertad humana y la predeterminación divina o libertad para la contemplación (San Agustín).

Los Escolásticos identificaron a la libertad con el Libre Albedrío pero también se distinguió -

(31).- Cfr. José Ferrater Mora, Diccionario de Filosofía Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1958 p. 801

entre el acto libre como acto voluntario y el acto del libre albedrío como una elección.

Recientemente se ha insistido en que la Libertad puede ser considerada como una necesidad y el hombre por lo tanto es necesariamente libre. La libertad consiste en hacerse a sí mismo -lo que constituye la característica del ser humano-.

La libertad como una manifestación práctica de la personalidad en el mundo sensible , es el más brillante testimonio de la dignidad humana, y la palanca más poderosa de todo progreso, puesto que ésta ha nacido en el mundo social y se ha desarrollado sucesivamente, a medida que el hombre ha adquirido , por el trabajo, la conciencia de sí mismo, fuerzas y facultades que puede emplear en la prosecución de todos los bienes del mundo ideal y real.

(32)

El hombre se concibe a sí mismo como una fuerza creadora en el orden social, el concepto de libertad se ha desenvuelto y ensanchado con la idea de la personalidad, antiguamente; la libertad solo era civil y política, ya que se concibe a la persona como constituida por el Estado, más sin embargo después del Cristianismo la libertad toma un carácter general y humano ya que se comprende que el origen del hombre es realmente divino y por lo tanto el sujeto debe de ser un agente libre.

El punto de vista de la Filosofía sobre el concepto de la libertad se basa en que ésta es un fin en sí misma

(32).- Cfr. Enrique Ahrens, Curso de Derecho Natural., 2a. edic. Edit. París, México 1876 p. 302

es uno de los principios eternos de la verdad, y debe utilizarse - como el más caro instrumento del hombre.

Sin embargo, la libertad ha venido transfor_ mándose en algo hueco y vacío, debido a las tendencias materialis_ tas de nuestra época, ya que en vez de que la libertad se compren_ da como una fuerza positiva que se manifiesta en la prosecución de los fines más altos del hombre aparece como todo lo contrario, una fuerza de negación, como una emancipación de las reglas y fines su_ periores de la vida.

"La verdadera libertad se manifiesta siempre por actos cuyo origen o motivos residen en el mundo ideal de los - principios de lo que es verdadero y bueno, justo en sí" y cuanto más se cultiven en una sociedad humana los bienes superiores, más gana la libertad. (33)

Actualmente estamos viviendo un estado de li_ bertad individualista y abstracta, por todos lados se encuentran - las personas y sus intereses, el deseo de adquisición de goces -- impulsa todos los resortes de la inteligencia, y esto como ya lo habíamos señalado anteriormente deviene en crisis y luchas sociales.

Sin embargo cuando se tome a la libertad co - mo el instrumento de un fin racional, subordinándolo al principio - del bien, que es la ley, es entonces cuando se armonizará el desti_ no humano.

(33).- Ibid. P. 304

Punto de vista jurídico

"La libertad es considerada en principio como una categoría ética, y todas las definiciones de la libertad, por consiguiente deberán presuponer alguna concepción del bien común"
(34)

Ahora bien, tomando en cuenta que la naturaleza del hombre es el primer fundamento en el derecho relativo a la vida humana, de aquí se deriva la noción del bien, que es la regla y el fin del derecho, por lo tanto el Derecho Positivo garantizará la libertad como derecho supremo a los individuos que forman parte de una sociedad, por medio de estatutos, leyes, constituciones, etc., verbigracia en nuestra Constitución, el artículo 14, dice en su párrafo segundo que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Este párrafo, se refiere a la seguridad en la libertad personal mediante garantías procesales, ya que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.

A la seguridad de la libertad personal, pertenece también la garantía formulada en los principios "Nullum cri

(34).- Cfr. Carl J. Friedrich, La Libertad., Edic. Ia., Edit. Roble México 1969 p. 335.

men sine lege previa", y "Nulla poena sine lege previa"; la cual - ha sido incorporada a las Constituciones y a las legislaciones de los pueblos civilizados.

(35)

Estos principios de que nadie debe ser condenado por actos u omisiones que al cometerse no estuvieran definidos como delitos por la ley, y de que a nadie se le deberá imponer una pena que no estuviese establecida en el momento de la comisión del delito, solo han sido negados por los Estados Totalitarios.

Ahora bien, ¿Qué tanto le interesa al Derecho velar por las libertades individuales? y ¿qué es lo que hace para poder garantizarlas?; dice al respecto el maestro Recasens Siches, que la Estimativa Jurídica debe establecer una política legislativa y judicial justas para que los valores queden protegidos por las normas que reconocen y garantizan los derechos primordiales que son los más altos en la Jerarquía de la Axiología Jurídica.

Se desprende del párrafo señalado con antelación que uno de los temas más importantes para la Estimativa Jurídica sea determinar lo que debe establecerse como un orden - - cierto y seguro ya que lo más importante sería asegurar el respeto a la dignidad de la persona y a su autonomía individual para que de este modo pueda llevar a cabo sus fines y cumpla con su destino propio.

(36)

Por lo que respecta a los diferentes Pensadores dentro de la Historia del Derecho, diremos que al igual que

(35).- Luis Recasens, Siches, Filosofía del Derecho 5a. edic. Edit. Porrúa México 1975 p. 574

(36).- Ibid. p. 619.

Montesquieu, Kant y otros Filósofos liberales del de_
 recho, Hegel pone al frente de toda su Filosofía del Derecho el -
 concepto de que el hombre debe ser libre. Tal es el verdadero ser
 del hombre, y al cobrar conciencia de este ser verdadero encuentra
 el hombre su verdadero destino. El derecho es, pues, para Hegel -
 el medio por el cual la libertad resulta posible, ya que proporciona
 a la Ley el orden dentro del cual puede actuar, y es esto lo que le
 da significado.

(37)

Hegel suponía que "la base del derecho y de -
 la Ley es, desde luego lo espiritual; su punto de partida la volun_
 tad , que es libre. La libertad constituye su sustancia y su fin
 - como ya lo habíamos citado anteriormente; y el sistema jurídico es
 el campo donde se realiza esa libertad, el mundo del espíritu crea_
 do por el esp íritu, como segunda naturaleza"

(38)

Por lo tanto, " La justicia y el Derecho son,
 entonces, resultado de que toda existencia humana es una existen -
 cia de seres de libre voluntad"

(39)

(37).- Carl J. Friedrich, La Filosofía del Derecho., Ia. edic.
 Edit. Fondo de Cultura Económica, México 1964 p. 200
 (38).- Ibid. .Locus. Cit.
 (39).- Ibid. Locus Cit.

A). La libertad en el ámbito del derecho natural

La libertad aparte de ser un derecho natural, es el más natural de todos los derechos, ya que el hombre desde que nace trae consigo mismo su libertad.

Por otra parte, es importante señalar que la relación que existe entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo ha sido objeto de diversas teorías, sin embargo, por no ser el tema principal de esta tesis no lo analizaré profundamente, sino únicamente haré mención a la correlación que existe entre estos dos conceptos para dejar en claro el significado del término libertad y las implicaciones filosóficas y jurídicas que en uno y otro concepto existen.

Una de las principales manifestaciones de realidad, es la que corresponde a la libertad fundamental del hombre, y el Derecho en su raíz es libertad.

Ahora bien, "El problema de la libertad implica el de la justificación y, por tanto, la afirmación del sentido metafísico del Derecho como libertad implica asimismo el planteamiento de los postulados y criterios justificativos del mismo".
(40)
Tomando en cuenta que el Derecho es un orden de vida, diremos que lo que el Derecho exige y lo que en Derecho se hace ha de estar justificado y solo se justifica lo que se ordena al bien.

En efecto, en el mundo de los seres libres, -

(40).- Luis Legaz y Lacambra, Opus Cit. p. 281.

la categoría expresiva del orden es la finalidad y de esta manera encontramos que la vida humana es un queacer, un proyecto y todo proyecto responde a un fin el cual cumplirá cabalmente, poseyendo su libertad, realizándose como un ser libre, como persona, y de esta manera disponer de su vida como instrumento.

Respecto del anterior párrafo, existe un Derecho Superior que recibe el nombre de Derecho Natural, el cual se encuentra fundado en la naturaleza humana. El Derecho es una forma de vida social que realiza un punto de vista sobre la Justicia.

"El derecho Natural vive como dato sociológico en las conciencias individuales y puede informar los comportamientos sociales de los hombres, actuar como forma efectiva de vida social sin convertirse formalmente en Derecho Positivo. De otro lado, todo Derecho Positivo existe como proyecto de realización del Derecho Natural!"
(41)

Del anterior párrafo, deducimos que no tiene porque existir pugna entre los conceptos de Derecho Natural y Derecho Positivo, aunque existan algunos pensadores como Kelsen que niega rotundamente el Derecho Natural, diciendo que no es nada más que una ideología o máscara al servicio de intereses puramente personales, la cual es una posición radicalmente positivista que no es del todo compartida.

"El Derecho es primaria y fundamentalmente Derecho Natural, derecho de la persona, que se positiviza por y -

para la persona como norma y como facultad"
(42)

Al respecto, afirma Leclercq que el Derecho Natural no son reglas morales, sino normas jurídicas que derivan de la naturaleza del hombre, sin embargo es más correcto afirmar que son normas éticas que expresan el sentido puro de justicia de las formas posibles de la vida social. Pero el Derecho Natural como el Derecho en general no consiste solo en normas, y por eso su realidad se inserta en el plano en el que la persona se afirma como tal frente a las otras, con las que convive, e impone su señorío sobre la naturaleza.

"El Derecho Natural no solo comprende criterios y principios, sino también normas cuyos supuestos son precisamente notas esenciales, comunes a todos los hombres, normas que consagran, desde luego, las prerrogativas de la persona humana, y que si bien representan conclusiones o aplicaciones de los primeros principios, se imponen casi con la misma evidencia que éstos, y no requieren formulación expresa en el Derecho Positivo"
(43)

Por otra parte, es importante señalar que la relación que existe entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, (eticidad y positividad) es algo completamente lógico, ya que "Lo positivo del Derecho consiste en su grado de eficacia o en su facticidad; el pensamiento iusnaturalista tradicional, refiere lo positivo del Derecho a la intervención de la voluntad, individual o

(42).- Ibid, p. 299

(43).- Rafael Preciado Hernández, Lecciones de Filosofía del Derecho., 9a. edic. Edit. Jus, México 1978 pp. 249 y 250.

colectivamente considerada, y reserva la noción de Derecho Natural para los criterios, principios y normas que derivan de la naturaleza racional, libre y sociable del ser humano! De aquí se deriva - que lo anteriormente señalado sirve de fundamento a toda ordenación jurídica histórica. En tanto que el Derecho Positivo por medio de las vías Legislativas o consuetudinarias desarrolla los principios del Derecho Natural.

El caso más justificado de la expresión "Derecho Natural" es aquél que se refiere a la esfera de los derechos fundamentales de la personalidad; pues el valor de la personalidad es de tal índole que no tolera que se le haga depender de su reconocimiento o no reconocimiento por un orden jurídico positivo; por eso repugna al sentimiento íntimo el decir, por ejemplo, que uno no tiene derecho a más libertad que aquella que conceden las leyes y que si las leyes positivas le niegan toda libertad, el hombre carece de libertad!

(44)

Para evitar confusiones diremos que el hombre siempre tendrá libertad aunque se la niegan las leyes, pero sin embargo, puede no tener un "Derecho de libertad" que es muy distinto, ya que la libertad como derecho significa que algo no está prohibido o que se está especialmente facultado para ello y que por eso en ambos casos, hay una instancia ante la que esa libertad puede ser hecha valer eficazmente en demanda de amparo; y que esa instancia tiene el deber de amparar, en algunas circunstan

(44).- Rafael Preciado Hernández, Opus cit. p. 36.

(45).- Luis Legaz y Lacambra, Opus Cit. p. 302

cias, ese derecho de libertad"

(46)

Afirma el Maestro Legaz y Lacambra, que en rigor siempre que se habla de un derecho natural de libertad, no se expresa sino un postulado ético-político en el que se demanda la - conversión de la libertad en un derecho positivo, es decir, sencillamente en un derecho, por falta de un impedimento. A no ser naturalmente, que se diga que el derecho natural a la libertad es el derecho que el hombre tiene a que su libertad sea convertida en -- un derecho.

(47)

Por todo lo anteriormente analizado, despremu demos que no puede existir una antinomia entre Derecho Natural y - Derecho Positivo, ya que "Confundir la circunstancia de que el deurecho natural o derecho filosófico es distinto del positivo, con - esto de que ambos sean recíprocamente opuestos y contrarios, sería un gran equívoco; ya que más bien, uno y otro están entre sí en la misma relación que las Institutas con las Pandectas"

(48)

El derecho natural vive y se realiza como - derecho en las formas de la vida social con sentido de justicia, - sin agotarse en ninguna de ellas ni en la suma de ellas. El de - recho natural se da con la persona, en cuanto que esta es un punto de intersección entre el mundo del espíritu y la realidad del munudo objetivo al que pertenece la vida social y así se puede decir que el derecho natural es el mismo ser-persona del hombre en la -

(46).- Ibid, p. 302

(47).- Locús Cit.

(48).- G. F. Hegel, Filosofía del Derecho., Ia. edic. Dirección - General de Publicaciones. México, 1975 p.22

relación esencial con las demás personas. Así el derecho es libertad, porque nace con la persona y para la persona; pero es también orden, porque es instauración de la persona, que está frente a las otras personas pero en esencial convivencia con ellas.
(49)

Para finalizar con este breve análisis, apuntaremos que el derecho en el más radical de los sentidos, es derecho natural que se realiza históricamente como derecho positivo en las formas sociales de existencia. En este sentido hay una unidad radical del derecho que supera el Dualismo de derecho natural y positivo entendidos como sistemas normativos diferentes, pues el derecho positivo es obra humana, y como todo lo humano ha de obedecer a una justificación,
(50)

(49).- Cfr. Luis Legaz y Lacambra, Opus Cit. p. 307

(50).- Cfr. Locus Cit.

B). La libertad en el ámbito del derecho positivo

Para puntualizar el significado de la libertad dentro del derecho positivo, será necesario dejar en claro el significado de la Positividad como elemento fundamental del derecho y la relación que tiene con el derecho natural.

En la opinión erudita del Maestro Legaz y Lacambra, "Derecho Positivo significa que el derecho es una realidad social, con las características propias de lo social" esto no (51) se refiere a la realidad sociológicamente vivida, sino que también incluye las formas vivibles de comportamiento social, ya sea que se encuentren formuladas imperativamente por la autoridad o en contenidos ideales de conciencia que poseen una cierta vigencia, ya sea en sociedades o grupos sociales determinados. (52)

De esta manera, se afirma que el derecho natural no es derecho por ser forma efectiva de vida social con sentido de justicia, sino por el sentido puro de justicia de una forma vivible o posible de vida social, es decir, de un proyecto de vida social que por su valiosidad intrínseca demanda su actualización, al convertirse en derecho positivo.

Por lo señalado con antelación, desprendemos que el derecho como forma de vida social, tiene un sentido de justicia y rectitud, y en cuanto que constituye una vigencia social estará dotado de Positividad, la cual a su vez significa "efectividad", en palabras de la Ciencia Jurídica Moderna esto se traduciría como una norma positivamente impuesta por la autoridad del Estado; al respecto afirma Santo Tomás de Aquino " Convenientemente se divide el Derecho en Natural y Positivo", ya que lo que es justo por naturaleza está intrínsecamente destinado a ratificarse por Ley o convención es decir, a realizarse como Derecho Positivo.

(51).- Ibid, p. 292

(52).- Cfr. Locus Cit.

(53).- Ibid.

La positividad del derecho significa su realidad jurídica, de esta manera derecho natural será la regla establecida por la razón natural de que entre lo que se da y lo que se -- recibe debe existir una proporción.

(54)

Ahora bien, pasando a otro punto, por lo que se refiere al ámbito de la libertad, se dice que la libertad pertenece esencialmente a la persona, no hay existencia humana, no hay existencia personal, donde falta la libertad, la cual se halla en la misma raíz metafísica de la vida

Tomando en cuenta que el problema de la libertad abarca dos aspectos fundamentales, ya sea como derecho natural del hombre y como derecho que se hace objetivo y positivo y por lo tanto efectivo, diremos que el derecho recorta la superficie de la libertad existencial y devuelve como recompensa la libertad jurídica de la persona.

Kant define al derecho "Como el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de un individuo puede co-existir con el arbitrio de otro, bajo una Ley general de libertad"

(55)

Del anterior párrafo se deduce que el derecho además de ser un órgano regulador de las relaciones humanas, cumple con esta función mediante la protección de intereses, y entre los que destacan el de la libertad, ya que con la protección de este valor se pretende evitar que la persona humana sufra intro

(54).- Cfr. Ibid, p. 295

(55).- C. J. Friedrich, Opus Cit. p. 201

misiones en la esfera jurídica que le es propia.

De esta manera, la libertad ha sido conseguida y garantizada en sus diversas formas de ejercicio. Así la Constitución de 1917, en su parte dogmática reconoce a la libertad como un derecho natural, elevado al rango de garantía individual (Artículo 14 Constitucional), y lo protege ampliamente por medio de un juicio especial de garantías previsto en el mismo texto legal.

La libertad en su dimensión social -de una a otra persona-, como la libertad política, posee serias limitaciones ya que debemos respetar las esferas jurídicas de los demás, afirma el Maestro Preciado Hernández que "No es ser libre el poder atacar impunemente a las Instituciones más vulnerables, el poder hacer escarnio públicamente de la verdad, de la justicia y de la moral, el poder atentar contra la familia, la nación o la patria. La libertad jurídica es protección para hacer el bien, para obrar rectamente, para combatir las aberraciones del espíritu, para fortalecer la comunidad de la familia; la unidad nacional, el amor a la Patria"

(56)

Por lo tanto, libertad es responsabilidad y proyección para realizar el Bien Común o por lo menos una noble empresa.

Anteriormente hemos señalado que la libertad es un derecho natural, en efecto este derecho, que no es otra

(56).- Rafael Preciado Hernández, Opus cit. p. 40.

cosa que la libertad natural, llega a ser libertad jurídica la -
cual a su vez se conoce como libertad civil.

CONCLUSIONES

- I.- El hombre por naturaleza es libre por lo tanto, podrá realizar sus propios fines y seleccionar los medios que más le convengan para su propia realización.
- 2.- El hombre es un ente autoteleológico, y la libertad significa la realidad sobre la cual se asienta el derecho.
- 3.- La libertad jurídica significa una libertad organizada, precisada y recortada; por lo tanto la libertad jurídica se integra con lo jurídicamente permitido, lo cual es reconocido por el derecho.
- 4.- Libertad significa ser dueño del propio destino.
- 5.- La positividad del derecho significa "efectividad", siendo que el derecho es una realidad social y posee un sentido de justicia y rectitud.
- 6.- El derecho natural es la regla establecida por la razón natural, de que entre lo que se da y se recibe debe existir una proporción por lo tanto, este derecho se hace positivo, objetivo y efectivo.
- 7.- La entidad básica del proceso social es el individuo.
- 8.- El hombre ha emergido tras un largo proceso de individuación, que se inicia a fines de la Edad Media, como entidad separada y autónoma y por ende, deberá vincularse con el mundo y la sociedad para no evadir la libertad.
- 9.- El hombre debe ser observado en el marco de la cultura que lo ha moldeado.
- 10.- Sociológicamente, el carácter del hombre está sufriendo grandes cambios, aparejado esto a los cambios sociales y económicos.
- II.- La libertad filosóficamente hablando es un fin en sí misma. El hombre es necesariamente libre, la libertad debe tomarse como el instrumento de un fin racional, cuyo principio es el bien, que es la ley.

- I2.- Jurídicamente, la libertad es el derecho supremo del individuo, y esta será garantizada por todos los medios posibles (artículo 14-constitucional), por lo tanto la norma jurídica garantiza y reconoce los derechos primordiales.
- I3.- La libertad es el más natural de todos los derechos. El derecho natural, es un derecho superior y se funda en la naturaleza humana.
- I4.- No debería de existir la pugna entre derecho natural y derecho positivo, ya que el derecho es fundamentalmente derecho de la persona, que se positiviza por y para la persona como norma y como facultad.
- I5.- La relación que existe entre eticidad y positividad, es lógica, ya que el derecho positivo por medio de las vías legislativas o consuetudinarias desarrolla los principios del derecho natural.

CAPITULO II

EL PROCEDIMIENTO PENAL Y LAS FORMAS
LIMITATIVAS A LA
LIBERTAD

I. Breve análisis de nuestro procedimiento penal

A) Concepto y caracteres generales.

Al iniciar el estudio del procedimiento penal, es importante hacer una distinción clara y precisa entre la idea de procedimiento de la de proceso, tomando en cuenta que la idea de procedimiento es una piedra angular dentro de la ciencia procesal, según Fenech, procedimiento, "es el sistema o conjunto de normas que regulan la procesión de los actos en el proceso penal, de modo que la dinámica procesal, o sea, el avance hacia el resultado querido por la norma, debe realizarse con arreglo a los preceptos procedimentales correspondientes. El procedimiento constituye, por tanto, una norma de la actuación". El mismo autor sostiene que en tanto el proceso consiste en una sucesión de actos, el procedimiento "es el método o canon para la realización de esta secuencia de actos. En una palabra, el procedimiento es la medida del proceso". Según el maestro Alcalá Zamora, procedimiento "es la serie de actuaciones o diligencias sustanciadas o tramitadas según el orden y la forma preescritos en cada caso por el legislador, y relacionadas entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo".

(57)

(58) Según el maestro Alcalá Zamora, procedimiento "es la serie de actuaciones o diligencias sustanciadas o tramitadas según el orden y la forma preescritos en cada caso por el legislador, y relacionadas entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo".

Florian, por su parte afirma, que los actos procesales se suceden coordinadamente conforme a tres criterios, a saber: el cronológico, el lógico y el del fin. Tomando en cuenta esta idea,

(57).- Sergio García Ramírez, Curso de Derecho Procesal Penal., Edit. Porrúa, México p. 334

(58).- Locus cit.

(59).- Ibidem.

así como la naturaleza del procedimiento, señalada por Couture, podemos decir, que aquél es una sucesión de actos, desarrollados conforme a cánones o reglas y unidos entre sí por un triple concepto: cronológico, que establece su progresión en el tiempo; lógico, que los vincula mutuamente, fijando su recíproca interdependencia como presupuestos y con secuencias los unos de los otros, y teleológico que los enlaza y consolida en razón del fin al que conjuntamente tienden.

Ahora bien, respecto del proceso penal, diremos que para definirlo correctamente es necesario hacernos a un lado de las posturas civilistas, al respecto cita el maestro Rivera Silva "que el error más grande que han cometido los procesalistas del derecho procesal consiste en haber querido trasplantar doctrinas de corte civil, como las de Bülow, Wach, Goldschmidt, etc., a los ámbitos del derecho procesal penal, provocando así una cara confusión, de la que solo es posible salir, olvidando esas corrientes" . Opinión con la cual estoy totalmente de acuerdo, toda vez que el proceso civil y el penal, poseen características completamente distintas, y por lo mismo es erróneo el hecho de querer encuadrar el proceso penal dentro de los límites del proceso civil.

Establecida la aclaración, pasamos a definir al proceso penal, "como el conjunto de actividades debidamente reglamentadas y en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales, previamente excitados para su actuación por el ministerio público, resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea".

(61)

(60).- Manuel Rivera Silva, El Procedimiento Penal., 4a. edic. --
 Edit. Porrúa, México 1967 p. 171.

(61).- Locus cit.

Ahora bien, en cuanto a la composición del procedimiento y del proceso diremos que se desarrollan siempre conforme a principios que rigen los mismos, ya que los actos en ellos no pueden ser ejecutados a capricho o arbitrariamente, estos principios que son la base, que deben estar actualizados y que se pueden encontrar con otros nombres son el cimiento sobre lo que descansan nuestros códigos, el de procedimientos penales para el D.F. y el Federal de procedimientos penales.

En cuanto a los principios rectores del proceso, la palabra proceso proviene del vocable latino "procedere" que indica avanzar, trayectoria a seguir camino a recorrer en un sentido, hacia un destino o fin determinado.

Por lo que respecta al proceso jurídico afirma el maestro Mauro Cappelletti "el proceso es una institución establecida para realizar mediante ella, la función de administrar justicia, mientras que el procedimiento es el conjunto de formas o maneras como se efectúa esa función".

(62)

En la opinión del maestro Eduardo Pallares, la palabra proceso en su acepción más general, manifiesta "un conjunto de fenómenos de actos o acontecimientos, que suceden en el tiempo y que mantienen entre sí determinadas relaciones de solidaridad o vinculación".

(63)

Las anteriores citas, nos permiten tener una visión más amplia de lo que significa proceso y procedimiento en general, a saber, el fin del procedimiento penal es la averiguación de la

(62).- Mauro Cappelletti, "La Oralidad y las pruebas en el proceso civil" Edit. jurídica Europa-América, S.A. p. 45

(63).- Eduardo Pallares, Diccionario de derecho procesal civil Edit. Porrúa, México 1976 p. 636.

verdad y la verificación de la justicia "El proceso penal no es tanto, o no es solo un mecanismo que se adopta para aplicar el derecho penal sustantivo, como algo prefabricado que se trata apenas de poner en obra. El proceso se desenvuelve según un itinerario, regulado inclusive en cuanto a los modos para saber si en definitiva puede encontrar aplicación la parte sancionadora de la norma penal".

