

2eja 190



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
" A R A G O N "

**ESTUDIO ANALITICO Y DISTINCION ENTRE
LA DETENCION Y LA PRISION PREVENTIVA**

T E S I S

Que para obtener el Título de:
LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a:
ISIDRO ROBLES LEYVA

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

México, D. F.

1988



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.

INDICE

ESTUDIO ANALITICO Y DISTINCION ENTRE LA DETENCION Y LA PRISION PREVENTIVA

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS SOBRE LA DETENCION Y LA PRISION PREVENTIVA.	
1. Epoca Antigua	4
2. Grecia	4
3. Roma	4
4. Edad Media	8
5. Epoca Moderna	9
6. Francia	9
7. España	11
8. México.....	12
9. México Prehispánico	12
10. México Colonial	13
11. México Independiente	15
CAPITULO II. COMPARACION DE LA DETENCION Y LA PRISION PREVENTIVA EN DIVERSOS PAISES	
12. América	24
13. Argentina	25
14. Venezuela	27
15. Europa	30

	Pág.
16. Alemania	32
17. Francia	38
18. Principios Constitucionales	43
CAPITULO III. LA DETENCION Y LA PRISION PREVENTIVA.	
19. La Detención	48
20. Aspecto General de la Detención	48
21. Averiguación Previa	48
22. Auto de Radicación	49
23. Orden de Aprehensión	51
24. Concepto de Detención	53
25. Requisitos de la Detención	55
26. Fines de la Detención	58
27. Detención por Autoridad Administrativa.....	59
28. Detención por Acuerdo del Ministerio Público.....	59
29. Aprehensiones en Ca so de Urgencia y flagrante delito.....	60
30. Prisión Preventiva.....	66
31. Aspecto General de la Prisión Preventiva.....	66
32. Concepto de Prisión Preventiva	66
33. Requisitos de la Prisión Preventiva.....	69
34. Auto de Formal Prisión.....	70
35. Fines de la Prisión Preventiva.....	76
36. Distinción de la Prisión Preventiva con Otras Figuras....	77

**CAPITULO IV. REPERCUSIONES POR EL MANEJO INDISTINTO
DE LA DETENCION Y LA PRISION PREVENTIVA.**

37. Repercusiones Legales	84
38. Repercusiones Sociales	91
39. CONCLUSIONES	94
40. BIBLIOGRAFIA	102

INTRODUCCION

Uno de los problemas, que al estudiar la carrera de Licenciado en Derecho despertó mi interés, fué el observar que una grave y persistente preocupación que a través del tiempo el ser humano ha tenido, ha sido lograr el reconocimiento y respeto de un mínimo de derechos, libertades y garantías fundamentales para su existencia.

Así, tenemos que el Estado a través de sus órganos irrumpe en la esfera de libertad y seguridad de la persona, por ello, tanto la detención - como la prisión preventiva, son medidas restrictivas de la libertad cuya aplicación en la vida del hombre acarrea un sinnúmero de consecuencias, generalmente negativas para el individuo que las sufre.

La libertad personal, como uno de los derechos fundamentales del hombre, es el que con mayor frecuencia sufre la actividad represiva del Estado y esta privación de libertad, irremediamente va acompañada de la limitación o pérdida de muchos otros derechos.

Al desarrollar el presente estudio analítico y distinción entre la detención y la prisión preventiva, no pretendo de ningún modo agotarlo, puesto que se necesitaría un estudio más minucioso y profundo lo mismo que una amplia preparación la cual no poseo, por lo que mi propósito al realizar el presente trabajo, ha sido, el de hacer un análisis de la detención y la prisión preventiva, observando como se han manejado y legislado estas figuras a través del tiempo, por lo que se hace una referencia histórica, - analizando estas figuras a través de diferentes épocas y países, es decir, la evolución que han tenido o en ocasiones su retroceso, rechazo absoluto como ocurrió en Grecia, o su aplicación indiscriminada como se dió en la Edad Media, o bien su aceptación condicionada y reglamentada en la actualidad.

Asimismo, señalar los esfuerzos legislativos de los países tanto de -- América como de Europa, a nivel interno han reglamentado estas medidas, procurando reducir su empleo y duración sutituyéndolas por otras medidas igualmente eficaces pero menos rigurosas, estableciendo preceptos constitucionales que establecen los requisitos para la procedencia y los casos de aplicación de estas figuras.

Por otra parte, también se establecerán los pros y los contras que tanto la detención como la prisión preventiva puedan tener, es decir, la justificación a la aplicación de estas medidas, así como las opiniones en contra, lo mismo que establecer claramente cual es una medida y cual es la otra, señalando sus semejanzas pero principalmente sus diferencias, para de esa manera, observar claramente su distinción.

Por último, señalaré las consecuencias que lleva consigo la aplicación de estas medidas restrictivas de la libertad en el individuo.

Por ello, esta tésis que presento ante ustedes, señores del jurado es un estudio analítico realizado con el interés de aportar algo al estudio de este tema que con el rubro de "Estudio analítico y distinción entre la detención y la prisión preventiva", someto a la consideración del Honorable Jurado.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS SOBRE LA DETENCION Y LA PRISION PREVENTIVA

A. Epoca Antigua

1. Grecia

2. Roma

B. Edad Media

C. Epoca Moderna

1. Francia

2. España

D. México

1. México Prehispánico

2. México Colonial

3. México Independiente

A. Época Antigua

Los orígenes de la detención y de la prisión preventiva los encontramos en todos aquellos anales del derecho en los que se han plasmado - las luchas que el individuo ha tenido que realizar para la conquista o de fensa de los derechos inherentes al ser humano.