(64)

Esta prioridad lógica, que constituye el valor típico e insubrogable del proceso, halla por lo demás, su matriz en el terreno constitucional, allí donde se prevee que el imputado no es considerado culpable sino hasta el dictámen de la sentencia o condena definitiva, en tal sentido el proceso penal aparece como una expresión de legalidad y ello no solo en el sentido, hecho explícito en el brocardo "Nulla poena sine iudicio", a tenor del cual, el proceso (iudicium) es presupuesto necesario de la irrogación de una pena; no solo tampoco en aquella otra acepción que le da una formulación más amplia de: "Nullum crimen nulla poena, sine iudicio", como para reafirmar que sin el proceso y antes del proceso no existe siquiera --jurídica, es decir rigurosamente hablando-- lo ilícito penal; sino en el sentido de que la correcta observancia de la disciplina del proceso, es en principio el presupuesto necesario de la aplicación de la ley penal, o sea, de la (posible) irrogación de una medida sancionadora, sobre la base de la confrontación de una hipótesis imputable a un determinado individuo (Nullum crimen, nulla poena sine legali iudicio).

(65)

Por el párrafo señalado con antelación, se des

(64).- Mario Pizani, Procedimiento y Valores en la enseñanza del Derecho Procesal Penal., Revista de Derecho Procesal Iberoamericana -- Año 1970, Num. 3 p. 904

(65).- Cfr., Ibid p. 905, 906.

prende que el proceso penal, lejos de ser un mundo cerrado es al contrario un mundo que está dominado por la escala de los valores más altos que representa, como son la justicia, la verdad y sobre todo la protección jurídica de la sociedad civil en un determinado período -- histórico.

Lo que resulta claro en nuestro sistema penal, es la extrema corrupción a la que han llegado las autoridades encargadas de aplicar la ley penal "Por otro lado, una escasa cultura popular, un desconocimiento de los derechos ciudadanos y un menosprecio general por la persona humana, han coadyuvado a la entronización de una práctica insoportable, han permitido que subsistan las vejaciones por parte de los agentes de un cuerpo policiaco que se pensó primeramente para obtener imparcialidad y objetividad en lo que respecta a las pesquisas".

(66)

Es notorio, que debido a estas insuficiencias, los civilistas no pierden momento y critican duramente el procedimiento penal, sin embargo, toda vez que los civilistas han tratado de reducir el proceso penal a un conjunto estático de formas instrumentales que no arrastran al intérprete mucho más allá de la exégesis, diremos que el tejido conectivo de los principios que en definitiva hacen del proceso penal lo que se define como un procedimiento, el cual es un fenómeno de producción jurídica y a su vez es jurídicamente regulado y por consiguiente obedece a cánones bien previstos susceptibles de análisis.

(67)

(66).- Humberto Briseño Sierra, "Principio acusatorio en el proceso penal"., Revista de la Facultad de Derecho de México t. XX, Enero-Junio 1970 Num. 77-78 p. 71.

(67).- Cfr. Mario Pizani, Opus cit. p. 905

Por otra parte, en cuanto a la aplicación del derecho substantivo éste es un problema de fondo que en su mismo planteamiento preliminar crea, a su vez otros problemas, a saber: precisamente los que son propios del derecho procesal. En este sentido el derecho procesal penal, en cuanto plataforma necesaria para que se concrete la regla jurídica, que pone de manifiesto los presupuestos de forma, los modos y los tiempos técnicos así como los costos sociales de dicha concretización, puede también servir de ayuda, dentro de un más amplio horizonte para un llamamiento de carácter concreto como natural dimensión operativa del derecho.

(68)

Pasando a otro punto, diremos que una de las cosas que ha suscitado más pugna entre procesalistas civilistas y penalistas, es el aspecto que se refiere al carácter del juez de instrucción, ya que si pudieramos establecer con claridad la distinción entre el juez instructor (percibiendo nítidamente lo que hay en él de instructor, o de investigador y de juez) y órgano persecutorio, habríamos adelantado bastante en el estudio no sólo del proceso penal sino de todo el derecho procesal, al respecto cita el maestro Briseño Sierra, que con lo que se trata de acabar es con la amalgama, con ese estado de cosas que ya tiene carta de naturalización en México.

(69)

"La necesidad de separar las funciones de la instrucción de las del juez del crimen, que tiene la facultad de condenar o absolver, es indiscutible. El juez que dirige la marcha del proceso, que practica todas las diligencias que en su concepto han de conducir a la inves -

(68).- Cfr., Mario Pizani, Opus cit. p. 910

(69).- Cfr., Humberto Briseño Sierra, Opus cit. p. 78

tigación del delito y de sus autores y cómplices, está expuesto a dejar nacer en su espíritu preocupaciones que puedan impedir discernir con recto criterio la justicia y por lo tanto, la culpabilidad o inculpabilidad de los procesados, decía el Dr. Obarrio, en su proyecto de Código nos parece absurdo e incoherente reunir en una misma persona --dice Lucchini-- las atribuciones de investigar y descubrir a los culpables de los delitos sobre rastros más o menos aparentes y la función que debería ser toda objetiva, neutral y serena, de juzgar. En el desdoblamiento, así, de esta personalidad, las apreciaciones y las resoluciones judiciales del juez instructor, se refieren más que a hechos ajenos, como debería ser, a la obra propia. Y para colmo de incoherencia se hace obrar al juez instructor en el secreto y con el concurso prevalente de funcionarios de policía y del ministerio público, cuya intervención en sus operaciones es la única que se reputa necesaria, con la facultad que se les reconoce de promover las actividades y de oponerse a su ejecución".

(70)

Resumiendo, diremos que ya aclarado el concepto de proceso como una institución establecida para administrar justicia; y el procedimiento entendido como un conjunto de formas o maneras encuadradas dentro de la ley, las cuales se llevan a cabo para efectuar esa función. Y después de haber establecido las implicaciones teóricas que el mismo concepto conlleva, pasaremos a puntualizar los caracteres generales del proceso penal.

(70).- Abraham Bartoloni Ferro, El procedimiento penal y los actos jurídicos procesales penales., N.E. Santa Fe, 1944 pp. 205-206.

Caracteres generales.

Las características que presenta el proceso penal son las siguientes:

Publicidad: el proceso penal es público, por lo tanto, significa esto que las personas tienen derecho a presenciar las audiencias, cualesquiera que estas sean, excepto cuando el procedimiento se lleva a cabo por delitos que afecten la moral pública, fuera de estos casos debe observarse esta característica.

Vinculación: la vinculación consiste en que como su nombre lo indica, tiene que llevarse a efecto una serie de actos, llamados declaración preparatoria, auto de formal prisión, auto de libertad por falta de méritos, ofrecimiento de pruebas, desahogo de las mismas, careos, conclusiones, vista, hasta llegar a la sentencia; todo esto representa una estrecha concatenación entre ellos mismos, para llegar a la verdad y así el juez tenga fundamentos verídicos para formular su resolución.

Concentración: Esta característica, indica que el proceso debe llevarse a efecto en el menor tiempo posible, y en el mínimo de audiencias, ya que siendo de este modo, es menor la posibilidad de que la impresión recibida por el juez, se borre y de que la memoria le engañe cuando tenga que resolver.

Oralidad: Esta característica tiene como base el hecho de que en el juicio debe predominar la forma verbal, sobre la escrita en los diversos actos procesales, la fijación de la litis debe hacerse oralmente ante el tribunal, los debates, las pruebas y alegatos deben ser

ante la presencia del juez, procurando que el mismo tenga el mayor contacto posible con las partes: las cuestiones litigiosas sobre las que debe recaer la sentencia, no se realizan por el juez separadamente, sino que deberan ser en una sola audiencia. La oralidad exige que el juez o los magistrados ante los cuales se inició y desarrolló el proceso, sean los mismos que pronuncien la sentencia definitiva; esta característica de la oralidad tiene sus limitaciones, a saber, las relativas a los escritos fundamentales del juicio, como los de documentación, o sea las actuaciones judiciales en las que se hagan constar la fijación del debate, resultado de las pruebas, la comparecencia de las partes en la audiencia.

Inmediatividad: Esta característica se refiere a que el juez que juzgue la causa, esté en contacto personal con las partes, reciba pruebas, las desahogue, reciba testigos, presencie tanto los interrogatorios como los careos, oiga alegatos y esté en la posibilidad inmejorable de dictar una sentencia con apego a la verdad lo más posible vigilando el proceso y velando porque todo lo actuado se apegue al procedimiento, ejecutando actos encaminados al pronunciamiento de la resolución donde el derecho penal se concretiza.

Legalidad: Esta es una de las características más importantes del procedimiento penal, ya que dimana del artículo 16 Constitucional y consiste en que la autoridad no tiene más facultades que las que le han sido otorgadas por las leyes y que sus actos son válidos cuando se fundan en una norma legal y se ejecutan de acuerdo a lo que ella prescribe. Las facultades y poderes de que goza la autoridad pueden estar contenidas en la ley expresamente o de una manera implícita,

pero en este último caso han de inferirse necesariamente de ella y no proceder de una interpretación falsa o maliciosa de su texto. El principio de legalidad es enemigo radical de la arbitrariedad, la combate desde sus raíces y sin él no es posible la existencia de las instituciones. Legalidad significa, lo que se ajusta, o lo que es ordenado o autorizado por la ley, conjunto de derechos y obligaciones que dimanen de la ley.

Obligatoriedad: Consiste en el deber jurídico de ejecutar todos los actos que sean necesarios para impartir justicia en los términos de los artículos 8, 17 y 21 Constitucionales, con respecto a los procesos penales: funcionarios y empleados públicos respetarán cualquier forma de petición escrita, que no contenga ofensa.

Congruencia de la Sentencia: Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes consigo mismas, y deberá señalar si el hecho es o no delito, condenando o absolviendo en su caso, y resolviendo todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación.

B) Etapas del procedimiento penal.

De acuerdo al Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 1o. se fijan las etapas o períodos que abarcan el procedimiento penal federal, a saber:

- 1o. Averiguación previa
- 2o. Instrucción
- 3o. Juicio
- 4o. Ejecución

El período de averiguación previa, comprende las diligencias legalmente necesarias para que el ministerio público pueda resolver si ejerce la acción penal o no.

El período de instrucción, comprende las diligencias practicadas por los tribunales con el fin de averiguar la existencia de los delitos, las circunstancias en que se hubieren cometido y la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculpados.

Por lo que se refiere al período del juicio, diremos que es la etapa en la que el ministerio público precisa su acusación y el acusado su defensa, ante los Tribunales, y estos por su parte valoran las pruebas y pronuncian sentencias definitivas.

El período de ejecución, comprende desde el momento en que causa ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas.

De las anteriores etapas legalmente especificadas, las de averiguación previa y ejecución son ajenas al proceso, pues los procedimientos relativos quedan a cargo de autoridades no ju

diciales, por ello es que el Dr. Sergio García Ramírez puntualiza que "la tarea ejecutiva queda excluida de los fines específicos del proceso, y ésta queda confiada a autoridades administrativas".

(71)

En cuanto a la etapa de la averiguación previa, ésta queda también confiada a un órgano dependiente del Ejecutivo: - el ministerio público.

Para el maestro Rivera Silva, esta división anteriormente citada no está de acuerdo con nuestro medio, ya que opina que no corresponde a la realidad de nuestro procedimiento penal, -- por tanto, él divide al procedimiento penal en tres etapas, las cuales son:

- a) Período de preparación de la acción procesal.
- b) Período de preparación y;
- c) Período del proceso.

El período de preparación de la acción, se inicia con la averiguación previa y termina con la consignación; es decir, principia con el acto en el que la autoridad investigadora tiene conocimiento del hecho delictuoso y termina con el acto en que el ministerio público solicita la intervención del juez. El objetivo de esta etapa consiste en la reunión de los elementos que son necesarios para que el ministerio público pueda excitar al órgano jurisdiccional a que cumpla con su función. El contenido de esta etapa es llenado por un conjunto de actividades realizadas por y ante el órgano especial que es el ministerio público y la policía judi

cial, actividades debidamente reglamentadas.

El período de preparación del proceso, principia con el auto de radicación y termina con el auto de formal orisión, esto es, se inicia con la primera actividad que ejecuta el juez una vez que tiene conocimiento de la consignación, y termina con la resolución que sirve de base al proceso. La finalidad básica de este período, es reunir los elementos que van a servir de base al proceso, o sea comprobar la comisión de un delito y la presunta responsabilidad de un delincuente. El contenido de esta etapa se integra por un conjunto de actividades legalmente reguladas y dirigidas por el órgano jurisdiccional.

El período del proceso, se integra con las siguientes sucesivas actividades generales: fijar los elementos para poder decir el derecho (instrucción) apreciar, las partes, dichos elementos procediendo a su evaluación (discusión); y concretar la norma abstracta en el caso, labor que realiza el órgano jurisdiccional.

(72)

II. El auto de formal prisión.

A) Concepto

Tomando en cuenta la naturaleza y finalidad -- del proceso penal, y atendiendo a las leyes que lo regulan, la restricción de la libertad es una necesidad, ya que al restringir la libertad personal se asegura la presencia del inculpado o supuesto autor del delito ante el órgano jurisdiccional.

Al hablar del concepto de auto de formal prisión, diremos que la palabra Auto, significa determinación o resolución judicial, mientras que formal indica la existencia de requisitos o de determinadas condiciones de mera forma; prisión en su más amplia acepción es privación de la libertad. Por lo tanto, auto de formal prisión significa una decisión judicial que fija la privación de la libertad mediante ciertas formalidades o requisitos citados previamente en nuestra Constitución, la cual en su artículo 16, expresa que la libertad solo podrá restringirse mediante una orden de aprehensión dictada por la autoridad judicial correspondiente que funde y motive la causa de dicha aprehensión, por lo tanto debe estar basada en los requisitos señalados por la ley, salvo algunas situaciones cuando el delincuente es sorprendido en flagrante delito, podrá aprehenderlo cualquier persona; tema que trataremos más ampliamente en las próximas páginas.

"En orden al Derecho Mexicano, el auto de formal prisión es la resolución jurisdiccional dictada dentro de las sesenta y dos horas de que el imputado queda a disposición del juzgador, y en el cual se fijan los hechos materia del proceso estimándose acre

(73).- Cfr. Javier Piña y Palacios, Derecho Procesal Penal., N.E. - México 1948, p. 136.

ditados plenamente el cuerpo del delito y establecida la probable responsabilidad del inculcado, el maestro Colín Sánchez define a este auto "como la resolución pronunciada por el juez, para resolver la situación jurídica del procesado al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo del delito que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir la responsabilidad; siempre y cuando no esté probada en favor del inculcado una causa de justificación, o que extinga la acción penal, para así determinar el delito o delitos por los que habrá de seguirse el proceso" :

(74)

Por otra parte, cabe señalar que el auto de formal prisión se distingue de la detención, prisión preventiva, y prisión por cumplimiento de sentencia; ya que aunque todos estos conceptos tienen en común la restricción de la libertad personal, cada uno tiene sus propias características las cuales serán estudiadas por separado en el curso del presente trabajo.

Ahora bien, en cuanto al término "Formal Prisión", se emplea como lo expresa Jacinto Pallares, para poder distinguir los procesos formales que requieren una tramitación especial y más dilatada, atendiendo a la gravedad y a la complejidad del delito, de los procesos sumarios o summarísimos en delitos que, por su índole su tramitación requiere mayor rapidez, aunque después el empleo del término "Auto de Formal Prisión", se extendió a todos los demás procesos.

(75)

Respecto del anterior párrafo, es importante -

(74).- Sergio García Ramírez, Opus cit. p. 378.

(75).- Cfr. J.J. González Bustamante, Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano 4a. Edic., Edit. Porrúa, México 1967 p. 181.

entender el significado de la palabra Auto, ¿qué es un auto? Auto sería aquella declaración de voluntad del órgano jurisdiccional, que teniendo en cuenta la dirección final del proceso, no resuelva la cuestión principal, sino las cuestiones que surgen durante el trámite procesal". El maestro González Bustamante define al Auto "como un decreto (76) judicial dado en una causa civil o criminal", según Escriche el juez puede pronunciar autos interlocutorios o providencias y decidir la cuestión principal por medio de su sentencia o auto definitivo. Eugenio Florian define los autos como las resoluciones judiciales que afectan no solamente a la cuestión procesal, sino también a cuestiones de fondo que aparecen durante el proceso y se deben resolver antes de que llegue la sentencia para estar en condiciones de poder formularla. (77)

Por otra parte, podríamos hacernos la pregunta acerca de cuál es el objeto social del auto de formal prisión, al respecto, se ha dicho que es una especie de salvaguarda en favor de la sociedad misma, la cual se ve beneficiada en cuanto a su seguridad, tomando en cuenta que el presunto responsable ha sido detenido, y de este modo se esclarecerán los hechos.

Sin embargo, se ha establecido doctrinariamente que el auto de formal prisión solo deberá decretarse en casos de delitos graves que revelen peligrosidad en el agente como un procedimiento de necesidad extrema, pues si se llegara a admitir de una manera absoluta que la privación de la libertad personal se hiciese hasta la sentencia, se ocasionarían graves trastornos en la marcha de las causas criminales, porque sería fácil a los sospechosos de delitos, sustraerse a la acción de la justicia y evitar el esclarecimiento de los hechos.

(76).- Enciclopedia Jurídica Omeba t. I Edit. bibliográfica Argentina

(77).- Cfr. J.J. González Bustamante, Opus cit. p. 181.

Por otra parte, el artículo 19 Constitucional señala que ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.

Por lo que se refiere al delito que se le impute al acusado, en caso de que éste tenga señalada pena alternativa que incluya una no corporal, señalan los artículos 162 y 301 del Código de Procedimientos Penales para el Dto. Federal que el juez dictará auto de formal prisión para el solo efecto de señalar el delito o delitos por los que se siga el proceso, sin restringirse la libertad, sin embargo aún cuando reglamentan la situación antedicha "cometen el grave error de indicar que entonces el auto que debe contener todos los requisitos del de formal prisión se pronunciará "para el solo efecto de señalar el delito o delitos por los que se siga el proceso", error muy grave, pues parece que los legisladores ignorar los diversos efectos del auto estudiado y piensan que solo trae como consecuencia restringir la libertad".

(78)

De acuerdo al párrafo anterior, se desprende que entre los supuestos para dictar el auto de formal prisión se encuentra el hecho de que el delito de que se trate esté sancionado con pena privativa de libertad. En consecuencia si no es tal el caso, no procede el auto de formal prisión "pero si la orden de comparecencia -

(78).- Carlos Franco Sodi, El Procedimiento Penal Mexicano., 3a. edic. Edit. Porrúa México 1946, P. 205.

que se dictará siempre y cuando el delito respectivo esté sancionado - con pena no privativa de libertad o alternativa". Por lo tanto, es muy importante determinar la calidad delictuosa del acto (no la comprobación de sus elementos).

Ahora bien, resumiendo diremos que el auto de formal prisión "es la privación de la libertad mediante determinados requisitos y circunstancias especiales y elementos que los comprueben y que tengan un determinado valor. Esa situación no puede establecerse por cualquiera, ni tampoco cualquiera tiene facultades para valorar esos elementos; el único que puede hacerlo es la autoridad judicial". Entendiendo por "formal" todo aquello que tiene determinada forma o que para su existencia exige la comprobación de ciertos requisitos, --los cuales estudiaremos detalladamente-- sin los cuales no puede existir.

I) Requisitos que debe contener.

Para adentrarnos en el estudio de los requisitos del auto de formal prisión, debemos tomar en cuenta que la Jurisprudencia de la Corte y los tratadistas los han dividido en requisitos de Fondo y requisitos de Forma. Los requisitos de fondo son de tal manera indispensables, que el citado auto no podrá dictarse si no están satisfechos íntegramente, porque de otra suerte sería violatorio de las garantías consagradas en los artículos 18, 19 y 20 constitucionales. Los requisitos de fondo se encuentran establecidos en el Código Federal de Procedimientos Penales como en el que rige en el Dto. y Territorios de la Federación, y son los siguientes:

(79).- Manuel Rivera Silva, opus cit. p. 150.

(80).- Javier Piffa y Palacios, Opus cit. p. 137

- a).- La comprobación plena del cuerpo del delito;
- b).- La comprobación de la probable responsabilidad penal del inculpado, tomando en cuenta que de acuerdo con la reciente reforma al artículo 13 de nuestro Código Penal, son responsables los que acuerden o preparen la realización del delito, los que lo realicen por sí o conjuntamente; o que lo lleven a cabo sirviéndose de otro, los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo y ayuden o auxilien a otro para su comisión.

(31)

- c).- Que al inculpado se le haya tomado su declaración preparatoria, y
- d).- Que no esté plenamente comprobada alguna causa eximente de responsabilidad o que extinga la acción penal.

Los requisitos de forma son aquellos que, por tener un carácter accesorio, no son absolutamente indispensables para que el auto de formal prisión se pronuncie, y aún considerando la irregularidad en el mandamiento, es fácil suplir sus deficiencias por medio del recurso de apelación, o por el juicio de amparo indirecto, y consisten:

- a).- En el lugar, fecha y hora exacta en que se dicta, ya que, como hemos observado, al juez le cuentan los términos de cuarenta y ocho y sententa y dos horas, respectivamente para tomar al detenido su declaración preparatoria y para determinar su situación procesal.
- b).- La expresión del delito imputado al inculpado por el Ministerio -- Público, esto tiene por objeto señalar la clasificación técnico-legal -- que ha servido al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal, a la vez que facilitar la defensa del inculpado, estableciendo con exactitud, cuáles son los hechos punibles que se le atribuyen.

(81).- Diario Oficial de la Nación. Viernes 13 de Enero de 1984.

c).- La expresión del delito o delitos por los que deberá seguirse el proceso, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, al respecto afirma el maestro González Bustamente que "con ello se persigue fijar con claridad lo que va a constituir la materia del proceso, ligando en esta relación jurídica el procesado con los órganos punitivos del Estado. Debe tenerse en cuenta que el ministerio público puede dar a los hechos que se persiguen, una clasificación legal distinta de aquella que el juez comprende en el mandamiento de formal prisión, es decir, que el juez no está obligado a seguir al pie de la letra la opinión que sustente el ministerio público en su pliego de consignación, toda vez que el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, podrán pronunciarse por el delito que aparezca comprobado, aún cuando con ello se hubiese cambiado la apreciación legal que de los hechos establezca el ministerio público". Al respecto, opina el maestro Sergio García Ramírez que "es preciso distinguir, siempre entre modificación de los hechos por los que se sigue el proceso y variación de la clasificación técnica de tales hechos. Esta es posible en ciertos casos; aquella en cambio es impracticable una vez que se ha resuelto la formal prisión. Tómese en cuenta que esta se dictará por el delito que aparezca efectivamente comprobado, aún cuando se cambie la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores (artículo 163 C:F:). Lo mismo se da a entender en el artículo 297 CDF., fracción II y III, cuando se distingue entre el delito imputado por el ministerio público y aquél por el que deba seguirse el proceso, con comprobación de sus elementos. También es

(82).- Opus cit. p. 185

debido tomar en cuenta que si se apela del auto de formal prisión --- (artículo 385 C.d.f.) podrá cambiarse la clasificación del delito y - dictarse por el que aparezca comprobado".

(83)

d).- La expresión del lugar, tiempo y demás circunstancias de ejecu- ción. Esto se refiere concretamente a la necesidad de fijar las condi- ciones y circunstancias en que se cometió el delito para la eficacia - en el esclarecimiento de los hechos, en relación con las pruebas obte- nidas; y por último,

e).- Los nombres del Juez que dicta el auto y del Secretario que lo autoriza.

2). Momento en que debe dictarse.

Gran trascendencia tiene para nuestro sistema - procesal penal el auto de formal prisión, y es de gran importancia se- ñalar el momento preciso en que éste debe dictarse.

Por otra parte, resulta necesario analizar la iniciación de la acción procesal, para llevar un orden lógico y no -- perder de vista el momento en que se debe dictar el mencionado auto.

Como es de conocimiento general, la acción pro- cesal penal en México está entregada al ministerio público, y según el maestro Fivera Silva "es el ofendido quien excita al ministerio públi- co para que haga las averiguaciones previas que ordena la ley y, en - su caso ejercite la acción penal". Ahora bien, dentro de la actividad procesal, lo que le corresponde al juez una vez que se ha ejercitado - (84) la acción penal, es dictar el auto cabeza de proceso o de radicación, o de inicio y el juez deberá resolver las cuestiones que se le plantean

(83).- Sergio García Ramírez, Opus cit. pp. 378-379.

(84).- Manuel Rivera Silva, Opus Cit. p. 144

y las partes quedarán vinculadas al órgano jurisdiccional, de esta suerte el ministerio público tendrá que actuar ante el Tribunal que ha radicado el asunto. Ahora bien, con este auto, "se abre el período de preparación del proceso, ya que el auto de radicación señala la iniciación de un período con término máximo de setenta y dos horas, que tiene por objeto fijar una base segura para la iniciación de un proceso, es decir, establecer la certeza de la existencia de un delito y de la posible responsabilidad de un sujeto. Sin esta base no se puede iniciar ningún proceso, por carecerse de principios sólidos que justifiquen actuaciones posteriores".

(85)

Se ha establecido que a partir del auto de radicación nace el deber u obligación de tomar la declaración preparatoria, la cual es rendida por el indiciado ante el juez de la causa, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la consignación, es muy importante, ya que aquí el juez dará a conocer la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que el inculpado conozca perfectamente el hecho que le imputan y el nombre de la persona que presentó la denuncia, lo cual servirá para la defensa del inculpado. A su vez, el indiciado conocerá el nombre de los testigos que declaren en su contra, y la garantía de libertad caucional en los casos en que ésta proceda, así como el derecho que tiene para defenderse por sí mismo, o para nombrar persona de su confianza que le defienda, advirtiéndole que si no lo hiciere, el juez le nombrará un defensor de oficio.

Después de la declaración preparatoria, el segundo deber fundamental del órgano jurisdiccional, será, el de resolver

dentro de las setenta y dos horas, la situación jurídica que deba prevalecer o, sobre si hay base o no, para iniciar el proceso. Es en este momento preciso en el cual se dictará el auto de formal prisión con los requisitos previos y no antes; Rivera silva opina que ciertamente el proceso se inicia a partir del auto de formal prisión, o auto de sujeción a proceso, posición que resulta obvia, analizando el contenido del artículo 19 constitucional, allí donde establece que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión.

Sin embargo existen autores que opinan de manera distinta como el maestro Sergio García Ramírez, quien afirma que "no se puede negar el carácter estrictamente procesal de actos que, a todas luces lo tienen, como son la declaración preparatoria, el nombramiento y las actividades iniciales del defensor, el libramiento de la orden de aprehensión, la libertad provisional bajo caución o mediante protesta, etc., no es posible reducir estos actos a la condición de simplemente procedimentales, negándoles jerarquía de actos dentro del proceso". Por lo tanto, para este autor existe relación jurídica procesal (86) desde que se inicia el auto de radicación, y por ende no desplaza la aparición del proceso hasta el auto de formal prisión. Sin embargo -- apeándonos a lo que la Constitución establece, el proceso se inicia a partir del auto de formal prisión.

Como se expresó en párrafos anteriores, dentro de las setenta y dos horas cualquiera de estas dos resoluciones puede ser dictada: Auto de Formal Prisión o Auto de Sujeción a Proceso, o

(86).- Sergio García Ramírez, Opus cit. p.372 .

en su caso: la libertad por falta de méritos con las reservas de ley.

Por otro lado, podemos afirmar que en el auto de formal prisión realmente no se estudia integralmente la prueba sobre la existencia del delito y de la responsabilidad penal del inculpado, porque esto corresponde a la sentencia, mas bien, debemos tener en cuenta al momento de pronunciarlo, la existencia de datos que hagan su poner que la persona a quien se imputa el hecho, es responsable, con el objeto de motivar su prisión preventiva.

(87)

Dentro de los Tribunales Penales del Distrito, afirma el maestro González Bustamante, se ha sostenido una actitud viciosa que consiste en dar vista a los agentes del ministerio público adscritos a los juzgados, antes de que el juez resuelva sobre la formal prisión o sobre la libertad por falta de méritos, para que emitan su parecer. Todo esto va en contra de la independencia del poder judicial, ya que el juez está obligado a resolver, en cualquier forma, la situación procesal del detenido, y decretar la formal prisión o la libertad por falta de méritos, a pesar de las opiniones en contrario que sustente el ministerio público, ya que en caso de inconformidad existen los medios de impugnación que procedan en lo que se refiere a los intereses que representa.

(88)

La Jurisprudencia de la Corte, por su parte ha sostenido que no es necesario el pedimento del ministerio público al juez para que solicite la formal prisión, ya que de no hacerlo, éste incurre en una gravísima falta y por lo tanto, se le aplicaría la san

(87).- J. J. González Bustamante, Opus cit. p 187.

(88).- Cfr. Ibidem, p. 186.

65

ción que establece la Constitución Política, toda vez que es lógico - que una vez que el ministerio público ha ejercitado la acción penal, - el juez tiene la absoluta obligación de pronunciar el auto de formal prisión o la libertad por falta de méritos dentro del término constitucional de setenta y dos horas.

En efecto, ya encuadrado el momento en que se dictará el mencionado auto de formal prisión, observaremos que esta - figura jurídica, está sujeta específicamente a las disposiciones contenidas en los multicitados artículos 18 y 19 de nuestra Constitución, y lógicamente a las leyes procesales aplicables; es necesario subrayar que el Constituyente de 1917, señaló en nuestra Constitución, para mayor garantía de los derechos pertenecientes al inculcado, los requisitos que la Constitución de 1857 delegaba en las leyes procesales. El artículo 19 constitucional expresa que todo auto de formal prisión deberá dictarse en el lapso de tres días (setenta y dos horas), a partir de que el inculcado ha quedado a disposición de la autoridad judicial.

Y, por último, nos resta decir que los directores o encargados de las cárceles que reciban a un detenido, deberán ponerlo en libertad sin responsabilidad de su parte, en caso de no recibir testimonio autorizado del juez de que queda formalmente preso - dentro de las setenta y cinco horas siguientes al momento de su detención.

3) Efectos que genera.

Uno de los principales efectos que genera el

auto de formal prisión es que:

- a) Define la situación jurídica del inculpado y,
- b) Fija el delito o delitos por los que debe seguirse el proceso, ya que antes de que se dicte esta resolución la situación del inculpado es imprecisa, por esto es de notoria importancia que la autoridad judicial proceda lo más rápido posible para averiguar la presunta responsabilidad y comprobar los elementos que integran el cuerpo del delito, entendiendo que el cuerpo del delito "está constituido por los elementos -- materiales, objetivos, externos, físicos del hecho criminoso, con total abstracción de los elementos morales, internos o subjetivos".

(89)

Doctrinalmente hablando, existen diversas opiniones acerca del concepto de cuerpo del delito; pero creemos que la más acertada es la que sustenta el maestro Rivera Silva, cuando dice que "el cuerpo del delito es el contenido del "delito real" que cabe en los límites fijados por la definición de un "delito legal".

(90)

Se entiende por delito legal, la definición que la ley da de los delitos en particular, el "delito legal" no alude a ningún "delito real" en particular, sino a todos en general, por lo tanto, se entiende que el cuerpo del delito es el contenido de un "delito real".

(91)

Se desprende del anterior párrafo, que comprobar el cuerpo del delito, será demostrar la existencia de los elementos de un proceder histórico que encaja en el delito legal.

El Código Federal de Procedimientos Penales. -

(89).- Sergio García Ramírez, Opus cit. p. 349.

(90).- Manuel Rivera Silva, Opus cit. pp. 151-152-153.

(91).- Ibidem, p. 155

expresa que "el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyan el hecho delictuoso, según lo determina la ley penal". La Licenciada Adato de Ibarra, define al cuerpo del delito "como el conjunto de presupuestos y elementos del delito que están demostrados existencialmente y que nos permiten, por una parte, definir exactamente el delito dado, y por otra, establecer su nota distintiva respecto de los otros delitos".

(92)

La Jurisprudencia ha establecido que el cuerpo del delito es el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal (Tesis 86). Comprobarlo es demostrar la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos tal como lo define la ley, al considerarlo como delito y señalar la pena correspondiente. Debe considerarse el precepto legal cuya infracción se imputa al acusado.

(93)

c) El auto de formal prisión abre el período de instrucción formal en el proceso, es decir que todas las pruebas que han servido al juez para decretar la detención de una persona, se han cimentado perfectamente, o se han robustecido.

d) Otro efecto del auto de formal prisión, es justificar la prisión preventiva del sujeto, que a partir de este momento se inicia. De tal manera, que la mera detención que hasta ese momento existía, ha quedado transformada en prisión preventiva. Según algunos autores se opera un cambio. -

(92).- Citada por Sergio García Ramírez, Opus cit. p. 349.

(93).- Quinta época, Tomo XXIX, pp. 1566.

en la situación jurídica del inculpado, de simple detenido, pasa a ser procesado, aunque en opinión de García Ramírez "no se produce tal modificación, ya que procesado lo ha sido desde que se dictó el auto - cabeza del proceso. En todo caso cabría observar la transformación del simplemente detenido en formalmente preso". Rivera Silva y González Bustamante están de acuerdo en que el inculpado de simple detenido, ⁽⁹⁴⁾ pasa a ser procesado, opinión con la cual estamos de acuerdo.

e) Se suele agrupar entre los efectos del auto de formal prisión a la identificación del inculpado, (artículos 298 Cdf., y 165 Cf.) la cual se llevará a cabo por medio del procedimiento administrativo adoptado y se pedirán informes de los ingresos que hubiesen tenido en la cárcel, esto es con el objeto de saber si se trata de reincidentes o delincuentes habituales, a fin de poder aplicarles las reglas que el Código penal establece en caso de reincidencia y habitualidad.

En efecto, dictado el auto de formal prisión se expedirán boletas acreditativas del mismo por triplicado, una para el reo, otra para el juzgado y el director del reclusorio; así como copias de la resolución para el mismo reo, si la solicita, y para el alcaide y el superior jerárquico del procesado, cuando éste sea militar, empleado o funcionario público.

(95)

Por otra parte, citaremos que en nuestro País se ha adoptado un sistema mixto para la identificación de los criminales: el procedimiento dactiloscópico de Vucetich. El mandamiento de formal prisión se notificará a las partes con el objeto de darles la oportunidad de que puedan impugnarlo ante el Tribunal de Segunda Instancia, lo que debe hacerse en el término de tres días.

(94).- Opus cit. p. 380

(95).- Cfr. Ibidem p. 381.

f) Otro de los efectos del mencionado auto, señala la doctrina que con éste la autoridad judicial comprueba haber dado cumplimiento a su obligación de resolver sobre la situación jurídica del inculcado dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que éste quedó a su disposición.

g) Se inicia el cómputo de los plazos que señala el artículo 20, fracción VIII. de nuestra Constitución para el juzgamiento del reo.

h) Otro de los efectos importantes, es el que se refiere a la suspensión de los derechos del ciudadano, cuando se trata en su caso de delito que merezca pena corporal.

h) Y, por último citaremos que con el auto de formal prisión se inicia el segundo período de la Instrucción.

B) Auto de Sujeción a Proceso.

El auto de sujeción a proceso es una resolución que se dicta cuando se supone fundadamente que hay bases para iniciar un proceso y por estar comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, así como el hecho de que dicho delito no esté sancionado con pena privativa de libertad.

Al respecto, es importante tomar en cuenta que cuando viene al caso la comisión de un delito no sancionado con pena privativa de libertad o conminado solamente con sanción alternativa, carece de sentido hablar de auto de formal prisión, siendo que lo correcto es dictar un auto de sujeción a proceso.

El artículo 301 del Código de Procedimientos Penales, se reformó recientemente para quedar como sigue: "Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable, el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez fundada y motivadamente o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del término en que deba resolverse el proceso"

Por lo que se refiere al artículo 162 del Código Federal de Procedimientos Penales, el Maestro Franco Sodi lo ha criticado con justa razón, ya que dicho artículo insiste en hablar de auto de formal prisión; siendo que lo correcto sería hablar de auto de sujeción a proceso.

Ahora bien, puede ser que ésta deficiencia tenga su origen en el hecho de que el auto en estudio posee todos los requisitos medulares y formales del de formal prisión, salvo el relativo a la prisión preventiva

En efecto, el inculpado sólo tendrá la obligación de comparecer ante el juez de la causa cuando se requiera su presencia.

C) La detención, análisis comparativo con la aprehensión.

(Crítica del sustentante).

Existe en torno a estos dos términos jurídicos, abundante doctrina; y se ha establecido un enconado debate entre los diversos autores acerca de cuales son las características de la detención y en donde se encuentra la diferencia con la aprehensión, confusión que se ha originado a raíz de que tanto la Constitución Política Mexicana, como las diversas legislaciones en materia penal han venido utilizando el término detención como sinónimo de aprehensión, situación que más adelante observaremos.

En efecto el término detención, del latín *detentio - onis*, significa privación de la libertad o, "el estado de privación de libertad que padece una persona", mientras que aprehensión, del latín *prehensia*, es la acción que consiste en coger, prender o asegurar, por lo tanto aprehensión, "no es más que un simple acto material que se ejecuta".

(96)

Cierto también que existe un signo común en estos términos, y que es el de privar de la libertad a un individuo, hecho que por la importancia que reviste es primordial. Ahora bien, por otra parte, si etimológicamente detención, en tanto que acción de detener implica el hecho del aprisionamiento y que es aplicable a aquél que debe responder de una acusación formulada en su contra, no vemos el porqué deba diferenciarse la detención de la aprehensión o captura de una persona, siendo todos estos términos sinónimos como a continuación veremos.

(97)

(96).- J. J. González Bustamante, Opuc cit., p. II4

(97).- Fernando Arilla Baz, El Procedimiento Penal en México., Ia. edic. Edit. Divulgación Literaria Mexicana México 1961 p. 70.

(98).- Jesús Rodríguez y Rodríguez, La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado Ia. edic. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM México 1981 p. 15

Con base en el artículo I6 de la Constitución Política Mexicana, se ha considerado que: "La detención se presenta en tres hipótesis diferenciables a saber:

- a).- detención por cualquier individuos, en caso de delito flagrante;
- b).- detención por autoridad administrativa, justificada por la urgencia, y
- c).- detención por orden de la autoridad jurisdiccional (orden de aprehensión)". Y se agrega que "En todo caso la detención, en sentido estricto, concluye al dictarse el auto de formal prisión".

(100)

Por nuestra parte, creemos que las tres hipótesis antes señaladas se refieren no tanto a la detención como a la aprehensión. En efecto, el citado artículo I6, entre otras prescripciones establece, primero, una regla general y, luego, dos excepciones en materia de aprehensión o detención, utilizando aquí, obviamente este segundo término como sinónimo del primero. Ahora bien, siguiendo no el orden de la Constitución sino el de las tres hipótesis en cuestión, éstas, repetimos, se refieren concretamente al acto de la mera aprehensión, la primera, porque dicho artículo I6, al referirse a la excepción en los casos de flagrante delito, señala expresamente que "cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniendolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata..."; la segunda, puesto que el mismo artículo I6, al disponer que "solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial

(99).- Locus cit.

(100).- Sergio García Ramírez, Opus Cit. p. 408.

y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial", utiliza , como aparecerá más claro en la tercera hipótesis, detención como sinónimo de aprehensión, y, al mismo tiempo ordena, como para la primera hipótesis que la puesta del inculcado a disposición de la autoridad judicial sea inmediatamente, es decir, tan pronto como la aprehensión ocurra. Confirman lo anterior, la fracción XVIII del artículo 107 de la propia Constitución al disponer que "también será consignado a la autoridad o agente de ella el que realizada una aprehensión, no pusiere al detenido a disposición de su juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes . Si la detención se verificare fuera del lugar en que reside el juez, al término mencionado se agregará el suficiente para recorrer la distancia que hubiere entre dicho lugar y en el que se efectuó la detención".

Así como el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual señala que "...existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se practica la detención no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existen serios temores de que el responsable se sustraiga a la acción de la justicia"; la tercera, en virtud de que el multicitado artículo 16, al sentar la regla general de que "no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención sino por la autoridad judicial ", está como ya lo apuntamos empleando el término detención como sinónimo de aprehensión.

(101)

(101).- Cfr. Jesús Rodríguez y Rodríguez, Opus Cit. pp. 13-16.

Valgan estos pocos ejemplos para comprender de que manera tan confusa se manejan y emplean por demás estos términos, originando por ende, una cara confusión y dentro de la práctica una serie de abusos y arbitrariedades por parte de las autoridades.

Por lo que respecta a nuestro punto de vista, la detención se inicia a partir del momento en que una persona es aprehendida en cualesquiera de las tres hipótesis contempladas por el artículo 16 de la Constitución.

Por otra parte, incluso "el hecho es que de todas formas dicha medida significa la privación de la libertad del presunto responsable".

(102)

Sin embargo, aunque parezca superfluo, o irrelevante proceder a la precisión terminológica, no es así, ya que el tiempo que dura la detención es de fundamental importancia para entre otras cosas, establecer la imputación de la pena.

Por otro lado, respecto de las opiniones doctrinarias de los diversos autores, diremos que González Bustamante ha ce derivar la detención solo de la orden de aprehensión, mientras que Javier Piña y Palacios la desprende del momento de la consignación. Rivera Silva, por su parte la asocia con el mero depósito en un establecimiento carcelario para impedir la evasión del detenido. Por otro lado, García Ramírez encuadra a la detención dentro de las medidas cautelares, comparándola con la prisión preventiva, "las cuales participan por ende de la misma esencia; discrepando solo en cuestión de grados: -

(102).- Ibidem, pp. 17-18.

la preventiva es más intensa y permanente que la detención".
(103)

(Crítica del sustentante)

Después de haber analizado los términos en estudio, nos hemos dado cuenta que, como se citó anteriormente la confusión que impera en nuestro medio penal es alarmante; por lo que creemos que sería importante que se corrigieran las deficiencias para de esta manera impartir una mejor justicia, y evitando el daño que muchas de las veces se hace a personas inocentes, por lo demás la situación actual de nuestro País es grave, ya que proveniente de diversos sectores, se han dejado oír las censuras y protestas contra la frecuencia, el abuso y la arbitrariedad de las detenciones preventivas. Así, se denuncian la ligereza con que se pronuncian los autos de formal prisión debido, al exámen poco cuidadoso de las constancias procesales, sea al exceso de trabajo de los Tribunales Penales; la deficiente motivación de los mismos, ya que, muchas veces se sustentan en datos inciertos o en simples conjeturas de los funcionarios judiciales predisuestos, con frecuencia en contra del inculpado por las pruebas policiales aportadas en su contra. Por lo que toca a las detenciones ilegales y arbitrarias practicadas en forma indiscriminada, con o sin orden de detención de autoridad judicial competente, por la rica gama de cuerpos policíacos con que cuenta el país, su abuso ha llegado a tales extremos que las propias autoridades persecutorias se han visto precisadas a reconocerlo públicamente y a intentar poner coto a los mismos, al tiempo que la prensa nacional da cuenta y cabida a los más siniestros relatos y a las más enérgicas protestas contra los atropellos, -

vejámenes, ultrajes, amenazas, torturas, desapariciones y hasta muertes, perpetrados todos ellos por la policía en ocasión de la detención, así como contra todo tipo de extorsiones, violencias y malos tratos infligidos por las autoridades carcelarias durante la detención preventiva.

Respecto al párrafo anterior, podríamos hacernos la siguiente pregunta: ¿hasta que grado quedan relegados los derechos más fundamentales del hombre?, tomando en cuenta que a través de los años se ha venido luchando por un sistemático reconocimiento de los mismos. Debemos tener conciencia que es necesario un cambio radical y fundamental en la manera de aplicar la justicia, lo cual se lograría con una mayor educación, y sobre todas las cosas, sembrar en la conciencia de las autoridades, que lo más importante estriba en la realización de los valores más altos de una sociedad.

1) Prisión preventiva y consecuencias que genera.

Entre las diferentes medidas privativas de la libertad personal, una de las más graves y más frecuentemente aplicadas en la práctica se encuentra la prisión preventiva, institución que desde su implantación hasta nuestros días, ha sido impugnada teóricamente en cuanto a su justificación, cuestionada respecto a su regulación legislativa y criticada en su aplicación práctica, de tal modo que su problemática se ha venido planteando desde tres aspectos, a saber: el teórico, legislativo y práctico.

"En efecto, esta institución ha sido desde siempre uno de los problemas más críticos y espinosos del procedimiento pe_

nal, tanto por el conflicto que plantea como por su falta de justificación. Entre los elementos que confluieron a suscitar tal conflicto y a fundamentar dicha falta de justificación cabe mencionar dos que son esenciales al respecto, a saber:

Primero, la necesidad de una reacción pronta e inmediata contra el delito, la cual no debe simplemente representar la respuesta de la justicia penal contra la actividad delictiva, sino que, al mismo tiempo debe constituir un medio para preservar el desarrollo del proceso penal, impidiendo al delincuente continuar con su actividad delictuosa, sea fugarse, sea falsear las pruebas de su culpabilidad.

Segundo, la contradicción en la que se encuentra el anterior elemento con el principio fundamental de la presunción de inocencia, dado que la aplicación de la prisión preventiva afecta a una persona cuya responsabilidad está aún por establecerse.

(104)

Confirman lo anterior los frecuentes, y recientes esfuerzos legislativos nacionales e internacionales tendientes a lograr un mayor y más justo equilibrio entre el respeto a la libertad individual y la protección de la sociedad.

Para Francesco Carrara, la prisión preventiva es el encarcelamiento de una persona por la sola sospecha de su culpabilidad, antes de que haya sido condenada. Para Castro Ramírez, la prisión preventiva o provisional es la privación de la libertad del inculpado durante la instrucción del proceso, antes de la sentencia firme. Para Fenech, la prisión preventiva consiste en un acto preventivo que produce una limitación de la libertad personal, en virtud de

(104).- Jesús Rodríguez y Rodríguez, Opus cit. p. II.

una decisión judicial que tiene por objeto el internamiento de una persona en un establecimiento creado al efecto, a fin de garantizar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena. Para Francisco Soto Nieto, la prisión preventiva es una medida que se ha establecido para asegurar la presencia del delincuente durante el proceso y para que en última instancia, no pueda sustraerse a la ejecución de la sentencia dictada.

(I05)

Por su parte, Jesús Rodríguez y Rodríguez opina que la prisión preventiva reviste cuatro caracteres generales, los cuales son:

- a) Se trata de una medida precautoria privativa de la libertad personal
- b) debe imponerse solo de manera excepcional;
- c) en virtud de un mandato judicial, y;
- d) hasta el momento en que se pronuncia la sentencia definitiva sobre el fondo de la cuestión.

En general, se entiende que existen tantas definiciones propuestas sobre la prisión preventiva, que la noción sobre ésta medida no es uniforme y su evolución no ha sido progresiva, más bien regresiva. La dificultad de dar una definición correcta a ésta medida estriba en que es difícil poder determinar con toda precisión el objeto o finalidad de dicha medida.

Ahora bien, la prisión preventiva constituye una medida precautoria absolutamente indispensable para lograr los

(I05).- Cfr. Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Argentina 2a. edic. Edit. Labor 1952 p. 129.

(I06).- Cfr. Revista de Derecho Procesal, La Prisión y la Libertad provisionales vistas por un Juez., Madrid 1955 Año XI, Num 4., -- pp. 578-579.

fines inherentes al proceso penal.

(I07)

Los objetivos que se persiguen con la implantación de ésta medida son varios y múltiples, citaremos los más importantes, a saber: I.- Propósitos generales

Indirectos:

- a) Garantizar una buena y pronta administración de justicia
- b) Garantizar el orden público, reestableciendo la tranquilidad social perturbada por el hecho delictivo
- c) Garantizar el buen interés social en la investigación de los delitos y ^(I08)
- d) Garantizar la seguridad de terceras personas y de las cosas. ^(I09)

Directos:

- a) Asegurar el fin general inmediato del proceso que tiende a la aplicación de la ley penal en el caso de su violación
- b) Asegurar el desarrollo normal del proceso, y
- c) Facilitar el descubrimiento de la verdad, mediante las investigaciones, búsquedas y pesquisas que no deben verse entorpecidas por el inculpado ^(I10)

2.- Fines específicos:

- a) Asegurar la presencia del imputado durante el desarrollo del juicio, ante la autoridad que deba juzgarlo;
- b) garantizar la eventual ejecución de la pena;
- c) posibilitar al inculpado el ejercicio de sus derechos de

(I07).- Jesús Rodríguez y Rodríguez, Opus cit. pp. 28-29.

(I08).- Guillermo Colín Sánchez, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales., 2a. edic. Edit. Porrúa México 1970 p. 198

(I09).- J.J. González Bustamante, Opus Cit. p. 179.

(I10).- M. Castro Ramírez, Derecho Procesal Penal Mexicano edic. Edit. México p. 525.

- defensa;
- d) Evitar su fuga u ocultamiento;
 - e) Evitar la destrucción o desaparición de pruebas, tales como huellas, instrumentos, producto o cuerpo del delito;
 - f) Prevenir la posibilidad de comisión de nuevos delitos por o contra el inculpado y ^(III)
 - g) impedir al inculpado sobornar, influenciar o intimidar a los testigos o bien, coludirse con sus cómplices.

Respecto de lo anteriormente citado, es lógico que para poder lograr todos estos fines y propósitos es totalmente indispensable la presencia del inculpado ante el órgano jurisdiccional, la cual sólo puede asegurarse, mediante la prisión preventiva.

Por otro lado, apuntaremos que la medida en estudio se autoriza en los casos de delitos cuya pena máxima rebase el límite marcado por la ley (5 años); la prisión preventiva es obligatoria en todos los casos de delitos sancionados con pena privativa de libertad, si bien se admite la excarcelación del imputado, mediante fianza o caución, cuando el límite fijado por la ley sustantiva, no sea rebasado.

Es de notar que aunque se ha establecido doctrinalmente que la privación de la libertad del inculpado se limite a los delitos graves, ya que esto implica peligrosidad en el agente, sin embargo no se hace ninguna discriminación en cuanto a los delitos leves, basta con que el delito esté sancionado con pena corporal para que el imputado sea sometido a prisión preventiva. Y de lo que se tra

(III).- Jesús Rodríguez y Rodríguez. Cpus cit. p. 31.

ta es de saber en qué casos existe la verdadera necesidad de aplicar tal medida; tomando en cuenta por supuesto el grado de peligrosidad del delincuente, su condición moral, familiar y profesional, así como su posición económica y social. Características que por lo general no son tomadas en cuenta.

Consecuencias que genera:

Esta medida precautoria produce serias y graves consecuencias para la persona afectada, la primera y más importante sería la restricción de la libertad personal, considerada como uno de los bienes más preciados del hombre, otra consecuencia sería el gasto que tiene que realizar el Estado para la manutención de los centros especializados en esta cuestión.

Ahora bien, es del conocimiento general que aun que esta medida no es considerada como una pena propiamente dicha, produce casi todos los efectos de ésta, puesto que afecta tanto o más que a aquellos que ya han sido reconocidos culpables.

En efecto, "la prisión preventiva es una fuente ingalible y, al parecer, inagotable de una serie de sufrimientos físicos, morales y materiales, que pueden serle infligidos al presunto responsable desde el momento mismo de su detención y además, reviste influencias nocivas que derivan del hecho de recluir al inculcado en un establecimiento penal cuyas condiciones en general, en todo tiempo y en todos los países se han distinguido no precisamente por ser establecimientos carcelarios modelos, en los que impere una recta administración y se siga una sana política criminal, sino todo lo contrario, en

construcciones inadecuadas, insalubres, cuando no siniestras, donde el detenido sustraído de su medio habitual impedido de realizar las actividades que le permitían proveer el sustento para sí y para su familia, - verá llegar a corto plazo e inexorablemente, el desprestigio, el descrédito, la ruina y la miseria; donde, hacinado y en malsana promiscuidad con delincuentes habituales y peligrosos, ya sea condenados o que se encuentran también sujetos a proceso, espera una justicia que no llega o llega tarde; de modo tal que la prisión preventiva viene a convertirse en un verdadero atentado contra los derechos humanos del inculpado y - en una imposición de la fuerza".

(II2)

Existen datos estadísticos, acerca de los millares de personas que después de un proceso más o menos largo, son declaradas inocentes; qué es lo que a la postre, sucederá con éstas personas? realmente el conflicto subsiste entre libertad personal y justicia.

Resumiendo, diremos que es importante hacer notar que las diversas opiniones sobre esta medida han variado en busca de una solución definitiva, --la cual no se ha conseguido--, sin embargo, lo más relevante es el hecho de poder encontrar un equilibrio justo entre las dos intereses y un mejor compromiso por parte de las autoridades judiciales.

Por otro lado, Sergio García Ramírez, opina que en el estado actual en que se encuentran las cosas, sería imposible anular la prisión preventiva, ya que su carácter es eminentemente de protección a la sociedad.

(II2).- Jesús Rodríguez y Rodríguez, Opus Cit. p. 33.

Por lo que se refiere a la manera de regular -
 dicha medida, el artículo 18 Constitucional establece que el sitio de -
 la prisión preventiva deberá ser distinto de aquél que se destine para -
 la extinción de las penas, y estará completamente separado. Por otro -
 lado "se adoptó en el 6o. Congreso Nacional Penitenciario (1976) la --
 conveniente recomendación de permitir al juez el otorgamiento de la li_
 bertad provisional previo estudio de la personalidad del infractor para
 determinar su peligrosidad; cuando la pena media aplicable al delito -
 exceda de cinco años de prisión pero no de siete".

(II3)

Por lo que respecta al trato de las personas -
 sujetas a esta medida cautelar, "debe ser más benévola que el corres -
 pondiente a los sentenciados".

(II4)

Por lo que se refiere al tiempo que dure la -
 prisión preventiva, nuestro sistema es terminante, ya que en toda pena
 de prisión que imponga una sentencia se computará el tiempo de la pri -
 sión preventiva.

En cuanto al derecho a indemnización que asiste
 a toda persona que ha sido víctima de una prisión preventiva indebida o
 abusiva, no todas las legislaciones actuales lo consignan y no es de -
 sorprender que muchos países no estén muy dispuestos a admitir este de_
 recho, dado lo oneroso que les resultaría su reconocimiento.

Sin embargo, en base a las disposiciones perti_
 nentes de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, la tendencia -
 actual en ésta región es al reconocimiento del derecho a la reparación.

En América Latina, aún cuando las condiciones -

(II3).- Sergio García Ramírez, Opus Cit. p. 412.

(II4).- Locus cit.'

políticas, económicas y sociales actuales son en general poco propicias no ya digamos al reconocimiento de este derecho sino aún para otorgar una protección efectiva a los derechos más fundamentales del inculcado, y ello desde el momento mismo de su aprehensión y durante todo el proceso penal, es de esperar que ciertos estados se verán obligados, en un futuro próximo, a reconsiderar este principio que reclama la indemnización de toda persona por los daños y perjuicios que se le hubieran causado con motivo de una prisión preventiva ilegal, arbitraria e injusta o abusiva, lo cual habrá de redundar, sin duda alguna, en una disminución considerable de la práctica sistemática de las detenciones ilegales.

2) Prisión por cumplimiento de sentencia.

La prisión por cumplimiento de sentencia, no presenta mayores complicaciones en cuanto a su concepto, ya que la causa jurídica y la finalidad de la prisión por cumplimiento de sentencia consiste en que el individuo sujeto a proceso ha sido ya declarado culpable mediante una sentencia condenatoria que ha causado ejecutoria. Por lo tanto, se le destinará a un establecimiento carcelario previamente creado al efecto, en el cual compurgará la pena establecida por la ley sustantiva al delito de que se trate.

Ahora bien, el Código Penal establece en su artículo 25, que "la prisión consiste en la privación de la libertad corporal, y será de tres días a cuarenta años y se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señale el órgano ejecutor de las sanciones penales".

En cuanto a la suspensión de los derechos, el mismo Código penal establece en el artículo 46 que "la pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos y los de tutela, curatela, ser apoderado, defensor, albacea, herito depositario o interventor judicial, síndico o interventor en quiebras, árbitro de ausentes. La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena.

Por lo que se refiere al régimen carcelario más estricto siempre deja al hombre un estrecho margen de libertad en ciertos aspectos de la vida dentro del penal. Ello no podría ser de otro modo, porque la libertad como ha dicho con acierto el existencialista de nuestro tiempo Jean Paul Sartre "es la esencia del ser humano". En tal sentido y hablando con rigor filosófico, la única pena privativa de la libertad en sentido estricto sería la de la muerte. Por eso al calificar a la prisión como una pena privativa de la libertad debemos dejar en claro que el término "privativa", tiene un sentido relativo y no absoluto.

III. Clasificación de los delitos en razón del momento de su perpetración.

A) Flagrancia y Cuasiflagrancia.

Tomando en cuenta el momento en que se cometen los delitos, estos se han dividido en flagrantes, cuasiflagrantes y flagrantes presuntivos.

Nuestra Constitución Política en su artículo 16 ha establecido una regla general, a saber: ninguna detención sin mandato judicial, asimismo establece dos excepciones: en caso de flagrante delito y de urgencia, casos en los que cualquier persona podrá aprehender al delincuente, para ponerlo de inmediato a disposición de la autoridad judicial correspondiente.

"Virtualmente el derecho interno de todos los países europeos y latinoamericanos permiten a cualquier particular aprehender, sin orden de autoridad judicial, a toda persona sorprendida en el momento de cometer una infracción penal, o acabando de cometerla (cuasiflagrancia), para el único efecto de ponerla inmediatamente a disposición de la autoridad judicial o de alguna otra autoridad competente".

(II5)

La excepción a la que aludimos en el párrafo citado con antelación, por lo general está consignada en las constituciones estatales, comparada con otro tipo de detenciones implica muy pocos riesgos de causar perjuicios a personas inocentes. Es por esto que no debemos olvidar un solo instante "que toda la actividad procesal penal está encauzada por la Constitución. Y que si la libertad no puede res-

(II5).- Jesús Rodríguez y Rodríguez, Opus Cit. p. 83.

tringirse más que de acuerdo con el artículo 16 constitucional una vez restringida, una vez aprehendido un hombre y puesto a disposición de su misma constitución; a más de otras disposiciones de ésta ley fundamental, tales como los artículos 13, 14, 17, 18, 21 y 22 constitucionales que vienen a enmarcar totalmente el campo dentro del cual puede moverse la autoridad judicial".

(II6)

Por otro lado es preciso definir el concepto de delito flagrante, para Escriche "es aquél que se ha cometido públicamente y en que el perpetrador ha sido visto por muchos testigos, al mismo tiempo en que lo consumaba". Tomando en cuenta que flagrar significa arder o resplandecer, como ^(II7) fuego o llama, no deja de aplicarse con cierta propiedad al delito que se descubre en el mismo acto de su perpetración. "Se entiende que un delincuente es cogido en flagrante delito cuando se le sorprende en el momento de estarlo cometiendo in ipsa perpetratióne facinoris". Al respecto decía Emilio Reus "que la facultad concedida a cualquier persona para proceder a la detención del delincuente sorprendido en flagrante delito, ha respondido en gran modo a las exigencias de la opinión pública y a una gran necesidad social cual es la de facilitar el pronto castigo del culpable que no duda que lo es, que ha sido sorprendido in fraganti y en los casos en que ningún inconveniente, ninguna dificultad puede resultar por el aceleramiento".

(II9)

En efecto, si nos pusiesemos a dar un vistazo general a las constituciones de los diversos países europeos, encontramos que por lo general en todos ellos se consagra ésta excepción :

(II6).- Carlos Franco Sodi, Opus Cit. p. 145.

(II7).- Citado por González Bustamante, Opus Cit. p. 117

(II8).- Locus cit.

(II9).- Ley de Enjuiciamiento Criminal. Emilio Reus, Tomo II Revista de Legislación. 1883 Madrid.

Bélgica (artículo 7). Luxemburgo (artículo 12), Italia (artículo 237), - República Federal de Alemania (artículo 127). En latinoamérica, con - signan ésta excepción: Bolivia (artículo 9), Brasil (artículo 20), Colom - bia (artículo 24), Costa Rica (artículo 37), Chile (artículo 13) Ecuador (artículo 191, inciso 4o), El Salvador (artículo 166), Guatemala (artículo 43), Honduras (artículo 72), México (artículo 16), Nicaragua (artículo 39), Panamá (artículo 22 párrafo 2o.), Perú (artículo 56), Rep. Domini - cana (artículo 8, inciso 2), Uruguay (artículo 15) y Venezuela (artículo 60, inciso 1o).

Se desprende del anterior párrafo, que dada la - importancia de la cuestión en estudio, casi todas las constituciones - prevén el delito flagrante. Sin embargo, la determinación de los he - chos, elementos o situaciones que conforman la noción de flagrante deli - to, así como la calificación de las circunstancias que pueden justificar la necesidad de una detención inmediata varían de un país a otro.

En nuestro País, la Jurisprudencia ha estableci - do que no debe confundirse el delito con las consecuencias del mismo: - que por delito flagrante debe entenderse el que se está cometiendo ac - tualmente sin que el autor haya podido huir y, por lo tanto, considerar flagrante un delito porque se miren sus consecuencias, constituye un - grave error jurídico.

(120)

Sergio García Ramírez situa a la flagrancia, - dentro de las instituciones que desencadenan el procedimiento penal; ya que una vez producida ésta, la situación criminosa llegará al conoci - miento del ministerio público al través de una denuncia o, en su caso, -

(120).- Semanario Judicial de la Federación, Tomo XVII, p. 477.

de una cuerella".
(I2I)

El artículo 194 del Código Federal, establece tres hipótesis referentes al momento en que el delincuente es aprehendido, a saber:

"Se entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito":

- 1a).- No solo cuando es detenido en el momento de estarlo cometiendo;
- 2a).- Sino cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculcado es perseguido materialmente y;
- 3a).- Cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.

Del análisis del citado artículo, se desprende que la primera hipótesis se está refiriendo al delito flagrante en estrictu sensu. La segunda, por su parte, hace referencia por supuesto, a la cuasiflagrancia y, por último, la tercera hipótesis, concretamente nos está hablando de la presunción de flagrancia o flagrancia presuntiva, la cual será analizada próximamente.

Resumiendo, debe quedar perfectamente establecido que por delito flagrante se debe entender aquél en que el delincuente es materialmente sorprendido en el momento de estarlo cometiendo. En cuanto a la cuasiflagrancia, diremos que es delito cuasiflagrante aquél en que el agente del delito, después de haberlo cometido, huye y

(I2I).- Sergio García Ramírez, Opus cit. p. 347.

es perseguido materialmente, siempre que la persecución dure y no se suspendiere mientras el responsable no se ponga fuera del alcance de inmediato de los que le persiguen.

Por último, únicamente nos resta decir que éstos términos se confunden, debido a que en nuestra Constitución y en las leyes vigentes procesales no se hace distinción alguna entre la flagrancia y la cuasiflagrancia; como ejemplo podemos citar el artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Dto. Federal. "se entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito: no solo cuando es arrestado en el momento de estarlo cometiendo, sino también cuando después de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente --perseguido". Creemos por lo tanto que sería conveniente distinguirlos adecuadamente y darles la connotación jurídica que les corresponde, ya que como la Jurisprudencia ha establecido, no deben confundirse el delito con sus consecuencias. Y debido a las características que revisten son dos figuras jurídicas totalmente distintas, como se vió anteriormente.

B) Flagrancia presuntiva y notoria urgencia.

La flagrancia presuntiva se desprende del citado artículo 194 del C.F., al establecer que "cuando después de ejecutado el hecho delictuoso alguien señala al inculpado como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad". Es notorio que de acuerdo a este precepto se está aludiendo a la flagrancia presuntiva, por lo tanto cree

mos que no reviste mayor dificultad.

Pasando a otro punto, diremos que la notoria urgencia se funda en razones de conveniencia, ante la imposibilidad de obtener desde luego, que la autoridad judicial expida el mandamiento de captura, ya sea por razón de la hora o del lugar en que se ha llevado a cabo el hecho delictuoso, y ante el peligro de que el delincuente se fuga u oculte.

Aquí en México, es el propio artículo 16, primer párrafo, tercera frase, el que autoriza que, en caso de urgencia, cuando no hubiere en el lugar (entendiéndose aquí que se trata del lugar de la comisión del delito), ninguna autoridad judicial, y solo tratándose de delitos que se persiguen de oficio, la autoridad administrativa pueda proceder a decretar la detención de un acusado, lo cual se hará bajo su más estrecha responsabilidad, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial u otra autoridad competente.

Sea como fuere, este tipo de aprehensión se autoriza a condición de que dentro de las veinticuatro horas siguientes se expida el mandato de detención correspondiente, y dentro del mismo plazo tal mandato le sea notificado al inculcado.

Por otro lado, cabe recordar que la facultad reconocida a la autoridad administrativa para decidir y proceder a la detención de un individuo sin el requisito de la orden judicial, fue objeto de tremendos debates en el seno del Congreso Constituyente de 1916 - 1917. Es notorio que ya desde aquél entonces se advertían los riesgos,

abusos y arbitrariedades que hoy en día se reprochan a la práctica de la detención en caso de notoria urgencia por parte de las autoridades administrativas de nuestro país y han dado origen a la idea de que una reforma constitucional a este respecto se impone, como lo afirma el maestro Ignacio Burgoa, quien al respecto ha dicho "existe una necesidad inaplazable de reformar el artículo 16 constitucional en aquella parte que se refiere a la facultad que tienen las autoridades administrativas para detener a una persona sin orden judicial "en casos urgentes", ya que por lo que respecta a la estimación de "urgencia", consigna un peligroso subjetivismo autoritario que significa una constante amenaza para la libertad personal; y por lo que concierne a la obligación de poner "inmediatamente" al detenido a disposición de la autoridad judicial, es notoriamente impráctico, desajustado de la realidad y en esencia viable por los imperativos de la función persecutoria a cargo del ministerio público. Por ello, el artículo 16 constitucional atenta contra la libertad de los gobernados, sujetando ésta al criterio de la autoridad administrativa, e imposibilita el debido y elevado ejercicio de las atribuciones de dicha institución social. Ambos efectos deben corregirse para asegurar, por un lado la libertad personal y para permitir al ministerio público, por el otro, el desempeño desahogado de su misión persecutoria de delitos cuando, en los casos que constitucionalmente se consignent como procedentes, tenga en su poder al inculpado".

(I22)

CONCLUSIONES

- 1.- El proceso, es una institución establecida para realizar por medio de ella, la administración de la justicia, mientras que el procedimiento es el conjunto de formas o maneras como se efectúa esa función.
- 2.- Las características del proceso penal son: publicidad, vinculación, concentración, oralidad, inmediatividad, legalidad, obligatoriedad y congruencia de la sentencia.
- 3.- Las etapas del procedimiento penal son: averiguación previa, instrucción, juicio y ejecución.
- 4.- La restricción de la libertad es una necesidad, puesto que se asegura la presencia del inculcado ante el órgano jurisdiccional.
- 5.- El auto de formal prisión es una resolución jurisdiccional dictada dentro de las setenta y dos horas a partir de que el inculcado queda a disposición del juez; en el cual se fijan los hechos materia del proceso, acreditándose el cuerpo del delito, y la presunta responsabilidad del inculcado.
- 6.- El auto de formal prisión sólo se dictará en casos de delitos graves que revelen peligrosidad en el agente, como un procedimiento de necesidad extrema. Cuando el delito que se impute al acusado, tenga señalada pena alternativa que incluya una no corporal, se dictará el auto para señalar únicamente el delito o delitos por los que se siga el proceso, sin restringirse la libertad.
- 7.- El auto de formal prisión es la privación de la libertad mediante determinados requisitos y circunstancias especiales, llevadas a cabo por la autoridad jurisdiccional.
- 8.- Los requisitos del auto de formal prisión son de Forma y de Fondo.
- 9.- El auto de formal prisión, define la situación jurídica del inculcado; y fija el delito o delitos por los que debe seguirse el proceso; abre el período de instrucción formal en el proceso y justifica la prisión preventiva del sujeto.

- 10.- El auto de sujeción a proceso se dicta cuando el delito cometido es sancionado con pena alternativa no privativa de la libertad. Deberán estar comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.
- 11.- La detención se inicia a partir del momento en que una persona es aprehendida en cualesquiera de las hipótesis contenidas en el artículo 16 Constitucional.
- 12.- La precisión terminológica es muy importante. Sería adecuado ya no utilizar el término detención como sinónimo de aprehensión, para evitar abusos y atropellos en contra de los ciudadanos.
- 13.- La prisión preventiva constituye una medida precautoria absolutamente indispensable para lograr los fines inherentes al proceso penal.
- 14.- La prisión preventiva es obligatoria en todos los casos de delitos sancionados con pena privativa de libertad; sin embargo, sería interesante aplicarla cuando exista una verdadera peligrosidad en el agente.
- 15.- La política criminal debe tender a desarrollarse más ampliamente, para lograr mejores establecimientos carcelarios y una honesta administración.
- 16.- En casos de delitos leves, pero que superen el término medio aritmético de cinco años de prisión, sería conveniente cambiar la prisión preventiva por otro tipo de medidas que sean más acordes con nuestras necesidades, para evitar con ello, que después de un proceso más o menos largo, las personas que han estado involucradas resulten inocentes, y así evitarles una serie de sufrimientos físicos y morales.
- 17.- Es muy importante que nuestro País tome medidas tendientes a legislar en lo que se refiere al derecho de indemnización que le corresponde a todo sujeto víctima de una prisión preventiva ilegal, indebida o abusiva.

13.- Por lo que se refiere a la flagrancia, sería conveniente distinguir en nuestros Códigos Procesales Penales, la connotación jurídica correspondiente a flagrancia y cuasiflagrancia, ya que estos términos se confunden, y no debemos olvidar que una cosa es el delito y otra sus consecuencias.

CAPITULO III

**LA OBTENCION DE LA LIBERTAD EN EL
PROCEDIMIENTO PENAL**

I. La libertad provisional bajo caución

A) Concepto y finalidad.

Al iniciar el análisis de la libertad provisional, es muy importante señalar que la libertad como derecho orgánico tiene su origen en la propia condición biológica del hombre, y por lo tanto se transforma en un derecho fundamental de la Constitución política de un país, ya que tan sólo por medio de dicha libertad se pueden desenvolver y consolidar los principios democráticos. En nuestro país, esta libertad ha sido elevada al rango de garantía constitucional y se desprende del artículo 20 constitucional, el cual señala: "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza, que fijará el juez, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla bajo la responsabilidad del juez en su aceptación".

Ahora bien, después de señalar el punto donde se inicia nuestro análisis, el siguiente paso será preguntarnos que significa la libertad provisional bajo caución, en que consiste y cuál es su finalidad inmediata; respuestas que trataremos de dar en el transcurso del presente trabajo.

Cuando la conducta de un individuo lesiona los bienes protegidos por el derecho penal es necesario limitarle su liber-

tad en beneficio de la sociedad, la cual reclama la protección de la justicia. "El fin del derecho en general es la protección de los intereses de la persona humana, o sea de los bienes jurídicos. Pero no corresponde al derecho penal tutelarlos todos sino sólo aquellos intereses especialmente merecedores y necesitados de protección, dada su jerarquía, la que se le otorga por medio de la amonesta y ejecución de la pena; es decir, aquellos intereses que requieren una defensa más enérgica".

(123)

Ahora bien, la libertad provisional es una medida que tiene por objeto asegurar la comparecencia del procesado o garantizar la efectividad de la sentencia, constituyendo de este modo un avance indudable en la sustitución de la prisión preventiva por una (o varias, según el caso en que se aplique) medida que agiliza el proceso, humaniza la impartición de justicia, abate costos administrativos y garantiza un mejor equilibrio entre las autoridades penales y los gobernados.

(124)

Por otro lado, en virtud de que el sistema acusatorio es propio de los regímenes democráticos, la privación provisional de la libertad opera en función del sistema procesal adoptado, por lo tanto se considera a la privación provisional de la libertad como una medida excepcional, puesto que se concibe a la personalidad humana y a la libertad individual como bienes esenciales del ordenamiento jurídico.

Respecto del anterior párrafo, la privación de la libertad encuentra su equilibrio perfecto en la libertad provisional, ya que así como el Estado dicta leyes para restringir las conductas ilí

(123).- Raúl Carranca y Trujillo, Derecho Penal Mexicano. Parte General, Tomo I, 10a. edic. ed. Porrúa, México, 1974 p.20.

(124).- Cfr. La Libertad Provisional. Revista Mexicana de Justicia -- Lic. Fernando García Cordero, No. 19, vol. III Proc. Gral. de la República, Julio-Agosto de 1982, p. 50.

citadas, también es cierto que tutela los derechos fundamentales del individuo como una parte importante de la sociedad y es así como el individuo goza de los beneficios que la propia ley ha otorgado previamente, - en este caso la libertad provisional.

Respecto a esta medida los estudiosos de la materia opinan que "La libertad provisional, que presupone la legitimidad, la actualidad y la perseguibilidad de la custodia preventiva es un estado de libertad limitada a los fines del proceso penal". En opinión de González Bustamante, la libertad provisional bajo ^(I25)caución se concede a un detenido por el tiempo que dure la tramitación del proceso, previa la satisfacción de determinadas condiciones estatuidas en la ley. El maestro Colín Sánchez ha dicho que "la libertad bajo caución es el derecho otorgado por la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos a todo sujeto objeto de un procesamiento, para que, previa satisfacción de ciertos requisitos especificados por la ley, pueda obtener el goce de su libertad, siempre y cuando el término medio aritmético de la pena no exceda de cinco años de prisión".
(I26)

La libertad bajo caución "es lisa y llanamente, - recuperación de la libertad a través de un instrumento que ingeniosamente sustituye a la detención. Ese instrumento es, precisamente la ^(I27)caución". Podemos observar que la libertad individual es preservada mediante la libertad bajo caución, puesto que se ha debilitado la necesidad social de detención provisional. Esto sucede cuando en el curso del procedimiento se acredita por medio de elementos confiables, la probabi-

(I25).- Tratado de Derecho Procesal Penal., Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1952, p.661.

(I26).- Derecho Mexicano de Procedimientos Penales., Bay gráfica y ediciones Ia. edic., México 1967, p. 270.

(I27).- La libertad provisional mediante caución y protesta en la Constitución Mexicana. Revista Mexicana de Justicia, Elpidio Ramírez vol. III, No. 19, Julio-Agosto 1982, México, D.F. p. 65

lidad, concreta y elevada de que el inculpada no se va a sustraer a la acción de la justicia.

La finalidad de la caución es doble, en opinión del Lic. Elpidio Ramírez, quien afirma "que en primer lugar satisface - la necesidad social de preservar a la libertad individual y, al mismo - tiempo satisfacer la necesidad social de preservar al proceso y a la - ejecución de la sanción privativa de libertad" Por supuesto, ésta li- bertad provisional puede concederse bajo ^(I28) palabra o fianza personal en - contraposición a la de fianza o caución de carácter real. Tales medi- das cautelares garantizan la reparación del daño y la pena pecuniaria - y, por supuesto, la comparencia a proceso. Por ende, la prisión pre- ventiva se limitará a los casos en que la razón y la justicia le recla- men y deberá ajustarse a normas preestablecidas que emanen de la ley, - y únicamente de la ley.

(I29)

La libertad provisional bajo caución no procede sino en determinadas oportunidades del proceso, y una vez cumplida al- gunas condiciones legales. Ahora bien las oportunidades para la con- cesión de la libertad provisional están previamente señaladas en la ley, y esas oportunidades se realizan en lapsos muy largos durante los cua- les el detenido, aunque llegado el caso tuviere derecho a la libertad - provisional, permanece por largo tiempo detenido, con mengua del dere- cho individual de la libertad, por lo tanto, es necesario ampliar las oportunidades para solicitar la libertad provisional.

(I30)

Ahora bien, ¿cuál es en sí la finalidad de la -

(I28).- La Libertad Provisional. rev. cit. Lic. Elpidio Ramírez, p. 70

(I29).- Cfr. Fernando García Cordero, rev. cit. p. 49

(I30).- Cfr. Límites legales de la Privación de la Libertad. Revista de la Facultad de Derecho, Tulio CHiossone, Caracas 1971., No. 50 pp. 36-37.

libertad provisional?, está realmente cumpliendo el papel para el que fué creada?. Resulta interesante señalar que uno de los defectos sustanciales dentro de la administración de justicia en México, es la falta de confianza en ella por el creciente abuso de la detención preventiva y la larga detención durante el proceso; mientras el ciudadano no se sienta protegido por la ley y por los jueces, habrá siempre un vallado insalvable en la lucha contra la criminalidad.

Tulio Chiossone, opina que, "Una de las grandes características que distinguen al derecho inglés es el respeto absoluto por la libertad individual y por los derechos de la persona acusada de un hecho punible". El Magistrado F.T. Giles consigna en su obra ⁽¹³¹⁾ "El Derecho Inglés y su Procedimiento", las siguientes palabras: "Cuando en un país el hombre es libre y puede acudir sin temor a los tribunales para hacer valer sus derechos, reina la libertad. Si no puede defenderse, es decir, si se halla al arbitrio de la policía, de coaliciones poderosas o del mismo Estado, entonces, por más que los dirigentes proclamen ostensiblemente, la existencia de libertad y democracia, por más que se realicen concentraciones gigantescas o desfiles inacabables, el ciudadano no será un hombre libre, sino, tan solo, un esclavo dentro de un Estado esclavo".

(132)

Se entiende que la finalidad de la libertad provisional, es evitar temporalmente la privación de la libertad de un sujeto, sobre el que existen indicios de presunta responsabilidad acerca de un delito, por lo que de hecho estará cumpliendo el fin para el que fué creada, sin embargo es la realidad judicial de nuestro país la que (131).- Ibid, p. 39

(132).- Citado por Tulio Chiossone, rev. cit. p. 39

nos insta a cuestionarnos acerca de la efectividad de ésta medida. Basta con observar los sucesos cotidianos, para darnos cuenta que es urgente un cambio en los procedimientos que se llevan a cabo para administrar justicia, baste un ejemplo para confirmar lo dicho anteriormente: Un ciudadano se abstiene en oportunidades de denunciar un hecho punible por temor a que lo "dejen detenido"; en muchos casos no presta auxilio a víctimas de un accidente que por azar encuentre abandonadas, por temor a que lo detengan para la averiguación. Se abstiene de presentarse como testigo, por temor a que lo detengan. Por ello es necesario dar facilidades para obtener la libertad bajo caución, ampliar las oportunidades para poder obtenerla. Francisco Carrara, uno de los máximos creadores del derecho penal ha dicho que "la expresión libertad provisional es irrisoria y anfibológica ya que respecto al hombre al cual todavía le asiste la presunción de inocencia, es repugnante llamar provisional, y normal al estado de detención, porque esto contradice la confesión que todos hacen de la radical injusticia contenida en la detención preventiva, que tan sólo como necesidad puede tolerarse".

(I33)

En general, podemos decir que la libertad provisional es una medida cautelar o accidental que evita temporalmente la privación de la libertad del individuo sobre el que existen indicios de presunta responsabilidad de un delito.

Por otro lado, la libertad provisional es un beneficio que se puede otorgar si concurren las condiciones previstas por la ley en cualquier estado de la instrucción o grado del juicio. Como

(I33).- Ibidem, p. 41.

garantía constitucional, la libertad provisional bajo caución, se desprende del mencionado artículo 20 de nuestra ley fundamental; la cual se otorga a toda persona que ha sido acusada, siempre y cuando no rebase el límite señalado por la ley, que es de cinco años de prisión.

En efecto, podemos señalar que el objeto de la libertad provisional bajo caución consiste en que el imputado no se sustraiga de la acción de la justicia, de este modo el Estado asegura los intereses jurídico procesales, así como la marcha del proceso en cuestión.

I) Requisitos previos para su procedencia.

Al iniciar el análisis de los requisitos para la obtención de la libertad provisional, podemos darnos cuenta que el juez deberá otorgar la libertad bajo caución de una manera rotunda tan pronto como el acusado la solicite, tomando en cuenta que dicha libertad se ajustará a la gravedad del delito y a las circunstancias personales del acusado, para efecto de la fijación del monto de la fianza. Al respecto el artículo 20 constitucional, en su fracción correspondiente señala:

"En ningún caso la fianza o caución será mayor de \$ 250,000.00, a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado"

Una vez que el juez ha fijado la caución para que el inculcado goce del beneficio de dicha libertad, éste deberá poner a su disposición la garantía que asegure su comparecencia ante la autoridad, y para efectos de que no se sustraiga a la acción de la justicia.

Por otra parte, existen tres aspectos que son de vital importancia para la procedencia u obtención de la libertad provisional bajo caución y son:

- a).- Que el término medio aritmético de la pena corporal que corresponda al delito imputado no exceda de cinco años de prisión.-- Es este el requisito sine quanon en que se basa fundamentalmente la autoridad jurisdiccional para conceder o negar la libertad provisional. La media aritmética de la pena se obtiene sumando el mínimo y el máximo
-

de años correspondiente al delito específico, y dividiendo el resultado entre dos, siempre que el resultado de la suma no sea mayor de cinco años de prisión, se tendrá derecho inmediato a la mencionada libertad y la autoridad podrá conceder dicho beneficio. Por otro lado, si el término medio aritmético de la pena que se va a imponer excede de cinco años de prisión, será una razón suficiente para negar la libertad provisional, por lo tanto será improcedente.

Respecto del anterior párrafo, existe una relación de causalidad normativa entre la libertad provisional y la detención o prisión preventiva, ésta última es el presupuesto lógico y jurídico de la libertad provisional, lógico porque no se concibe naturalmente la libertad de quien no está detenido o preso. Jurídico, porque no se admite la solicitud para la concesión del beneficio sin haber ejecutado el auto de detención o de formal prisión, según sea el caso.

(134)

b).- Gravedad del hecho punible. Este criterio es constante en casi todas las legislaciones. Efectivamente, la pena es criterio valorativo para la concesión o mejor dicho, para la procedencia del beneficio y la pena guarda una relación cuantitativa y cualitativa con la gravedad del hecho punible, como consecuencia que es de éste. Así vemos que el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales establece "que todo inculcado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, cuando el término medio aritmético de la pena corporal que corresponda al delito imputado no exceda de cinco años de prisión. Sin embargo los tribunales podrán negar la concesión de la libertad caucional, cuando el máximo de la pena exceda de cinco años de prisión, teniendo en cuenta la temibilidad del inculcado, las circunstancias es_

(134).- Cfr. La libertad provisional del detenido como derecho y como institución de prevención criminal. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Hector Nieves No. 4, 1967, Madrid, España. p. 139.

peciales que concurren en el caso, la importancia del daño causado, y, en general las consecuencias que el delito haya producido o pueda producir". Al respecto, la libertad provisional constituye una medida discrecional del Juez o del Ministerio Público, fundamentando dicha discrecionalidad en relación a la personalidad del imputado.

c).- Peligrosidad del procesado. Este criterio que resulta esencial en cuanto al fundamento del beneficio, no es apreciado en sus notas de uniformidad y generalidad por las legislaciones Latinoamericanas. En cambio en los países europeos es preferentemente valorado (Alemania, Francia, España, Japón, Rusia. etc). En algunos códigos latinoamericanos, la idea de peligrosidad viene referida complementariamente a la gravedad del hecho punible, tanto en las formas vinculatorias como discrecionales. De todas maneras, el concepto de la pena-normativa, referida ⁽¹³⁵⁾ al hecho punible, es un factor constante y preferencial, según hemos dicho con anterioridad.

Se deduce que el criterio de la peligrosidad, subjetivamente considerado, sólo se refiere por el legislador a los efectos de la procedencia de la libertad provisional de una manera complementaria aún en los casos de otorgamiento discrecional.

Resumiendo, diremos que prácticamente la libertad provisional depende de un simple cálculo aritmético, en el que no interviene ni la razón, ni la conveniencia, ni la inteligencia, ya que el Juez únicamente se apegaba al precepto constitucional, mismo que no contiene ni restricciones ni limitaciones, por lo tanto, este criterio deberá ampliarse, ya que como dice el Lic. Raúl Cervantes Ahumada "La prisión preventiva es obsoleta, está fuera de tiempo, está falta -

(135).- Ibidem, p. 140.

de motivación, y da lugar a un nuevo canal de corrupción que es la libertad caucional, es un ataque monstruoso porque es un resto de la presión ultraburguesa sobre la legislación procesal penal. Así encontramos que de dos individuos que cometen el mismo delito podrá salir libre el que tenga con que pagar la caución y el otro se quedará sancionado por su pobreza".

(136)

Con relación a lo anterior, es necesario un conocimiento profundo de la problemática penal, criminológica y penitenciaria de nuestro país lo cual nos permitirá tener una visión mas amplia y por lo tanto, nos llevará a encontrar mejores medidas procesales, así como facilitar la obtención de la libertad provisional bajo caución, -- garantizando de esta manera los fines instrumental y teleológico del -- proceso penal, lo cual se traduciría en un mayor respeto a la libertad humana.

Por otra parte, nos resta decir que los requisitos previos para la procedencia de la libertad caucional se encuentran debidamente reglamentados en el artículo 556 del Código Adjetivo Local y artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Por lo que se refiere al párrafo citado con anterioridad, conveniente es observar que en los Diarios Oficiales de fechas 27 de Diciembre de 1983 y 4 de Enero de 1984, se publicaron los decretos de revisión y adiciones al Código Federal de Procedimientos Penales y al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, siendo reformados entre otros los artículos 399 y 556, respectivamente de los ordenamientos indicados. Dichos dispositivos se refieren a que la liber

tad bajo caución procede cuando el término medio aritmético de la pena no excede de cinco años de prisión. Sobre el particular, Marcos Castillejos Escobar manifiesta que dichos numerales captan en esencia el artículo 20 Constitucional, Fracción Ia; pero observa que los dispositivos procesales mencionados resultan inconstitucionales en cuanto indican que el tribunal atenderá para los efectos de dicha libertad a las calificativas del delito mencionado.

La anterior crítica la apoya en el artículo 20 -- fracción Ia de la Constitución, la cual se refiere a la procedencia de la libertad caucional cuando el delito merezca ser castigado con una pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión; dicha fracción no hace alusión a las calificativas sino a la sanción respecto del delito, y éste según el artículo 7o. del Código Penal reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de Enero de 1984, es el acto u omisión antijurídico y culpable, en tanto que la calificativa es algo accesorio al delito que hace que la sanción aumente, y en vía demostrativa menciona los artículos 367 y 381 del Código Penal, ya que el primero define al delito de robo, cuya sanción está prevista en el artículo 370, y el segundo dice que además de la pena que corresponda conforme al artículo 370, se agregarán de tres días a tres años de prisión.

Por ello, el Licenciado Castillejos Escobar concluye diciendo que la sanción que debe tomarse para determinar si es o no procedente la libertad provisional bajo caución, es la correspondiente al delito simple. En cuanto a las modalidades, opina que no deben confundirse con las modificativas del delito, que son las circunstancias

que hacen que aumente o disminuya la sanción, ya que aquellas deben de entenderse como las diversas formas de descripciones típicas referentes a un delito, como serían por ejemplo, los delitos contra la salud o de privación ilegal de la libertad, pues inclusive, la única ocasión en que el Código Penal utiliza el término modalidad en forma relevante para la concepción indicada es el artículo 199 del Código Penal, en su párrafo segundo.

a).- Momento en que puede solicitarse.

En cuanto al momento procedimental en que sea pertinente solicitar y obtener la libertad, existe terminante texto constitucional, y resulta que la liberación del inculcado debe ser inmediata, esto es no se supedita a ningún otro acto procesal, con la salvedad de que sólo puede discernirla el Juez, cosa que supone simplemente la iniciación del procedimiento judicial. Sin embargo en la práctica y en base a nuestros códigos, se dispone que la libertad caucional procede hasta el momento en que el inculcado ha rendido su declaración preparatoria -- (artículo 290, Fracción IIa del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 154 del Código Federal de Procedimientos Penales). Y dado que dicha declaración preparatoria puede tomarla el Juez hasta las cuarenta y ocho horas contadas a partir de que el individuo ha quedado a su disposición, surge ahí un período de días durante los cuales el inculcado, pese a estar ya a disposición del Juez, no puede, de acuerdo con los textos legales secundarios obtener su libertad caucional, aún cuan

do así lo ordene la Constitución y vemos aquí que por lo general, los -- Jueces atienden siempre a la disposición procesal con olvido de la nor - ma constitucional. Al respecto se ha hablado del autocontrol de la --- constitucionalidad, tema que ha sido abordado brillantemente por el Dr. Ignacio Burgoa Orihuela, quien opina: "Son los mismos jueces, de cual - quier categoría que sean, los que, por preterición aplicativa de una ley secundaria opuesta a la Constitución, tutelan ésta en cada caso concre - to mediante la adecuación de sus decisiones a los mandamientos del códi - go fundamental". Por lo tanto todas las autoridades del estado tienen la obligación de acatar la Constitución y de procurar su cumplimiento, - con la potestad de invalidar leyes o actos inconstitucionales.

(137)

Respecto del párrafo anterior, se desprende que - la libertad provisional deberá concederse inmediatamente después de la - detención, cuando se trate de delitos que no representen suma gravedad, y se niega en los casos que representan una grave conmoción social.

Asímismo, la libertad provisional puede ser soli - citada desde la averiguación previa, de acuerdo a las reformas de 1971 - al procedimiento penal se estableció lo que se denominó "libertad previa administrativa", por llevarse a cabo ante el Ministerio Público, liber - tad que se analizará por separado en las precedentes páginas.

La libertad provisional bajo caución se podrá so - licitar en cualquier momento procedimental, ya sea en primera o segunda instancia, y aún después de que se hubiere pronunciado sentencia, o sea, cuando se solicite amparo directo. Igualmente podrá ser solicitada en amparo indirecto, de acuerdo con los artículos 136 párrafo cuarto y en -

(137).- La libertad provisional mediante caución y protesta en las leyes secundarias. Revista Mexicana de Justicia, Dr. Jesús Zamora -- Pierce No. 19, vol. III, Julio-Agosto de 1982, Procuraduría Gral. de la República, México, D.F., p. 79.

(138).- El Juicio de Amparo. 12a. edic., Edit. Porrúa, S.A., Méx. 1977, - p. 161

(139).- Cfr. Ibidem, p. 170.

amparo directo de acuerdo con el artículo 172 de la ley de Amparo que reza: "En los casos de detención por mandamiento de autoridades judiciales del orden penal, o de auto de prisión preventiva, el quejoso podrá ser -- puesto en libertad bajo caución conforme a las leyes federales o locales aplicables al caso" y en amparo directo: "Cuando la sentencia reclamada -- imponga la pena de privación de la libertad, la suspensión surtirá efecto de que el quejoso quede a disposición de la Suprema Corte de Justicia, por mediación de la autoridad que haya suspendido su ejecución; pudiendo la última de dichas autoridades ponerlo en libertad caucional si proce -- diere".

Cierto también que, el mandato constitucional ordena que la libertad deberá otorgarse "inmediatamente" tan pronto como ésta sea solicitada, esto es, siempre y cuando proceda, de acuerdo a los -- requisitos señalados con antelación, por lo tanto, como lo previene la -- fracción Ia. del multicitado artículo 20 constitucional, la libertad es inmediata y no admite la formación de incidentes, puesto que debe ser otorgada en la misma pieza de autos, así lo establece el artículo 400 del Código Federal de Procedimientos Penales.

(140)

Por lo que se refiere a las personas que pueden -- solicitarla, serán: el acusado o procesado, su defensor o algún representante legítimo que acredite tal situación en materia federal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 557 del Código Adjetivo Local.

Existen casos difíciles que han sido resueltos mediante Tesis Jurisprudenciales, básicamente los casos que presentan inte --

(140).- Cfr. Rafael Pérez De Palma. Guía de Derecho Procesal Penal, 1a edic. Cardenas Editor y Distribuidores, Mexico 1975, p. 433.

rés son los correspondientes a delitos que van acompañados de atenuantes o agravantes o de circunstancias modificativas, los delitos en los cuales se presenta un concurso material o formal y en los casos de apelación como a continuación veremos.

Por lo que se refiere a la apelación, la libertad bajo fianza puede ser solicitada ante el Juez de primera instancia en el momento mismo de interponer el recurso de apelación, y ante la Sala que conozca de la apelación durante la tramitación del recurso, antes de que se dicte sentencia que cruse ejecutoria. Es precisamente en estos momentos cuando se presentan problemas, y cuando resulta más difícil la obtención de dicha libertad, ya que se pueden originar diversas hipótesis, como veremos a continuación:

1a).- La sentencia de primera instancia se dicta por delito que tiene asignada una pena cuyo término medio aritmético no excede de cinco años de prisión. Tanto el Juez como la Sala, para considerar la procedencia, deben estar no al monto de la pena impuesta en la sentencia combatida, sino al término medio aritmético del delito imputado y que aparezca definido en el auto de prisión preventiva, en atención a que la apelación de las sentencias condenatorias es en ambos efectos, esto origina que la sanción no debe tomarse en cuenta para determinar respecto de la procedencia de la libertad, por lo que en consecuencia cuando la condena no es mayor de cinco años, debe permitirse la excarcelación.

(141)

2a).- La sentencia de primera instancia se dicta por delito que tiene asignada pena de prisión cuyo término medio aritmético excede

(141).- Tesis No. 178, Apéndice 1917-1965, Semanario Judicial de la Federación, p. 351.

de cinco años. Por lo tanto, tenemos que:

- a).- La pena impuesta al sentenciado no excede de cinco años y apela el propio sentenciado. Como la sentencia de -- segunda instancia, no puede sancionar con pena mayor al apelante, procede la libertad provisional.
- b).- La pena impuesta al sentenciado no excede de cinco años, pero además de él, apela el Ministerio Público. De acuerdo al recurso interpuesto por el Ministerio Público, la sanción puede ser aumentada, y entonces resulta que se -- debe negar la libertad provisional, ya que el término medio aritmético de la pena probable excede de cinco años de prisión.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 559 - del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 401 del Federal, la libertad provisional puede ser negada, pero esto no constituye un impedimento para concederla después, dado que pueden surgir causas supervenientes que beneficien al procesado.

De lo expresado anteriormente, se deduce que la - libertad provisional bajo caución podrá solicitarse en cualquier momento del proceso e inclusive, aún cuando el inculcado estuviese gozando de este beneficio y llegare a cometer un nuevo ilícito.

Por lo que se refiere a las atenuantes y agravantes, la Jurisprudencia ha sostenido lo siguiente:

Tesis 173, "Para conceder la libertad debe atenderse solamente a la pena que corresponde al delito imputado, tal cual está señalada en la ley, --

sin tener en cuenta las atenuantes y agravantes que puedan existir, por_ que éstas son materia de la sentencia que pone fin al proceso".

(142)

En cuanto a las circunstancias modificativas, ha resuelto: Tesis I77, "Al resolverse sobre la concesión de ésta libertad, deben tenerse en cuenta las circunstancias modificativas de la naturaleza del hecho y de la responsabilidad que ésta produce para el acusado".

(143)

Por otra parte, cuando se presenta el concurso ya sea material o formal de delitos, bien sea real o ideal, deberá tomarse en cuenta para la procedencia o no de la libertad caucional el término - medio aritmético de la punibilidad correspondiente al delito mayor, ya - que sólo así se cumple con lo establecido en el artículo 20 constitucio_ nal.

(142).- Citada por Jesús Zamora Pierce, rev. cit. pp.80, 81.

(143).- Locus cit.

b).- Autoridad que puede concederla.

La autoridad facultada para otorgar la libertad caucional, será el Juez penal de primera instancia que conozca del asunto, asimismo por los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal que conozca de la apelación, por el Juez de Distrito en delitos federales y en materia local de acuerdo con el artículo 136 de la Ley de Amparo.

Recientemente se le otorgó esta facultad al Ministerio Público, con base en las reformas del 18 de Mayo de 1971, al artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y la reforma del 31 de Diciembre de 1976, al artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales.

c).- Fijación de la caución.

El criterio jurídico que se sigue para fijar la caución, se encuentra establecido en el artículo 560 del Código local procesal y el 402 del Federal, los cuales se manifiestan de igual modo al señalar que "El monto de la caución se fijará por el Juez o Tribunal, quien tomará en consideración:

- I).- Los antecedentes del inculpado;
 - II).- La gravedad y circunstancias del delito imputado;
 - III).- El mayor o menor interés que pueda tener el acusado en substraerse a la acción de la justicia;
 - IV).- Las condiciones económicas del inculpado, y
 - V).- La naturaleza de la garantía que se ofrezca.
-

Es importante señalar que para otorgar una fianza, el Juez deberá tomar en cuenta dos elementos muy importantes:

- 1).- Las circunstancias personales del inculcado, y
- 2).- La gravedad del delito imputado.

La observancia de estos elementos, ayudarán sin lugar a dudas a que el Juez obtenga una visión más amplia y completa de la personalidad del inculcado. Sin embargo, en nuestra realidad penal cotidiana, esto no se lleva a cabo, ya sea por la premura del tiempo o por el exceso de trabajo que predomina en los Tribunales. Si verdaderamente se tomaran en consideración las circunstancias personales del inculcado, se ordenaría un rápido estudio socioeconómico, el cual ayudaría enormemente a que el Juez fijara correctamente el monto de la caución.

Como ya habíamos señalado anteriormente, la gravedad del delito imputado se determina basándose tan sólo en la duración de la pena, es decir, que el término medio aritmético de dicho delito no exceda de cinco años de prisión.

Esta situación ha sido duramente criticada ya que por un lado beneficia a los delincuentes peligrosos y por el otro perjudica a los que no lo son. Sería interesante y de gran ayuda que se hicieran estudios psicológicos para determinar si un sujeto es verdaderamente peligroso, cuál es el ambiente en que se desarrolla, que educación posee, etc.

Por lo que se refiere al texto constitucional, se deduce que para la fijación de la caución se tomara en cuenta a la per -

sona y al hecho.

De acuerdo a nuestras leyes, existen tres formas para garantizar la libertad provisional:

- 1).- El depósito en efectivo (artículo 404 del Código Federal)
- 2).- Caución hipotecaria sobre bienes inmuebles, cuyo valor fiscal deberá tener un valor triple del monto de la garantía.
- 3).- La fianza personal.

Como lo señala el artículo 403 del Código Federal de Procedimientos Penales, la naturaleza de la caución quedará a elección del inculcado, el cual podrá escoger la que mejor le convenga al solicitar su libertad.

Por lo que se refiere a las formas de fijar la caución, sabemos que: el depósito en efectivo se realiza en Nacional Financiera, S. A., misma que extenderá un billete de depósito, el cual se pondrá a disposición del Juez o Tribunal, dicho certificado se depositará en la caja de valores del Tribunal, haciéndose constar en autos. El artículo 404 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece que el depósito en efectivo, se podrá llevar a cabo ante la propia autoridad, la cual está obligada a recibirlo ya sea por razón de la hora, o por ser día feriado; el Juez depositará la cantidad recibida en la institución mencionada el primer día hábil.

Por otra parte, la caución hipotecaria podrá ser otorgada por el inculcado o por terceras personas, y los bienes inmue --

bles no deberán tener gravámen alguno y el valor fiscal sera por lo me - nos tres veces el monto de la suma fijada como garantía (artículo 562 -- frección IIa del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Fede - ral y 405 del Federal).

En cuanto a la fianza personal, en los Tribuna -- les del Fuero Común no podrá exceder de trescientos pesos, y en caso de -- que exceda, el fiador deberá comprobar que tiene bienes raíces, cuyo va -- lor sea, cuando menos, cinco veces mayor que el monto de la cantidad se -- ñalada como garantía, salvo cuando se trate de empresas afianzadoras le -- galmente constituídas y autorizadas. En los Tribunales Federales se si -- gue la misma regla salvo cuando excede el monto de la fianza de un mil -- pesos, se deberá acreditar la solvencia económica del fiador con propie -- dades raíces cuyo valor escienda tres veces el monto de la caución seña -- lada. Cuando la fianza es mayor de trescientos pesos, se registrá por -- lo dispuesto en los artículos 2851, 2852, 2853, 2854 y 2855 del Código Civil Federal. Cuando se trata de instituciones de crédito o de empre -- sas afianzadoras legalmente constituídas y autorizadas, no se pedirán -- más requisitos.

Respecto del párrafo anterior, la caución o fian -- za podrá ser otorgada por:

- 1).- El inculpado
- 2).- Por un tercero, y
- 3).- Por una compañía afianzadora autorizada por la Secreta -- ría de Hacienda y Crédito Público.

Finalmente, es importante mencionar que confor --

me a los Decretos de reformas y adiciones a los Códigos Procesal Penal - Federal y Local para el Distrito Federal; se reformaron respectivamente los artículos 402 y 560, en donde se indica que en los casos en que el delito represente un beneficio económico para su autor o cause a la víctima un daño patrimonial, la garantía será necesariamente cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño y perjuicio causado, y quedará sujeta a la reparación del daño que, en su caso se resuelva.

Sobre el particular, Marcos Castillejos Escobar indica que al introducirse en las reformas el término necesariamente, - el autor del delito se alejará del deseo de cubrir antes de la sentencia el beneficio obtenido o el daño causado, porque ello no repercutirá como acontecía en la práctica que la caución fuera menor de los tres -- tantos mencionados, agregando que resulta injusta esa mecánica para determinar el monto de la garantía porque no hace distinción entre los delitos dolosos y culposos, siendo que esas formas de culpabilidad repercuten en cuanto a la punibilidad, por lo que consecuentemente debería de repercutir en cuanto a la fijación de la garantía.

Lo anterior se ejemplifica en el caso en que -- culposamente y por motivo del tránsito de vehículo se cometa un daño en propiedad ajena superior a 100 veces el salario mínimo, en donde ya no será aplicable el párrafo primero del artículo 62 del Código Penal, -- sino que para la sanción se estará a lo dispuesto por el artículo 60 -- de ese ordenamiento.

Asímismo las reformas indican que para la fijación de la garantía se debe tomar en cuenta el beneficio obtenido o el

daño y perjuicio causado, siendo que este último término no es mencionado en el párrafo segundo de la fracción primera del artículo 20 Constitucional, y además de que al parecer los artículos 402 y 560 de los ordenamientos procesales mencionados aluden al daño y el perjuicio como figuras distintas, siendo que el artículo 30 reformado del Código Penal en su fracción IIa, dice que la reparación del daño comprende la indemnización del daño material y moral, además de los perjuicios causados.

d).- Revocación de la libertad caucional.

Las causas de revocación de ésta libertad, se encuentran claramente especificadas en el procedimiento penal del fuero común y en el Federal. Y son las siguientes:

- 1).- Desobedecer sin justa causa y comprobadas las ordenes legítimas del Tribunal que conozca del asunto.
 - 2).- Cuando el inculpado cometiere un nuevo delito que merezca pena corporal, antes de que en el proceso anterior se hubiere dictado sentencia firme.
 - 3).- Amenazar el ofendido a algún testigo que haya depuesto en su contra, o tratar de sobornar o coechar a algún funcionario del Tribunal, o al agente del Ministerio Público.
 - 4).- Cuando el propio inculpado renuncie al beneficio, y se presente ante el Juez.
 - 5).- Cuando aparezca con posterioridad que le corresponde al
-

inculpado una pena mayor de cinco años de prisión.

- 6).- Cuando ha causado ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia.
- 7).- Cuando desobedeciera alguna de las obligaciones que con trajo al otorgársele el beneficio.
- 8).- Cuando el Juez o Tribunal abrigue temores fundados de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.
- 9).- Cuando el tercero que garantizó su libertad, pida que se le releve de la obligación y presente al inculpado.
- 10).- Cuando con posterioridad se demuestre la insolvencia del fiador.

En los casos señalados anteriormente (1, 2, 3 y 7), se rehaprenderá al inculpado y la caución se hará efectiva, a cuyo efecto el Tribunal enviará el certificado de depósito o el testimonio de la hipoteca a la autoridad fiscal para su cobro.

En los casos comprendidos en los numerales 5, 6, 8, 9 y 10, se ordenará la rehaprensión del inculpado.

Se ordenará la cancelación de la garantía o devolución del depósito:

- 1).- Cuando el inculpado renuncie al beneficio, y se presente ante el Juez.
 - 2).- Cuando el fiador pida que se le releve de su obligación y presente al inculpado.
 - 3).- Cuando se compruebe que el delito por el que se sigue el
-

proceso, excede de cinco años de prisión.

- 4).- Cuando en el proceso que se está llevando a cabo cause ejecutoria la sentencia ya sea en primera o segunda instancia.
- 5).- Cuando haya temor fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.
- 6).- Cuando se demuestra la insolvencia del fiador, y
- 7).- Cuando el inculcado sea absuelto.

Los Códigos que nos rigen establecen que el fiador tiene la obligación de presentar a su fiado cuantas veces sea requerido por el Tribunal, el cual podrá solicitar un plazo de 15 días en materia común, para presentarlo --artículo 573-- y 30 días en materia federal --artículo 416--, sin perjuicio de que se ordene la reaprensión del inculcado.

Finalmente, tenemos que, en caso de incumplimiento del fiador, se hará efectiva la garantía en favor del Estado.

2) La libertad previa administrativa, su concepto y panorama general.

Sobre este tema, iniciaremos el análisis de una libertad de carácter eminentemente administrativo; esto es, la libertad previa administrativa. En este sentido, México cuenta ya con experiencias iniciales. Así la reforma penal de 1971, mediante la cual se modificó el artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y posteriormente, el 31 de Diciembre de 1976 el artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales, los cuales son avances logrados al poner en manos del Ministerio Público la libertad de los infractores que incurrir en delitos culposos derivados del tránsito de vehículos, siempre y cuando el presunto responsable otorgue garantías y además no abandone al lesionado, o lesionados, esto sería un ejemplo de como se puede sustituir la prisión preventiva por acciones más acordes con las demandas de la vida moderna, cuestión ésta que se encuentra en la base de un derecho ágil, expedito y capaz de dar respuesta jurídica y social al cambio.

(144)

La libertad previa administrativa es diferente pero no contraria a la libertad provisional que emana de nuestra Ley fundamental señalada en el artículo 20 de la misma, fracción primera.

La reforma antes señalada provocó un menor con-gestionamiento burocrático, menor sacrificio económico para el inculpa-do y, fundamentalmente, el no ingreso a la cárcel de personas que, por accidente lesionan o causan daños materiales y, por lo tanto, su peligrosidad o temibilidad es nula.

(144).- Cfr. Lic. Fernando García Cordero, Rev. cit. p. 50.

La libertad previa administrativa es una medida cautelar, el Dr. García Ramírez, la llama "libertad provisional administrativa o previa, atendiendo para semejante denominación tanto a su naturaleza como a la autoridad que la concede, es distinta e independiente de la que previene la fracción primera del artículo 20 Constitucional".

(145)

Según el artículo 20 Constitucional, será la autoridad jurisdiccional quien tiene la facultad de otorgar la libertad provisional bajo caución, sin embargo, actualmente gracias a la reforma anteriormente señalada, se le confiere al Ministerio Público, durante la fase de averiguación previa, la facultad de otorgar el beneficio de la libertad provisional bajo caución, en relación a los delitos de imprudencia cometidos con motivo del tránsito de vehículos; es la primera excepción que aparece en nuestro derecho, dado que normalmente esta atribución era tradicionalmente jurisdiccional, y se justifica, particularmente, bajo las nuevas orientaciones que tienden a suprimir el carácter delictuoso a los accidentes normales ocasionados con motivo del cada día más intenso tránsito de vehículos.

Antes de que se realizara dicha reforma, ya se había considerado la posibilidad de conceder la libertad caucional durante la fase indagatoria y al respecto González Bustamante anota que: "En el Congreso de Procuradores de Justicia celebrado en esta Capital en el año de 1939, con motivo de la presentación del Anteproyecto de la Ley Orgánica del Ministerio Público del Fuero Común, se proponía que fuesen los delegados del Ministerio Público los facultados para resolver sobre la concesión o negativa de la libertad caucional en delitos

(145).- La Reforma Penal de 1971. Ia. edic., Edit. Botas, México 1971.

leves, con el propósito de causar las menores molestias a las personas que se veían implicadas en una averiguación criminal, atendiendo preferentemente a la naturaleza del delito y al grado de peligrosidad que revele el delincuente; pero el artículo fue desechado porque se consideró peligroso que los representantes del Ministerio Público resolviesen estas cuestiones reservadas a los órganos jurisdiccionales. Nosotros entendemos que la objeción hecha por los Congresistas para rechazar el artículo careció de consistencia, y que el peligro es sólo aparente si se compara la amplitud de criterio que en materia de libertad provisional consagran la mayoría de las legislaciones procesales extranjeras".

(146)

Cabe recordar que en el Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México, desde hace tiempo se introdujo el beneficio de la libertad caucional durante la fase indagatoria, así lo establece el artículo 154 del citado ordenamiento, que dice:

"En las averiguaciones que se practiquen por delitos de culpa ocasionados por el tránsito de vehículos, siempre que no concurren abandono de atropellados u otro delito de carácter doloso, y el responsable se presente voluntariamente y en forma inmediata al Ministerio Público, éste tendrá facultad, bajo su más estricta responsabilidad de conceder la libertad del detenido, previo depósito en efectivo con arreglo a lo dispuesto en la fracción primera del artículo 20 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos."

En este caso, al consignar a la autoridad judicial, se prevendrá al consignado para que comparezca ante éste dentro

de las veinticuatro horas siguientes a aquella en que el Ministerio Público haga la consignación.

Respecto del párrafo anterior, tenemos que, si dentro de dicho término el inculcado no compareciere, el Juez revocará la libertad mencionada y ordenará la detención del consignado haciendo efectiva la garantía.

Sin embargo, a pesar de que este tipo de libertad se otorga sólo en los casos de delitos imprudenciales ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, tenemos que, analizando los delitos imprudenciales estos tienen una pena menor de cinco años y normalmente permiten la libertad caucional. Pero no es así. Si recordamos el artículo 60 del Código Penal recientemente reformado, se advierte que en ese texto se establecen dos tipos de imprudencia; un tipo simple, sancionado con pena que va de tres días a cinco años de prisión y que en consecuencia siempre permite la libertad caucional, y un tipo agravado, pero terriblemente agravado, en el cual la pena va de cinco a veinte años y que se refiere a aquellos delitos de imprudencia cometidos con motivo del tránsito de vehículos cuando a más de otras circunstancias, se trata de transportes de servicio público federal o local (y ahora con la nueva reforma se agrega el transporte escolar), en este caso no procede la libertad previa administrativa, por sobrepasar el límite, ya que el término medio aritmético es de doce años seis meses, es decir muy por encima de los límites establecidos.

a).- Momento en que debe dictarse y requisitos para concederla.

La libertad previa o administrativa se rige por

una ley secundaria (artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales y 271 del Código adjetivo local), y se concede en la etapa de averiguación previa por el Ministerio Público.

Por lo que se refiere a los artículos arriba señalados, es importante mencionar que por Decreto se reformaron dichos artículos en los Diarios Oficiales de fecha Martes 27 de Diciembre de 1983 y, Miércoles 4 de Enero de 1984 respectivamente. El párrafo segundo del artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales y el párrafo tercero del precepto 271 del Código local. En estas condiciones la libertad previa administrativa procede en cualquier clase de delito culposo, cuando no se abandone al ofendido, y así ya no se limita a aquellos casos en que se cometía por motivo de tránsito de vehículos; dicha libertad la sigue concediendo el Ministerio Público y puede ser concurrente con el arraigo.

Por lo que se refiere a la garantía, ésta debe comprender el pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos al activo.

Como es natural, la caución no es necesaria cuando se esté en presencia de una sanción alternativa o bien, no privativa de la libertad personal.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos para concederla, el artículo 62 del Código Penal Federal recientemente reformado (Viernes 13 de Enero de 1984), establece en su párrafo segundo: "Cuando por imprudencia y con motivo de tránsito de vehículos se causen lesiones de las comprendidas en los artículos 289 y 290 de éste Código, -

sólo se procederá a petición de parte, siempre que el presunto responsable no se hubiese encontrado en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes u otras sustancias que produzcan efectos similares". -

Por consiguiente, si el tripulante del vehículo que causa daños y lesiones manejando en estado de ebriedad o bajo el influjo de otras sustancias que produzcan efectos similares, el delito deja de ser perseguible por querella, para convertirse en de oficio, lo mismo sucede si en el accidente se producen lesiones distintas de las previstas y sancionadas en los artículos 289 y 290, o bien homicidio aún cuando el que maneja lo haga sin estar ebrio.

En conclusión: el delito imprudencial causado con motivo del tránsito de vehículos, puede ser perseguido de oficio como requerir de querella, y gracias a las reformas de 1971, la libertad previa o administrativa se concede sin hacer diferenciación entre perseguibilidad de oficio o de querella y únicamente depende de que no se abandone a la víctima.

Actualmente en las Agencias investigadoras del Ministerio Público, las hipótesis de delitos motivados por el tránsito de vehículos, en que es procedente solicitar la libertad provisional previa o administrativa son las siguientes:

- a).- Homicidio
 - b).- Lesiones de las previstas y sancionadas por los artículos 289 parte segunda, 290, 291, 292 o 293 del Código penal
 - c).- Daño en propiedad ajena
-

- d).- Daño en propiedad ajena cometido por un conductor del sistema de transportes eléctricos
- e).- Daño en propiedad ajena cometido en concurso ideal (formal), con lesiones de las previstas y sancionadas por los artículos 289 parte segunda, 290, 291, 292 o 293.
- f).- Cualquier concurso entre los delitos señalados en dos o más puntos de los anteriores.

Sin embargo en los delitos antes mencionados no procede la libertad previa o administrativa cuando el presunto responsable:

- a).- Abandone a quien hubiera resultado lesionado
- b).- Se hubiere encontrado en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas; o
- c).- Cuando el presunto responsable preste sus servicios en cualquier transporte de servicio público local o federal y escolar; al conducir un vehículo de dichos transportes, se causen homicidios de dos o más personas.

(147)

Para garantizar la libertad provisional previa o administrativa, el presunto responsable mandará a depositar la caución que le fije el Ministerio Público, en la Nacional Financiera, S. A., donde le será entregado el billete correspondiente mismo que será anexado al expediente respectivo y en caso de que se ejercite acción penal en su contra, el billete de depósito será endosado a la autoridad jurisdiccional a quien se consigne la causa, en caso contrario le será devuelta al inculpado la garantía otorgada.

(147).- Acuerdos y Circulares de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Acuerdo/II/77.

Conveniente es observar que cuando por la hora o por la distancia no pueda exhibirse la garantía que fije el agente investigador, mediante billete de depósito, el Ministerio Público que tramita la averiguación previa, recibirá en efectivo la garantía fijada, haciendo constar en la indagatoria el monto de la cantidad, el motivo de la exhibición y el nombre y domicilio de quien la entrega.

Al día siguiente hábil de que se realice la diligencia anterior, el jefe del departamento de averiguaciones previas a que corresponda la agencia investigadora, depositará en MAFINSA, la cantidad exhibida, agregando el billete de depósito correspondiente a la averiguación previa, dándosele el trámite que corresponda y entregando al interesado un tanto de la constancia del depósito en la institución de crédito mencionada.

(I48)

b).- Autoridad facultada para dictarla.

Debido a los problemas que causa la cada vez mayor delincuencia culposa con motivo del tránsito de vehículos, se otorgó la facultad de dictar la libertad previa o administrativa al Ministerio Público, considerado como autoridad administrativa por depender directamente del Poder Ejecutivo. Anteriormente, era la autoridad jurisdiccional quien la otorgaba; el Ministerio Público se concretaba a recibir la petición relativa y agregarla al acta correspondiente para que el Juez resolviera sobre el particular. Esta situación ha sido motivo de diversas críticas, en opinión del Licenciado Colín Sánchez -- "La reforma que introdujo facultades al Ministerio Público para conceder la libertad caucional durante la averiguación previa fue un tanto --

(I48).- Ley Orgánica de Acuerdos y Circulares de la Procuraduría General de Justicia del D.F., Acuerdo/I4/77.

arbitraria, en relación a la igualdad que debe imperar en la ley para todos los hombres". Sin embargo, hay quienes opinan "que tal vez la posibilidad de obtener la libertad inmediata en los accidentes motivados por tránsito de vehículos consigan abatir en mayor o menor medida las situaciones de frustración a la justicia y de abandono de atropellados".

(150)

La facultad que se le otorgó al Ministerio Público de conceder la libertad previa administrativa se remonta, como ya lo habíamos mencionado al Congreso de Procuradores del Fuero Común en la Ciudad de México en 1939, posición que fué rechazada por razones infundadas. La Comisión de Estudios encargada de tal análisis consideró peligroso que los representantes del Ministerio Público, resolvieran este tipo de situaciones reservadas exclusivamente a las autoridades jurisdiccionales. Sin embargo, más tarde se modificó el artículo 154 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México y poco tiempo después sobrevino la reforma del 18 de Mayo de 1971 al artículo 154 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; y recientemente la reforma del 31 de Diciembre de 1976 al artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En los anteriores artículos se estableció la facultad de los agentes del Ministerio Público tanto local como federal para conceder el beneficio de la libertad provisional en la etapa de averiguación previa. Considerando que las personas que conducen vehículos, sin ser delincuentes muchas ocasiones se ven envueltos en una investigación judicial, y por lo tanto merecen un trato diferente.

(149).- Opus cit. p. 543.

(150).- Sergio García Ramírez, Opus cit. p. 420.

De acuerdo con los preceptos legales mencionados, la libertad provisional o previa administrativa, se concederá a los indiciados o presuntos responsables por el Ministerio Público Federal o del Fuero Común, en la etapa de averiguaciones previas, las cuales se inician en la agencia investigadora por delitos de imprudencia o culposos ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, que se sanciona con pena privativa de libertad, cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años de prisión, siempre y cuando no se abandone a la víctima y se garantice la reparación del daño, así como que no se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas u otras sustancias parecidas.

"En términos del párrafo quinto del artículo 27I del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se establecen las bases generales conforme a las cuales los indiciados por delitos culposos, cometidos con motivo del tránsito de vehículos, gozarán del beneficio de la libertad provisional bajo caución, durante la averiguación previa, de conformidad con el siguiente acuerdo:

PRIMERO: Los agentes del Ministerio Público responsables de las averiguaciones previas, fijarán el monto de la garantía a que alude el artículo 27I del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de conformidad con lo siguiente:

- a).- Por el delito de lesiones previsto en la parte segunda del artículo 289 del Código Penal para el Distrito Federal, la garantía será diez veces el salario.
-

- b).- Para el delito de lesiones previsto en el artículo 290 del Código Penal, la garantía será de treinta veces el salario.
- c).- Para el delito de lesiones previsto en el artículo 291 del Código Penal para el Distrito Federal, la garantía será de treinta y cinco veces el salario.
- d).- Para el delito de lesiones previsto en el párrafo primero del artículo 292 del Código Penal para el D. F., la garantía será de cuarenta y cinco veces el salario.
- e).- Para el delito de lesiones previsto en el párrafo segundo del artículo 292 del Código Penal para el D. F., la garantía será de cincuenta veces el salario.
- f).- Para el delito de lesiones previsto en el artículo 293 del Código Penal, la garantía será de cuarenta veces el salario.
- g).- En aquellos casos en que no exista clasificación de las lesiones, la garantía será de cinco veces el salario.
- h).- Para el delito de homicidio, la garantía será de cien veces el salario.
- i).- Para el delito de daño en propiedad ajena, la garantía será de tres veces el monto del daño causado.

SEGUNDO: Para efectos de establecer el monto de la garantía correspondiente se entenderá por salario el mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la ejecución de un delito.

TERCERO: Las cantidades que por concepto de garantía fije el agente del Ministerio Público, se depositarán en las oficinas de Nacional Financiera, S. A., debiendo quedar dichas cantidades a disposición de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal:

(151)

(151).- Acuerdo O/VI/83. México, D.F., a 28 de abril de 1983. Lic. Victoria Adato de Ibarra.

II. Diversos tipos de libertad que se generan en el procedimiento penal.

A).- Libertad por falta de elementos para procesar.

Este mandamiento generalmente es conocido como auto de soltura, pero en el procedimiento común se le llama también auto de libertad por falta de méritos, el Código Federal de Procedimientos Penales le llama auto de libertad por falta de elementos para procesar -- (artículo 162 y 167).

Esta resolución procede dictarla cuando no se hubiesen satisfecho los requisitos de fondo que son necesarios para el auto de formal prisión.

Los efectos de ésta resolución son el de restituir al inculcado en el goce de su libertad, tomando en cuenta que esta libertad no es absoluta, ya que el inculcado queda sujeto a los debates que surjan en las posteriores investigaciones que se lleven a cabo, y -- por lo tanto puede ser que esto de motivo a una nueva orden de detención. Al respecto el artículo 302 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala que el auto de libertad de un detenido se basa en:

- a).- La falta de pruebas relativas a la existencia del cuerpo del delito;
 - b).- La falta de elementos probatorios en que se funde la -- presunta responsabilidad, expresándose la fecha y hora -- exactas en que se dicte, la expresión del delito imputado al reo por el Ministerio Público y los nombres del -- Juez que dicte la determinación y del Secretario que autorice el mandamiento.
-

Por otro lado, el auto de soltura limita la libertad del inculpado, el cual no puede ser detenido nuevamente con base en los mismos datos que se tuvieron en cuenta para que el juez decretara su libertad por falta de elementos para procesar.

El auto de soltura es apelable en el efecto devolutivo, y la apelación debe interponerse ante el juez que la dictó dentro de los tres días hábiles siguientes a su pronunciamiento.

La persona que ha sido puesta en libertad por falta de elementos para procesar, puede ser nuevamente detenida y declarada en formal prisión, si es que se satisfacen los requisitos legales; por el contrario, si ha sido puesta en libertad absoluta, por concurrir alguna causa excluyente de responsabilidad decretándose el sobreseimiento, ya no podrán practicarse posteriormente nuevas diligencias, ya que se violaría la garantía establecida por el artículo 23 Constitucional; toda vez que el auto de sobreseimiento tiene la misma fuerza legal que una sentencia absolutoria.

Conveniente es observar que por Decreto publicado en el Diario Oficial de fecha 4 de Enero de 1984, se reformó el artículo 299 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para indicar en el último párrafo que: este auto (se refiere al de formal prisión), el de sujeción a proceso y el de libertad por falta de elementos para procesar, se comunicarán en la misma forma al superior jerárquico del procesado cuando éste sea servidor público.

El párrafo anterior introduce por vez primera en el ordenamiento indicado la terminología de libertad por falta de ele

mentos para procesar, pero como dice el Licenciado Marcos Castillejo, - la expresión libertad por falta de méritos no es borrada definitivamente de ese ordenamiento, porque el Capítulo II de la sección tercera del Código adjetivo local se llama auto de formal prisión y libertad por falta de méritos. Y continua diciendo que en forma inadcuada ese dispositivo alude al procesado para hacer referencia a la persona a quien se le decretó la libertad señalada.

1).- Libertad por desvanecimiento de datos.

La libertad por desvanecimiento de datos se encuentra clasificada en el artículo 547 del Código de Procedimientos Federales para el Distrito Federal y 422 del Código Federal, en el capítulo correspondiente a los incidentes de libertad.

La palabra incidente proviene del vocable "inciderè" que significa conocer, interrumpir, suspender y del verbo cadere y la preposición in, que significa caer en, sobrevenir.

En opinión del Maestro Franco Sodi, es "toda cuestión que sobreviene en el proceso planteado, un objeto accesorio del mismo, en forma tal, que obliga a darle tramitación especial". Por su parte, Rafael de Pina opina que, el incidente surge de otra ⁽¹⁵²⁾ cuestión, considerada como principal, que activa ésta última, que la suspende o interrumpe y cae dentro de esta otra o que sobreviene con ocasión de aquella, y puede resultar incluso la terminación del juicio principal, tal es el caso del incidente que se promueve para lograr la libertad por desvanecimiento de datos.

El Maestro Rivera Silva, estima que el incidente por desvanecimiento de datos "es aquél que se promueve para obtener la libertad procesal (quedar libre de un proceso), en cualquier estado del proceso y siempre y cuando se estimen desvanecidos los datos que dieron base al auto de formal prisión, los que comprobaron el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado".

(153)

Este incidente puede ser planteado en cualquier momento de la instrucción, según lo establecen los mencionados artículos,

(152).- Citado por Sergio García Ramírez, Opus cit. p. 276.

(153).- Manuel Rivera Silva, Opus cit. p. 353.

antes de que el Ministerio Público formule sus conclusiones relativas, pues de lo contrario el incidente resultaría extemporáneo, ya que el incidente propone siempre una cuestión analoga a la del proceso, cuando en este ya ha concluido la instrucción y resolvieran esta etapa sobre el mismo, equivaldría a dictar sentencia con alcances de resolución en cuanto al fondo y no solamente en lo incidental, por lo que resulta congruente procesalmente hablando, que después de formuladas las conclusiones, no quede sino resolver el negocio principal, que siempre tendrá que abarcar necesariamente lo accesorio; y puesto que a partir de las conclusiones se pasarán el proceso a dictar sentencia, para la cual queda planteado el panorama jurídico que podría exponerse con el incidente y cuyo fallo abarca imprescindiblemente los puntos de aquél.

Por otra parte, tenemos que, la libertad por desvanecimiento de datos se promueve a petición de parte y ante el Juez instructor. Para comprobar el desvanecimiento de datos, es necesario que quien la promueva demuestre legalmente, por medio de pruebas suficientes de que ha quedado destruída la comprobación del cuerpo del delito o la probable responsabilidad del indiciado; situación que desintegra los requisitos que necesita el auto de formal prisión.

Ahora bien, por lo que se refiere a la manera en que los Códigos Procesales Penales han regulado ésta figura, tenemos que el artículo 546 del Código adjetivo local establece: "En cualquier estado del proceso en que aparezca que se han desvanecido los fundamentos -- que hayan servido para decretar la formal prisión o preventiva, podrá decretarse la libertad del reo, por el Juez, a petición de parte y con audiencia del Ministerio Público, a la que éste no podrá dejar de asistir".

Por lo tanto, la libertad por desvanecimiento de datos procede según este Código:

- I.- "Cuando en el curso del proceso aparezcan por prueba plena indubitable, desvanecidas las que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito, y
- II.- Cuando sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena indubitable, los señalados en el auto de formal prisión para tener al detenido como presunto responsable."

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales establece en su artículo 422: "La libertad por desvanecimiento de datos procede en los siguientes casos:

- I.- Cuando en cualquier estado de la instrucción y después de dictado el auto de formal prisión aparezcan plenamente desvanecidos los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito;
- II.- Cuando en cualquier estado de la instrucción y sin que hubieren aparecido datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido plenamente los considerandos en el auto de formal prisión para tener al detenido como presunto responsable.

Se desprende de los párrafos anteriores que el Código Local toma una actitud extremada puesto que exige que la prueba que funde el incidente de libertad por desvanecimiento de datos sea plena e indubitable, es decir que esté nombrada y tasada por la ley; encontramos que al utilizar este sistema, produce una gran restricción al derecho y a los medios de prueba cuando se trate de obtener la mencionada libertad. Es notoria la gran diferencia que existe en el Código Federal,

derivada del uso de un concepto que se contiene en una sola palabra, - agregando a otro concepto, también encerrado en un sólo término gramatical, representando ambos, amplios y diferentes sistemas probatorios. - El Código Federal de Procedimientos Penales ha superado una vez más al del Distrito Federal como es muy común.

El sistema seguido por la Legislación Federal de la materia, en el concepto de prueba plena es correcto -- nos inclinamos por este--. La H. Suprema Corte de Justicia, ha sostenido que -- "por desvanecimiento de datos no debe entenderse que se recaben pruebas que favorezcan más o menos al inculpaado sino aquellas que sirvieron para decretar la detención, o prisión preventiva, están anuladas por otras posteriores, y si éstas no destruyen de modo directo las que sirvieron para decretar la formal prisión, aún cuando favorezcan al inculpaado, deben ser materia de estudio en la sentencia definitiva y no pueden servir para considerar desvanecidos los fundamentos de hecho de la prisión motivada."

(154)

Inmediatamente después de promovido el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, el Juez citará a las partes para que se lleve a cabo una audiencia a la cual podrán concurrir o abstenerse de hacerlo sin que por ello, se suspenda la referida audiencia ya que siendo de orden público el proceso, no puede ser suspendido sólo por la ausencia del Ministerio Público o del acusado o su defensor.

Concluida la audiencia, se pasará a dictar la interlocutoria, la cual de resolver favorablemente el desvanecimiento de datos, produce los siguientes efectos:

- a).- Restauración del procesado a la situación jurídica contraria a la que estimo el auto de formal prisión, determinándose que

(154).- Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación. Tesis de -- ejecutorias 1917-1975 Apéndice al Sem. Judicial de la Fed. 2a. parte 1975. Primera Sala Tesis 189.

el sujeto no es procesable, bien sea porque se logre demostrar que se ha desintegrado el cuerpo del delito, o bien -- porque se desvirtúan los elementos que hicieron factible -- considerar al procesado como posible responsable del delito comprobado.

Es muy importante hacer notar que una vez dictada la sentencia estimatoria de desvanecimiento de datos, significa una devolución al procesado de toda su personalidad de no delincuente.

Ahora bien, es correcto el criterio que sustentan ambos Códigos respecto a que puede dictarse nueva orden de aprehensión en contra del mismo individuo, si apareciere posteriormente al fallo de la libertad nuevos datos que ameriten se tome esa medida, cuando fueren desvanecidos los que fundamentaron la probable responsabilidad, porque puede suceder que simplemente fueron desvirtuados los motivos de responsabilidad que se hubieren sustentado en el auto de formal prisión, pero que existieran otros que en el mismo se hubieren omitido o bien que se desconocieran; pero mientras no existan tales motivos de duda acerca de la responsabilidad en contra del inculcado, deberá otorgársele el respeto más amplio.

Por otro lado, el incidente de libertad por desvanecimiento de datos hace posible la economía procesal y el beneficio de la libertad del inculcado, antes de concluir el juicio normal.

El beneficio que representa para el inculcado se traduce en el logro inmediato de su libertad, al desvanecerse los datos que dieron origen al auto de formal prisión, tales como el cuerpo del delito, o la probable responsabilidad del inculcado.

Una de las cosas más importantes respecto a este incidente es el hecho de que representa una mayor agilidad a la impartición de la justicia ya que puede promoverse en cualquier estado de la instrucción, después de dictado el auto de formal prisión.

Este incidente no debe confundirse por ningún motivo con el auto de libertad por falta de méritos.

Jurisprudencia:

"por desvanecimiento de los fundamentos que sustentan el auto de formal prisión, no debe entenderse, el que, en general, se recojan pruebas que favorezcan más o menos al inculpaado, si no que aquellas que sirvieron para decretar la detención, sean anuladas por otras posteriores, como por ejemplo, si se ha demostrado la falsedad de documentos o de los testigos que sirvieron de base para decretar la formal prisión; y si las pruebas posteriores no destruyen en modo directo las primeras, deben ser materia de estudio en la sentencia definitiva, ya que para la formal prisión no exige la ley prueba plena sobre la culpabilidad, sino sólo la existencia de datos que la hagan probable"

(155)

"Conforme al artículo 547 Fracción Ia del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal procede la libertad por desvanecimiento de datos, cuando en el curso del proceso aparecen por prueba plena e indubitable, desvanecidas todas las pruebas que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito; y si no se presenta prueba alguna posterior al auto de formal prisión, que venga a desvanecer las que tuvieron en cuenta para dictar esa providencia, dicha libertad no procede legalmente quedando vivas las pruebas que sirvieron de base para dictar el auto de formal prisión"

(156)

(155).- Tomo XLIX p. 630.

(156).- Tomo LXXXII p. 943.

"La circunstancia de que se decreta la libertad por desvanecimiento de datos en favor de un acusado, no es obstáculo para que si con posterioridad aparecieren nuevos datos, se ordene la nueva aprehensión del propio acusado".

(157)

A manera de conclusion, podríamos decir que, al dictarse la sentencia incidental de desvanecimiento de datos, ésta surtirá los efectos del auto de libertad por falta de elementos para procesar quedando la posibilidad de que el Ministerio Público aporte nuevas pruebas para promover la reaprehensión del inculcado. La sentencia interlocutoria en la cual se dicta el incidente mencionado, suspende la substanciación del proceso penal. En cuanto a los efectos: la resolución interlocutoria de libertad por desvanecimiento de datos, únicamente suspende la substanciación del proceso penal mientras que el Ministerio Público no aporte nuevas pruebas para promover la reaprehensión del inculcado.

Finalmente tenemos que, la sentencia de libertad por desvanecimiento de datos resuelve lo accesorio, declarando no existentes los elementos que sirvieron para dictar el auto de formal prisión.

Es importante señalar que recientemente el artículo 551 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal fué reformado y es así como su último párrafo indica que en el caso de la fracción primera del artículo 547, la resolución que conceda la libertad tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso.

El numeral 547 fracción II del ordenamiento adje

tivo local se refiere a la procedencia de la libertad por desvanecimien_ to de datos, cuando en el curso del procedimiento aparezcan por prueba - plena e indubitable desvanecidas las que sirvieron para comprobar el -- cuerpo del delito.

2).- Libertad por conclusiones no acusatorias.

La terminación anormal del proceso penal por conclusiones inacusatorias del Ministerio Público, es cuestión bastante -- discutida en la doctrina mexicana, por lo tanto, pasaremos a analizar -- este tema.

El Código Federal de Procedimientos Penales, establece en su artículo 291, que cerrada la instrucción, se le darán cinco días como término al Ministerio Público para que formule las respectivas conclusiones por escrito, ya sea acusatorias o inacusatorias, según sea el caso. Al formular su pliego de conclusiones deberá hacer una exposición suscita y metódica de los hechos conducentes, propondrá las cuestiones de derecho que de ellos surjan, citará leyes, ejecutorias y doctrinas aplicables, terminando su pedimento en proposiciones concretas las que no podrá variar sino por causas supervenientes y en beneficio del acusado, además dichas conclusiones deberán precisar si hay o no lugar a acusación.

Por otro lado, tenemos que, la falta de formulación de conclusiones de la defensa, implica la posición del acusado de considerarse inocente.

Si las conclusiones del Ministerio Público fueren de no acusación o contrarias a las constancias procesales se remitirán en su caso al Procurador General de la República, el que escuchando a sus auxiliares las confirmará o modificará. Confirmadas las conclusiones inacusatorias el Juez del conocimiento dictará auto de sobreseimiento de la causa con efectos de cosa juzgada y dispondrá la inme --

diata libertad del procesado. El término que tiene el Procurador General de la República para resolver si las conclusiones son o no de confirmarse, revocarse o modificarse es dentro de los quince días siguientes al de la fecha en que se haya recibido el proceso.

Ahora bien, diremos que las conclusiones no son sino el resúmen hecho unilateralmente por el Ministerio Público en el que afirma la existencia de determinados actos realizados por el inculcado y su prueba (o falta de ella) en el sumario para pedir la pena (o la libertad absoluta) del procesado. Es decir, el Ministerio Público en las conclusiones, sintetiza el contenido del proceso penal solicitando del Juez la pena correspondiente en el caso de que dichas conclusiones sean acusatorias; o la liberación absoluta del inculcado en el caso contrario.

Finalmente anotaremos que el Sobreseimiento de viene cuando el Procurador General de la República confirme o formule conclusiones no acusatorias. Por lo tanto, el inculcado a cuyo favor se haya decretado el sobreseimiento será puesto en absoluta libertad respecto al delito por el que se decretó el auto de formal prisión.

El auto de sobreseimiento surtirá los efectos de una sentencia absolutoria y, una vez ejecutoriada, tendrá el valor de cosa juzgada.

Habíamos dicho que conforme a la Legislación mexicana, las conclusiones se formulan una vez cerrada la instrucción, y para esos fines, el Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal, señala al Juez la obligación de poner la causa a la vista del

Ministerio Público y de la defensa sucesivamente, para que en el término improrrogable de tres días, cada uno cumpla con esa obligación.

Es importante señalar que recientemente se reformó el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, concretamente en el Diario Oficial del 4 de enero de 1934, los artículos 317 y 321 referentes al tema que nos ocupa quedaron de la siguiente manera:

art. 317.- "En las conclusiones, que deberán presentarse por escrito, se fijarán en proposiciones concretas los hechos punibles que se atribuyan al acusado, solicitando la aplicación de las sanciones correspondientes, incluyendo la reparación del daño y perjuicio, con cita de las leyes y de la jurisprudencia aplicables al caso. Estas proposiciones deberán contener los elementos de prueba relativos a la comprobación del cuerpo del delito y los conducentes a establecer la responsabilidad penal"

Como podemos observar, se agrega a este artículo la obligación de reparar los daños y perjuicios que resulten del acto ilícito; ya que las demás observaciones se encuentran contenidas en el artículo 316.

art. 321.- "Para los efectos del artículo anterior, el Procurador de Justicia o Subprocurador que corresponda oírán el parecer de los agentes del Ministerio Público Auxiliares que deben emitirlo, y dentro de los quince días siguientes al de la fecha en que se haya recibido el proceso, resolverán si son de confirmarse o modificarse las conclusiones. Si trenca -

rrido este plazo no se recibe respuesta de los funcionarios primeramente mencionados, se entenderá que las conclusiones han sido confirmadas".

Se observa que en este artículo se agrega el tiempo preciso de que disponen el Procurador o Subprocurador para resolver sobre dichas conclusiones, ya sea confirmandolas o modificandolas.

Por otra parte, tenemos que las conclusiones del Ministerio Público se clasifican en: Provisionales y definitivas, y ambas, a su vez, en acusatorias e inacusatorias.

Son provisionales, hasta en tanto el Juez no pronuncie un auto considerándolas con carácter definitivo, independientemente de que sean acusatorias o inacusatorias.

Las conclusiones son definitivas cuando, al ser estimadas así por el órgano jurisdiccional, ya no pueden ser modificadas, sino por causas supervenientes y en beneficio del acusado.

"Las conclusiones acusatorias, son la exposición fundamentada, jurídica y doctrinalmente, de los elementos instructorios del procedimiento, en los cuales se apoya el Ministerio Público para señalar los hechos delictuosos por los que acusa el grado de responsabilidad del acusado, la pena aplicable, la reparación del daño y las demás sanciones previstas legalmente para el caso concreto".

(158)

Por lo que se refiere a las conclusiones inacusatorias, diremos que reúnen la exposición fundamentada, jurídica y doctrinalmente, de los elementos instructorios del procedimiento en los que

(158).- Seminario de Derecho Penal. Revista de Derecho Penal Contemporáneo, Lic. Guillermo Colín Sánchez, No. 3 Septiembre de 1965, --- México, D.F. p. p. 23.

se apoya el Ministerio Público para fijar su posición legal, justificando la no acusación del procesado y la libertad del mismo, ya sea porque el delito no haya existido, o, existiendo, no sea imputable al procesado, o porque se dé en favor de este alguna de las causas de justificación u otra eximente de las previstas en el capítulo IV, título I, libro primero del Código Penal, o en los casos de amnistía, prescripción y perdón o consentimiento del ofendido (artículo 6o. del C.F.P. para el D.F.).

Las conclusiones del Ministerio Público se sujetarán de acuerdo con nuestra Legislación, a cierta forma y contenido, el cual puede variar en algunos aspectos, según sean acusatorias o inacusatorias -- artículo 317 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 291, 292 y 293 del Código Federal de Procedimientos Penales --.

Por lo que se refiere a las conclusiones inacusatorias, diremos que éstas conciernen a los hechos, las cuales demuestran que no hubo antijuridicidad, o alguna eximente, amnistía o prescripción y solicitan la absolución del procesado.

La presentación de las conclusiones del Ministerio Público (acusatorias o inacusatorias), producen consecuencias jurídicas inmediatas: Si son acusatorias, serán examinadas por el Juez, y si resultan contrarias a las constancias procesales (art. 320 del C. P.P. para el D. F.) o aparte de esa circunstancia, no se comprende en ellas algún delito comprobado en la instrucción, o fueron omitidos los requisitos de fondo señalados por la ley (art. 294 del Código Federal de P. P.) el juez estará obligado a dictar un auto ordenando se remitan di --

chas conclusiones junto con el expediente al Procurador de Justicia, -- haciéndole saber en que consiste la contradicción, para que este funcionario las confirme, las modifique o las revoque (artículo 320 y 321 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 294, 295 -- del Código Federal de Procedimientos Penales).

Una vez que el Procurador ha recibido los autos y las conclusiones observadas, empezará a correr el término establecido en la ley que es de quince días (artículo 322 del Código local y 295 -- del Federal), dentro del cual, oyendo el parecer de sus auxiliares, resolverá lo precedente. En la legislación local, se estipula: si el proceso no excede de cincuenta fojas, el Procurador dictara la resolución correspondiente dentro del término indicado; en caso contrario, por cada veinte fojas más, o fracción, se aumentarán tres días a los ya señalados.

De acuerdo a lo señalado con antelación, se deduce que las conclusiones tienen un carácter provisional, mientras no exista una resolución judicial declarando que se tengan por formuladas como definitivas, no darán lugar al acto procedimental inmediato, es -- decir, el auto que ordena se den a conocer a la defensa, quien de acuerdo con sus intereses podrá formular las propias.

Cuando las conclusiones acusatorias no estén dentro de las hipótesis mencionadas, el juez quedará materialmente obligado a dictar un auto considerandolas como definitivas, y sólo será factible modificarlas por causas supervenientes y en beneficio del acusado.

(159)

(159).- Cfr. Guillermo Colín Sánchez, Rev. cit. p. 25 y 26.

Tratándose de conclusiones inacusatorias, también se remitirán al Procurador de Justicia o Subprocurador, cumpliéndose con la tramitación procedimental observada para las acusatorias y, después de confirmadas, producen los efectos jurídicos siguientes:

- 1).- El sobreseimiento de la causa, cuyo auto originará las mismas consecuencias de una sentencia absolutoria, con valor de "cosa juzgada", una vez ejecutoriado y la inmediata libertad del procesado (artículo 323 y 324 del Código Local y artículo 293, fracción Ia. del Código Federal de Procedimientos Penales).
 - 2).- Si la defensa o el acusado, no formulan sus conclusiones dentro del término establecido por la ley, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad, independientemente de que, puedan presentarse hasta antes de ser declarado "visto" el proceso. (Audiencia final de primera instancia).
-

3).- Libertad bajo protesta

La libertad provisional bajo protesta, es también llamada libertad protestatoria y se encuentra debidamente reglamentada en el artículo 552 del Código Local, y 418 del Código Federal de Procedimientos Penales. Este tipo de libertad procede:

- a).- En delitos que no merecen pena corporal. En este caso el acusado no podrá ser sometido a prisión preventiva.
- b).- En delitos que son sancionados con pena corporal hasta de dos años de prisión. En este caso es posible que el acusado pueda, eventualmente, disfrutar del beneficio de la condena condicional —artículo 90 del del Código Penal—, sin tener que pagar efectivamente la pena privativa de libertad. Puede entonces obtener su libertad mediante la simple protesta.
- c).- Delitos sancionados con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión. En este caso, se puede obtener la libertad bajo caución.

Por lo que se refiere a los delitos sancionados con pena cuyo máximo no exceda de dos años de prisión, el acusado puede en principio solicitar su libertad bajo protesta o, bajo caución. Por desgracia, en la práctica ésta libertad bajo protesta es poco usual, y la razón parece ser que a los Jueces no les gusta admitir la responsabilidad de que un procesado se fugue cuando ellos le concedieron la libertad bajo protesta creyendo que no se fugaría, y no ven con buenos ojos este tipo de libertad.

El artículo 418 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece que la libertad bajo protesta podrá decre-

tarde siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- I).- Que la pena corporal que deba imponerse no exceda de dos años de prisión;
- II).- Que sea la primera vez que delinque el inculcado;
- III).- Que éste tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en donde se sigue o deba seguirse el proceso, o dentro de la jurisdicción del Tribunal respectivo;
- IV).- Que la residencia del inculcado en dicho lugar sea de un año cuando menos;
- V).- Que el inculcado tenga profesión, oficio, ocupación o medio honesto de vivir, y
- VI).- Que a juicio de la autoridad que la conceda no haya temor de que el inculcado se substraiga a la acción de la justicia.

Asimismo serán aplicables para el otorgamiento de este tipo de libertad, las disposiciones contenidas en el artículo 4II del Código Federal de Procedimientos Penales, las cuales se refieren a las obligaciones que contrae el inculcado, después de obtenido el beneficio. El inculcado también será puesto en libertad bajo protesta cuando cumpla la pena impuesta en primera instancia, estando pendiente el recurso de apelación, siendo los Tribunales los que acuerden de oficio la libertad en estudio.

El Ministerio Público, previa autorización del Procurador General de la República, podrá promover la libertad bajo protesta, cuando se trate de los delitos de sedición, motín, rebelión o conspiración para cometerlos. Asimismo se hace mención en el

artículo 420 del Código Federal de Procedimientos Penales, que "el auto en que se conceda la libertad bajo protesta no surtirá efectos hasta -- que el inculcado proteste formalmente presentarse ante el Tribunal que conozca del asunto, siempre que se le ordene".

Por otra parte, la libertad bajo protesta introducida en México, a través de las leyes secundarias, es válidamente deducible de la Fracción I del artículo 20 constitucional.

Ahora bien, el Legislador ordinario no tiene facultades para restringir una garantía, pero si las tiene para ampliarla. En consecuencia, con base en la citada fracción, tal como hasta ahora ha sido aplicada no hay impedimento para sustituir a la garantía en dinero, por una protesta. Tampoco hay impedimento en la Constitución para otorgar la libertad bajo protesta en todos aquellos casos en que el término medio aritmético de la punibilidad necesariamente privativa de la libertad no exceda de cinco años.

Respecto del anterior párrafo, lo que no debe perderse de vista es la función que va a cumplir la protesta: devolver la libertad a las personas que por no tener a su alcance recursos económicos, no pueden otorgar ni la garantía hipotecaria o personal, -- dicho de otra manera: la libertad bajo protesta nunca debe ser concedida a quienes por tener a su alcance recursos económicos, si pueden -- entregar la suma de dinero o, al menos, garantizar su entrega mediante caución hipotecaria o personal.

Finalmente diremos que en el marco reducido de la prisión preventiva ya no tiene cabida la libertad bajo protesta y -- no la tiene porque en los delitos que no son graves, la solución es --

distinta no hay lugar a prisión preventiva.
(160)

4).- Condena condicional y libertad preparatoria.

La condena condicional consiste en suspender las penas cortas de privación de libertad corporal, mediante el cumplimiento de requisitos y durante un lapso determinado, transcurrido el cual, se tiene por remitida la pena impuesta, para evitar la contaminación que la reclusión produce en delincuentes que deben ser tratados por medios no carcelarios. La condena condicional, en primer lugar es el contenido de una sentencia ejecutoria, es decir, de una resolución que ha causado estado y contra la cual, por tanto, no procede recurso alguno. En segundo lugar, la condena condicional tiene por finalidad, tratándose de delincuentes con personalidad carente de temibilidad a quienes se han impuesto penas cortas de privación de libertad, que no ingresen a los centros de reclusión, para evitar que contaminen a esas personas, reclusos de peligrosidad mínima, media o máxima. La condena condicional pretende que el delincuente no sea tratado por medios carcelarios, cuando no necesita ese tratamiento y requiere un manejo en libertad. Penas cortas y sujetos sin peligrosidad que no necesitan reclusión, constituyen los conceptos básicos de la condena condicional.

(161)

Existen dos sistemas en relación a la condena condicional:

- a).- El continental europeo o franco-belga, y
- b).- el Angloamericano o sistema de prueba.

El sistema que nuestro País ha adoptado en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, en el orden común, y para toda la República en el orden Federal, es el Continental europeo-

(161).- Cfr. La condena condicional. Revista Jurídica Veracruzana, Lic. Fernando Labardini Méndez, No. 4, t. XXVI Oct-Dic, 1975 Veracruz, México p. 10.

o franco-belga, con la variante de la vigilancia al reo por la autoridad encargada de la ejecución de la sentencia que impone el órgano jurisdiccional.

El sistema de nuestro Código Penal, en su artículo 90 se distingue porque ofrece seguridad al acusado, en cuanto que es sometido al proceso penal y, al definirse su situación, puede obtener una sentencia absolutoria y, en caso contrario satisfaciendo los requisitos, puede obtener la condena condicional.

El sistema Continental europeo, se caracteriza porque da certidumbre a la situación jurídica de la persona y cumple las exigencias constitucionales de nuestra estructura jurídica fundamental.

Por otra parte, tenemos que, el sistema de pruebas o sistema Angloamericano, como su nombre lo indica, se aplica en Inglaterra y en Estados Unidos, y consiste en que el autor del delito es sometido a proceso, pero no es llevado hasta la sentencia definitiva, sino que antes de llegar a esa resolución final, en virtud de la conducta que se supone podría ser objeto de una pena, se le concede la suspensión del proceso, y se somete a vigilancia y si, pasado determinado tiempo, no aflora una personalidad peligrosa y no consume nuevos delitos, el procedimiento se suspende en forma definitiva y no es sentenciado. La ventaja de este sistema consiste en que permite que el autor del delito no sea condenado, si es que observa buena conducta y no revela los datos de peligrosidad.

En nuestro sistema, el acusado no es declarado delincuente; sin embargo, siempre hay la desventaja de que una persona que pudiera resultar inocente, tendría que someterse a una serie de disminuciones por lo que se refiere a su esfera de derecho, como lo es simplemente la vigilancia, respecto de la cual hay que cumplir una se -

rie de requisitos.

(162)

De esta manera, la condena condicional permite que el acusado no sea sometido a un régimen carcelario; condena que es concedida por el órgano jurisdiccional en sentencia ejecutoria, opera de inmediato y no guarda relación alguna con el tratamiento en el interior de la prisión ni, en consecuencia, con trabajo de los presos ni con la libertad preparatoria.

Haciendo a otro punto, diremos que los requisitos para la procedencia de la condena condicional se encuentran previamente establecidos en el artículo 90 de nuestro Código Penal, el cual establece:

- a).- Que la condena se refiera a una pena de prisión que no exceda de dos años. Esta es una pena corta, privativa de libertad corporal.
- b).- Que sea la primera vez que el sentenciado incurre en delito intencional y que haya evidencia de buena conducta positiva antes y después del hecho punible. (Aquí se exige que sea la primera vez que el sentenciado incurre en delito intencional. Si el sentenciado incurre en delito culposo, no hay obstáculo para la procedencia de la condena condicional).
- c).- Que el sentenciado por sus antecedentes personales, modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que no volverá a delinquir, es decir, la condena condicional exige que el sentenciado revele una ausencia de peligrosidad o falta de temibilidad mental.

El Código Penal, también establece que la condena condicional comprende la suspensión de la pena de prisión y la de multa, más no la reparación del daño causado; obligación que tendrá que cumplir.

Si, después de transcurridos tres años, no se ha dado lugar a nuevo proceso por delito intencional, la sanción se considera extinguida; en caso contrario, se hacen efectivas: la sanción suspendida mediante la condena condicional y la nueva sanción, en que se considera reincidente al reo.

Por lo que se refiere a nuestro Código Federal, de Procedimientos Penales, la condena condicional se encuentra prevista en la sección segunda artículos 536, 537, 538 y 539.

Libertad Preparatoria.

La libertad preparatoria es un fenómeno vinculado con la sentencia que ha causado ejecutoria, es decir, consiste en una resolución que no tiene recurso alguno en su contra.

Se ha dicho que la libertad preparatoria surgió en Francia en 1832, como premio a delincuentes menores de 16 años, que observaban buena conducta y que quedaban sometidos a vigilancia, en 1840, se extiende a delincuentes adultos. En nuestro país, se introduce en el Código de 1871, pasando sucesivamente, hasta llegar al Código del 17 de Septiembre de 1931.

La libertad preparatoria o libertad condicional es un instrumento penitenciario en relación al condenado por sentencia ejecutoria que se encuentra internado en un centro de reclusión, y

consiste en que viva libremente una parte final de su condena, cuando se encuentra rehabilitado, sujetándose a obligaciones determinadas. La libertad preparatoria es la forma de hacer funcionar los efectos de la rehabilitación del delincuente, conseguida por el tratamiento penitenciario, reduciendo la reclusión carcelaria impuesta por la pena privativa de libertad corporal y preparando al reo para su total reincorporación a la vida colectiva.

Por otra parte, la libertad preparatoria no modifica ni extingue ni reduce la duración de la pena en sí misma, sino que implica cumplirla parcialmente en libertad, por el reo para quien la medida adecuada ya no es la reclusión, sino una libertad condicionada, revocable, transitoria y vigilada, que técnicamente constituye un auténtico tratamiento para quien no necesita ya estar recluso, como lo estuvo anteriormente donde fué rehabilitado.

(163)

La libertad preparatoria es una institución jurídica que aplicada adecuadamente, permite luchar exitosamente contra la reincidencia.

Dicho de otra manera, la libertad preparatoria es un auténtico ensayo de libertad del sujeto, para que no sea de pleno y de inmediato reincorporado a la colectividad de la cual estuvo sustraído mediante reclusión penitenciaria; es una prueba de libertad.

La condena condicional o remisión condicional o condena de ejecución condicional, se distingue claramente de la libertad preparatoria o libertad condicional en que, en la primera, el reo no entra al sistema penitenciario, no es sometido al régimen car-

(163).- Cfr. Ibid, p. 20.

celario; en cambio en la segunda, el reo ha estado sometido al régimen carcelario. Pero ambas tienen un punto común, que es, en la condena condicional, una no peligrosidad del reo, que se revela de antemano, - y, en la libertad preparatoria, ausencia de peligrosidad, que el reo - revela después de un tiempo de reclusión, al encontrarse rehabilitado. Además se distinguen no sólo por su naturaleza material, sino también formalmente, en cuanto que la condena condicional la cumple el órgano jurisdiccional que dicta la sentencia en contra del reo, y la libertad preparatoria la concede el órgano ejecutivo o administrativo encargado de la ejecución de la condena. En el caso de nuestra legislación del Distrito y Territorios Federales en el orden común y de toda la República en el orden federal, ese órgano ejecutivo es la Dirección General -- de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, de la Secretaría de Gobernación, la que cuida y vigila a quienes se ha concedido la libertad preparatoria, y la que en su caso, revoca esta libertad, en términos del artículo 86 del Código Penal.

Y por último, nuestra legislación penal mencionada, establece que la libertad preparatoria no se concederá a los condenados por delitos contra la salud, en materia de estupefacentes, ni a los habituales ni a quienes hubieran incurrido en segunda reincidencia.

B) Libertad por prescripción.

Mediante el instituto de la prescripción y con -- base en ella, es el propio Estado el que autolimita su poder de castigar, es decir, que mediante el transcurso del tiempo se debilita la potestad que el Estado tiene para castigar los delitos, renunciando el mismo a su facultad para ejercerla.

(164)

Lo que realmente desaparece con la prescripción no es el delito, sino el derecho que el Estado tiene para perseguirlo o -- para ejecutar la pena.

La prescripción se ha señalado como un medio de -- extinción de la acción penal o de la pena, siendo su característica jurí-- dica esencial, la de que mediante el transcurso del tiempo y previos los lineamientos legales, se extingue la potestad de castigar.

Recientemente, nuestro Código Penal fué reformado siendo el Capítulo VI, referente a la Prescripción uno de los preceptos -- reformados. El Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de enero de -- 1984, establece las siguientes modificaciones:

Artículo 101.- "La prescripción es personal y para ella bastará el sim-- ple transcurso del tiempo señalado en la ley.

Los plazos para la prescripción se duplicarán respecto -- de quienes se encuentren fuera del territorio nacional, si por esta circunstancia no es posible integrar una ave-- riguación previa, concluir un proceso o ejecutar una san-- ción.

(164).- Cfr. "La prescripción en el derecho penal". Revista Criminalia, -- Lic. Raúl Navarro García, año XXXIX Nos. 9 y 10 Septiembre-Octu-- bre de 1973. p. 294.

La prescripción producirá su efecto, aunque no la alegue como excepción el acusado. Los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso."

Artículo 102.- "Los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán:

I.- A partir del momento en que se consumó el delito, si fuere instantáneo;

II.- A partir del día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida si el delito fuere en grado de tentativa;

III.- Desde el día en que se realizó la última conducta, tratándose de delito continuado; y

IV.- Desde la cesación de la consumación en el delito permanente."

"La naturaleza de la prescripción es de derecho penal, esto es, material, puesto que obedece al impedimento de que se haga efectiva la pena"

(165)

La ley penal, distingue entre prescripción de la acción penal, o sea, de la persecución penal y prescripción de la pena; esto es de la ejecución de ésta. Por lo tanto, existen dos clases de prescripción, esto es:

a).- Prescripción de la acción, y,

b).- Prescripción de la pena.

(165).- Ibidem, p. 297.

En cuanto a la prescripción de la acción, se extingue la potestad represiva, con anterioridad al momento de concretarse en una sentencia que cause estado, en virtud de que no ha sido ejecutada. De esta manera, se extingue el derecho de acción que nace con la infracción y que va dirigido a la aplicación de una pena. En cuanto a la prescripción de la sanción se extingue la potestad punitiva, después de haberse impuesto una pena que no ha llegado a hacerse efectiva. Supongamos que el acusado que goza de libertad bajo fianza, se fuga antes de que se dicte una sentencia, empieza a correr el tiempo y a extinguirse, por lo tanto la sanción. Tomando en cuenta que dicha sentencia ejecutoria ha causado estado y se trate por consiguiente de cosa juzgada, que nace con la condena que no ha llegado a ejecutarse.

En las dos especies de prescripción, la acción del Estado se extingue, ya sea como persecución, ya sea como condena. Así que el tiempo transcurrirá de igual modo sobre la pena que sobre la acción. "Con el transcurso del tiempo se dificulta la averiguación del hecho y de la culpabilidad"

(I66)

La prescripción comienza a correr a partir del momento en que se consumó el delito, si fuere instantáneo y desde que cese el mismo, para los delitos permanentes; a partir del día en que se realiza el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida si el delito fuera en grado de tentativa y, tratándose de delito continuado, desde el día en que se realiza la última conducta.

La prescripción de la acción, jamás ocurrirá en menos de tres años, y por lo que se refiere a la reciente reforma, se ha

(I66).- Ibidem, p. 299.

duplicado el término respecto de quienes se encuentren fuera del territorio nacional, debido a que no se pueda integrar la correspondiente averiguación previa, concluir un proceso o ejecutar una sanción. (artículo 105 y 119 de nuestro Código Penal). También se toma como base el término -- medio aritmético de cada caso concreto, pero nunca menor a tres años.

De acuerdo al artículo 103 del Código Penal para el D. F. la prescripción de las sanciones corporales, debe contarse desde la fecha en que el condenado se sustraiga a la acción de la justicia; pero al aplicarlo, de acuerdo a la doctrina, deben estimarse dos hipótesis:

- 1).- Que el sentenciado esté disfrutando de la libertad caucional cuando se pronuncia la sentencia ejecutoria, y que:
- 2).- Materialmente se sustraiga a la acción de la justicia por -- medio de la evasión.

En el primer caso, tenemos que, el plazo señalado para la prescripción de las sanciones se contará desde la fecha en que la sentencia que las impuso, haya causado ejecutoria, porque desde ese momento está expedita la acción de las autoridades para ejecutarlas.

Por lo que se refiere a los efectos, tenemos que, el efecto principal de la prescripción de la ejecución de la pena, es que una vez transcurrido el término que señala la ley, ya no puede ser ejecutada, o dicho de otra manera, el condenado queda liberado de sufrir la -- pena.

"El término para la prescripción no puede correr -- cuando el inculcado se encuentre gozando de libertad caucional, por estar sub-judice su situación personal" Semanario judicial de la federación --

XXVIII, p. 96. Sexta época, segunda parte. Esta tesis no resulta del todo conveniente, ya que si la prescripción favorece a quien se encuentra sustraído a la acción de los Tribunales, con mayor razón debe favorecerle al acusado que se encuentra sub-judice, es decir a disposición de la autoridad instructora o ejecutora.

Debemos tomar en cuenta que la condena no pierde -- sus efectos, todos ellos quedan subsistentes, es el Estado el que pierde -- el derecho a ejecutar la pena.

(I67)

I).- Libertad por perdón.

Con fecha Viernes 13 de Enero de 1984, el artículo 93 del Código Penal para el Distrito Federal fue reformado para quedar -- como sigue: "El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, -- extingue la acción penal respecto de los delitos que solamente pueden per- -- seguirse por querrela, siempre que se conceda antes de pronunciar senten- -- cia en segunda instancia y el reo no se oponga a su otorgamiento.

Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pue- -- da ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del de- -- lito y al encubridor, el perdón solo surtirá efectos por lo que hace a -- quien lo otorga.

El perdón solo beneficia al inculcado en cuyo fa- -- vor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, -- hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el -- cual beneficiará a todos los inculcados y al encubridor".

(I67).- Ibid. p. 312.

2).- Sentencia absolutoria.

Sentencia, del latín *Sententia*, significa dictámen o parecer; por eso, generalmente se dice: la sentencia es una decisión judicial sobre alguna controversia o disputa. Proviene del vocablo latino *sentiendo*, porque el juez, partiendo del proceso, declara lo que siente.

El Licenciado Colín Sánchez, estima que la Sentencia penal es la resolución judicial que, fundada en los elementos del injusto punible y en las circunstancias objetivas y subjetivas condicionantes del delito, resuelve la pretensión punitiva estatal individualizando el derecho, poniendo con ello fin a la instancia.

La sentencia es el acto procesal más trascendente, ya que el juez a través de ésta resuelve por mandato legal el fondo del proceso sometido a su conocimiento. Es aquí donde concurren la verdad histórica y el estudio de la personalidad del delincuente, y se declara asimismo la culpabilidad del acusado, la procedencia de la sanción, de la medida de seguridad, o, por el contrario, la inexistencia del delito, o que, aún habiéndose cometido, no se demostró la culpabilidad del acusado; situaciones que al definirse producen como consecuencia la terminación de la instancia.

Nos abocaremos principalmente al estudio de la sentencia absolutoria, siendo que por medio de ésta se obtiene la libertad del inculcado, hecho que nos interesa fundamentalmente.

La sentencia en sí, "debe entenderse como un acto

jurídico procesal sujeto a la voluntad del Juez, y cuya eficacia jurídica plena dependerá de la correcta aplicación de la ley".
(168)

Las sentencias se clasifican tomando como base el momento procesal en que se dictan: interlocutorias y definitivas; por sus efectos: declarativas, constitutivas y de condena; y por sus resultados: absolutorias y de condena.

La sentencia de condena, es la resolución judicial que, sustentada en los fines del proceso penal, afirma la existencia del delito, y tomando en cuenta el grado de responsabilidad de su autor, lo declara culpable, imponiéndole por ello una pena o una medida de seguridad.

Por el contrario, la sentencia absolutoria, determina la absolución del acusado, en virtud de que la verdad histórica patentiza la ausencia de conducta, la atipicidad; o, aún siendo así las probanzas no justifican la existencia de la relación de causalidad entre la conducta y el resultado.

El objeto de la sentencia abarca diversos aspectos:

- 1).- La pretensión punitiva estatal,
- 2).- La pretensión del acusado a la declaración de inocencia, o el encuadramiento de su conducta dentro de una especie o modalidad del tipo, y la pretensión del ofendido a ser resarcido del daño.

"El fin de la sentencia es la aceptación o la negación de la pretensión punitiva, y para ello será necesario que el Juez, mediante la valoración precedente, determine: la tipicidad o atipicidad de la conducta, la suficiencia o insuficiencia de la prueba, la existen-

cia o inexistencia del nexo causal entre la conducta y el resultado, y la capacidad de querer y entender al sujeto, para así establecer la culpabilidad o la inculpabilidad, la operancia o no de la prescripción, o de alguna otra causa extintiva de la acción penal:

(I69)

Por otro lado, la sentencia es un documento jurídico cuyos efectos legales dependerán de la observancia de los siguientes requisitos:

- I).- Deberá hacerse por escrito, atendiendo a determinadas normas de redacción, como: el prefacio, los resultandos, los considerandos y la parte decisoria.

Formalidades:

- I).- Fecha y lugar donde se dicte, el Tribunal que la pronuncie, el número del expediente, los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre, lugar de nacimiento, edad, estado civil, domicilio y profesión.

En general se hace una consideración de los hechos, lo que implica el estudio y valoración de las pruebas, la interpretación de la ley, las referencias doctrinales y jurisprudenciales, el estudio de la personalidad del delincuente, la responsabilidad o irresponsabilidad del acusado, la culpabilidad o inculpabilidad, la naturaleza de la sanción y su duración cronológica, las medidas de seguridad aplicables, la reparación del daño, el pago de la multa, la confiscación de los objetos del delito, la amonestación al sentenciado, la orden de que se notifique a las partes, y el mandamiento para que se cumpla en el lugar en donde lo determine el Departamento de Prevención Social. Y por último, es muy

importante hacer constar la fecha de su expedición, para constatar si se pronunció dentro del tiempo ordenado por la Constitución, y para que principien a correr los términos de ley, dentro de los cuales puede impugnarse la resolución y precluya o no ese derecho. Las firmas del Juez y del Secretario y el sello del juzgado.

La sentencia debe ser congruente con las peticiones de las partes, de manera tal que no se condene al acusado por hechos delictuosos distintos de aquéllos por los que se le instruyó el proceso, y por los que se formularon las conclusiones.

Por otro lado, debe tomarse en cuenta que la condena o la absolución deben precisarse en puntos concretos, la sentencia debe ajustarse a la prohibición constitucional de: "absolver de la instancia" evitando que nadie pueda ser juzgado dos veces por el mismo delito.

La sentencia absolutoria produce efectos substanciales en el procedimiento y en los sujetos de la relación procesal. -- Mismos que entrañan deberes y derechos correlativos para el juez, para las partes y para algunos terceros:

a).- En cuanto al procedimiento los efectos son los siguientes:

Primero. La negativa de la pretensión punitiva del Estado, - en obediencia a:

1).- Falta de pruebas;

2).- Deficiencia de estas;

3).- Existencia de las mismas, pero que impriman duda en el ánimo del juzgador;

4).- Porque conduzcan a la plena comprobación de la inocencia del procesado; etc.

Segundo. Termina la primera instancia e inicia la segunda, siempre condicionada a la impugnación de las partes, que mediante la resolución judicial respectiva, puede alcanzar el carácter de autoridad de cosa juzgada.

b).- Los efectos para los sujetos de la relación procesal son:

Primero. Para el sentenciado, cuando está privado de la libertad, obtenerla tan luego como le sea notificada la sentencia, independientemente de que el Ministerio Público se inconforme y la impugne ahora bien, si la sentencia es revocada y la penalidad impuesta por el Tribunal ad-que es mayor de cinco años, o aun menor, pero mayor de dos, procederá la cancelación de la fianza y la orden correspondiente al fiador para que presente al sujeto dentro de un plazo determinado, o en su defecto, se le hará efectiva la garantía y se decretará la rehaprensión correspondiente.

"La sentencia en cuanto afirma una verdad formal, tiene efectos formales substanciales, pero si ésta verdad responde a la verdad real, se presume como tal; por eso la sentencia como documento alcanza un carácter público con sus naturales repercusiones erga omnes, y no únicamente a determinados terceros, siempre y cuando haya alcanzado el carácter de cosa juzgada".

(170)

CONCLUSIONES

- 1.- La libertad provisional es una medida cautelar que evita temporalmente la privación de la libertad de un individuo sobre el que recaen indicios de presunta responsabilidad de un delito. Y, ésta se otorga cuando concurren las condiciones previstas por la ley en cualquier estado de la instrucción.
- 2.- La libertad provisional bajo caución, es una garantía que se desprende del artículo 20 Constitucional, su objeto consiste en que el inculcado no se sustraiga a la acción de la justicia; y por otro lado, se aseguren los intereses procesales y la marcha normal del proceso.
- 3.- La libertad bajo caución se otorga siempre y cuando el término medio aritmético de la pena corporal que corresponda al delito imputado no exceda de cinco años de prisión.
- 4.- No estamos de acuerdo con la reciente reforma a los artículos 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y 556 del Código local, ya que establecen que para la fijación de la libertad cautiva, se tomarán en cuenta las modalidades y calificativas del delito cometido, siendo que la calificativa se considere como algo accesorio al delito que hace que la sanción aumente; cuando lo correcto sería atender al delito simple. Por lo tanto los consideramos anticonstitucionales.
- 5.- Las autoridades facultadas para dictar la libertad bajo caución son: El Juez penal de primera instancia, los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal que conozca de la apelación, el Juez de Distrito en delitos federales y en materia local y por último, el Ministerio Público cuando se trate de libertad previa administrativa.
- 6.- Respecto a la reforma de los artículos 402 y 560 de los Códigos Procesal Penal Federal y Local, respectivamente, se establece que en los casos en que el delito represente un beneficio económico para su autor, o cause a la víctima un daño patrimonial, la garan

tía será necesariamente cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño y perjuicio causado, y quedará sujeta a la reparación del daño que, en su caso se resuelva. Creemos que ésta mecánica resulta injusta, porque no se hace distinción entre los delitos dolosos y culposos, siendo que éstas formas de culpabilidad repercuten en cuanto a la punibilidad; consecuentemente debería repercutir en cuanto a la fijación de la garantía.

- 7.- La libertad previa administrativa procede en cualquier clase de delito culposo, cuando no se abandona al ofendido, y así ya no se limita a aquellos casos en que se cometía por motivo del tránsito de vehículos; dicha libertad la sigue concediendo el Ministerio Público y puede ser concurrente con el arraigo. Esto se refiere a la reciente reforma que sufrieron los artículos 135 del Código Federal de Procedimientos Penales y 271 del Código Local.
- 8.- La libertad por falta de elementos para procesar, se dicta cuando no se han satisfecho los requisitos de Fondo que son necesarios para el auto de formal prisión, y se restituye al inculcado en el goce de su libertad.
- 9.- La libertad por desvanecimiento de datos procede a petición de parte, cuando han quedado destruídas la comprobación del cuerpo del delito o la probable responsabilidad del inculcado. Situación que desintegra los requisitos que necesita el auto de formal prisión. Procede en cualquier estado de la instrucción y después de dictado el auto de formal prisión. La reciente reforma al artículo 551 del Código Adjetivo Local, establece que cuando aparezcan por prueba plena e indubitable desvanecidas las pruebas que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito, la resolución que conceda la libertad tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso.
- 10.- Las conclusiones inacusatorias reúnen la exposición que fundamenta jurídica y doctrinalmente la posición legal del Ministerio Público

de no acusación del procesado y la libertad del mismo, ya sea por inexistencia del delito o porque existiendo no sea imputable al procesado; o se de en favor de éste alguna causa de justificación o eximente de las previstas en el Capítulo IV, Título I del Código Penal recientemente reformado.

- II.- La libertad bajo protesta, procede en delitos que no merecen pena corporal, o en delitos que son sancionados con pena corporal hasta de dos años de prisión; y en delitos cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión. Devuelve la libertad a personas de pocos recursos económicos que no pueden otorgar garantía hipotecaria o personal.
- I2.- La condena condicional suspende las penas cortas de privación de libertad corporal, y procede en delincuentes carentes de temibilidad, para evitar que se contaminen en los centros de reclusión. Este tipo de delincuentes requiere de un manejo en libertad. Dicha condena es concedida por el órgano jurisdiccional en Sentencia ejecutoria, opera de inmediato, previa la reparación de los daños y perjuicios causados.
- I3.- La libertad preparatoria consiste en que el reo viva libremente una parte final de la condena que le fué impuesta, cuando se encuentre rehabilitado cumpliendo determinadas obligaciones; y es concedida por el órgano ejecutivo o administrativo encargado de la ejecución de la condena (Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, de la Secretaría de Gobernación).
- I4.- La sentencia absolutoria, es el dictámen que determina la absolución del inculcado por falta de tipicidad es decir, por no encontrársele culpable; y se funda en las circunstancias objetivas y subjetivas condicionantes del delito, resolviendo la pretensión punitiva del Estado, individualizando el derecho y poniendo fin a la instancia.

B I B L I O G R A F I A

- ARELLANO, Enrique. Curso de Derecho natural. 2 edic. México, Ed. Faric, - 1876.
- ARILLA BAE, Fernando. El procedimiento penal en México. I edic. México, Ed. Divulgación Literaria Mexicana, 1961.
- BARTOLONI FERRO, Abraham. El procedimiento penal y los actos jurídicos procesales penales. H.E. Santa Fe, 1944.
- BECKER, Ernest. La lucha contra el mal. I edic. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1977.
- BRISIMO SIERRA, Humberto. Principio acusatorio en el proceso penal. Revista de la Facultad de Derecho de México. t. XX No. 77-78, Enero-Junio, 1970.
- BUFGCA, Ignacio. Las garantías individuales. II edic. México, Ed. Porrúa, 1978.
- BURGOA, Ignacio. El juicio de amparo. 12 edic. México, Ed. Porrúa, 1977.
- CAPPELETTI, Mauro. La oralidad y las pruebas en el proceso civil. Ed. -- Jurídica Europa-América, S. A.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho penal Mexicano parte general. 10 edic. México, Ed. Porrúa, 1974.
- CASTRO RAMIREZ, M. Derecho procesal penal mexicano. M.E. México, 1968.
- CERRONI, Humberto. Introducción al pensamiento político. 6 edic. Buenos Aires, Ed. Siglo Veintiuno, 1974.
- COLLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho mexicano de procedimientos penales. -- 2 edic. México, Ed. Porrúa, 1970.
- COLLIN SANCHEZ, Guillermo. La sentencia absolutoria. Revista de Derecho Penal Contemporáneo, No. 8, Seminario de Derecho Penal. México, UNAM -- Septiembre de 1965.
- GHIOSSONE, Tulio. Límites legales de la privación de la libertad. Revista de la Facultad de Derecho. No. 50 Caracas, 1971.
- FRANCO SODI, Carlos. El procedimiento penal mexicano. 3 edic. México, -- Ed. Porrúa, 1946.

- FROM, Erich. El miedo a la libertad. vol. 7. Buenos Aires, Ed. Paidós, - 1977.
- GARCIA CORDERO, Fernando. La libertad provisional. Revista Mexicana de - Justicia vol. III No. 19 Procuraduría General de la República, Julio - - Agosto de 1982.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. 25 edic. -- México, Ed. Porrúa, 1975.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. Curso de derecho procesal penal. 5 edic. México, Ed. Porrúa, 1978.
- G. F., Hegel. Filosofía del derecho. I edic. Dirección General de Publi- caciones. México, UNAM, 1975.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de derecho procesal penal me- xicano. 4 edic. México, Ed. Porrúa, 1967.
- JOACHIM FRIEDRICH, Carl. La filosofía del derecho. I edic. México, Ed. - Fondo de Cultura Económica, 1969.
- JOACHIM FRIEDRICH, Carl. La libertad. Ia. edic. México, Ed. Poble, 1969.
- LABARDINI MENDEZ, Fernando. La condena condicional. Revista Jurídica Ve- racruzana, t. XXVI, No. 4, Veracruz, Octubre-Diciembre 1975.
- LASKI, E. Reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo. N.E. Buenos Aires, abril 1946.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Filosofía del derecho. 2 edic. Barcelona, Edit. - Bosch, 1961.
- NAVARRO GARCIA, Raúl. La prescripción. Revista Criminalia, año XXXIX Nos. 9 y 10, México, Septiembre-Octubre de 1973.
- NIEVES, Héctor. La libertad provisional del detenido como derecho y como institución de prevención criminal. Revista Iberoamericana de Derecho -- Procesal, No. 4 Madrid, España, 1967.
- PEREZ DE PALMA, Rafael. Guía de derecho procesal penal. I edic. México, - Cárdenas Editor y Distribuidores, 1975.
- PIÑA Y PALACTOS, Javier. Derecho procesal penal. N.E. México, 1948.
- PIZANI, Mario. Procedimiento y valores en la enseñanza del derecho pro- cesal penal. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, No. 3 1970.

PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Lecciones de filosofía del derecho. 9 edic. México, Ed. Jus, 1978.

PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Ensayos filosóficos, jurídicos y políticos. - I edic. México, Ed. Jus, 1977.

RAMIREZ, Elpidio. La libertad provisional mediante caución y protesta en la Constitución Mexicana. vol. III, No. 19, México, Julio-Agosto de 1982.

RECASENS SICHES, Luis. Tratado de filosofía del derecho. 5 edic. México, - Ed. Porrúa, 1975.

REICH, Wilhelm. Escucha pequeño hombrecito. I edic. México, Ed. Pasquín, - 1979.

REUS, Emilio. Ley de enjuiciamiento criminal. Revista de Legislación, -- t. II Madrid, España 1883.

RIVERA SILVA, Manuel. El procedimiento penal. 4 edic. México, Ed. Porrúa, 1967.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús. La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado. I edic. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 1981.

XIFRA HERAS, Jorge. Curso de derecho constitucional. (apuntes)

ZANORA PIERCE, Jesús. La libertad provisional mediante caución y protesta en las leyes secundarias. Revista Mexicana de Justicia, vol. III, Procuraduría General de la República. México, Julio-Agosto de 1982.

D I C C I O N A R I O S.

DE PINA, Rafael. Diccionario de derecho. México, Ed. Porrúa, 1965.

Enciclopedia Jurídica Cmeba. T. I Ed. Bibliográfica Argentina.

FERRATER MORA, José. Diccionario de Filosofía. Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1958.

PALLARES, Eduardo. Diccionario de derecho procesal civil. México, Ed. -- Porrúa, 1976.

Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa - América, 1952.

L E G I S L A C I O N

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1931.

Código Federal de Procedimientos Penales de 1934.

Ley Orgánica de acuerdos y circulares de la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal.

Diario Oficial del Martes 27 de Diciembre de 1983.

Diario Oficial del Miércoles 4 de Enero de 1984.

Diario Oficial del Viernes 13 de Enero de 1984.

Semanario Judicial de la Federación, Apéndice 1917-1965.

Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación. Tesis ejecutorias 1917-1975. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, segunda parte 1975. Primera Sala Tesis 189. Tomo XLIX, LXXXII y XCVI.

Esta tesis se elaboró en el Seminario
de Derecho Penal, bajo la dirección -
del Licenciado Marcos Castillejos --
Escobar.