Tanto la detención, como la prisión preventiva, se han reglamentado de diversas formas, conforme a la época y al país respectivo, así como a las tendencias imperantes en el momento de la elaboración de las disposiciones al respecto, por lo que su reglamentación y evolución, se ha dado en base a lo anterior.

1. Grecia

De esta manera, tenemos que en Grecia, jurídicamente, persona y - cuerpo, significaban lo mismo, por lo que a la libertad se le concebía como la libertad corporal. La justicia penal era aplicada por los éforos. (1)

Aún cuando la ley penal se llegó a aplicar de manera arbitraria, nunca se impuso la pena de prisión, en consideración a que ésta, atentaba contra la libertad, esta sanción era sustituida por penas pecuniarias.

2. Roma

Durante los primeros tiempos de Roma, aunque la detención y la prisión preventiva tuvieron limitada aplicación, ya se encuentran rasgos -- característicos que algunas legislaciones actuales reflejan en su contenido.

a) Monarquía

Durante el período monárquico, del año 753 a.c., al 509 a.c., así como en los primeros años de la República, el derecho romano estaba sometido a la religión, y los jueces penales así como los magistrados imponían estas medidas como medios de coerción, pero hubo necesidad de dictar disposiciones legales como las Leyes Porciae a mitad del siglo V a.c., con el fin de evitar las prácticas abusivas que se daban por el uso excesivo de la coertio. (2)

(1) En materia penal eran jueces y acusadores al mismo tiempo. Burgoa, Ignacio, Las garantías individuales, 15a. ed., México, Porrúa, 1981, p. 63

(2) Se le consideraba una medida con poder ilimitado y arbitrario.

b) República

Del año 509 a.c. , al 27 a. c. , período que abarcó la República, y principalmente con la vigencia de la Ley de las Doce Tablas a mediados del siglo V a.c. , aún cuando el derecho, ya sin imposición religiosa, disponía la detención del inculpaado y la custodia, en ciertos casos se confiaba a los particulares (custodia libera).

Con las Leges Iulia de vi pública et privata, del año 27 a. c. , los ciudadanos romanos en ciertos delitos, se les eximía de estas medidas por prescripción legal. La justificación a dicha situación, era, que en ese entonces imperaba el sistema acusatorio, que conforme a la Ley de las Doce Tablas daba plena igualdad al acusado y al acusador, por lo que ambos permanecían en libertad para no quebrantar tal principio, en el sistema de la Justicia pública, esta situación había desembocado en la supresión de la detención, sin embargo, esta medida se aplicaba rigurosamente en los casos de crímenes graves contra la seguridad del Estado, de flagrante delito o cuando mediaba confesión.

3 Imperio Romano

El período imperial comprendió un lapso que va del año 27 a.c. , al 565 d.c. , año en que ocurrió la muerte del emperador Justiniano.

Del año 27 a.c. hasta el año 284 d.c. , se le conoció como diarquía o principado, y la organización política recae en el emperador y en el se nado de donde toma este régimen su nombre.

Comprendió desde César Augusto hasta Diocleciano .

Mientras que al período que abarcó de Diocleciano -quien reunió todos los poderes formal y realmente en manos del emperador- hasta la muerte de Justiniano (284 d.c. , al 565 d.c.) se le llamó Monarquía Absoluta, ya que todo el poder se concentró en el emperador.

Bajo el Imperio, en su primera etapa, cuando el proceso inquisitivo-empezó a reemplazar en gran número de casos a la acusación pública, cuando la Roma Imperial abandonó la justicia lega, dejando en manos de los magistrados toda la jurisdicción, volvió nuevamente a hacerse uso de la prisión preventiva, la cual tenía lugar bajo las modalidades siguientes; (in carcelum) se reservaba únicamente para crímenes graves y se cumplía en cárceles públicas; (militis traditio) con ésta, la custo-

dia del inculpado se confiaba a uno o a varios militares, por lo general ancianos, quienes se hacían responsables de aquél; y la (custodia libera), la cuál como ya se mencionó era utilizada en la República.

Esta medida se aplicaba conforme al criterio del magistrado, que in- tomaba en cuenta la gravedad de la acusación y la personalidad del delin- cuente.

En los casos de crímenes graves y de flagrante delito, no se podía de- tener al inculpado sino mediante orden emanada del magistrado o del -- Defensor de la Ciudad, lo que no sucedía en la República, en la que en- estos casos se aplicaban las medidas en forma rigurosa.

De esta manera, en los últimos tiempos del Imperio surgieron cam- bios, ya que abajo el principio de que la detención ni en los casos de -- crímenes graves debía ser una pena o un suplicio, pues no bastaba la -- simple presunción para reducir a prisión al imputado, sino que era indis- pensable contar con evidencias concretas.

La instrucción debía concluir en el plazo de un mes, si el inculpado- carecía de fiador no podía permanecer encarcelado más de un año.

Con la llegada del cristianismo, el orden de cosas hasta ese enton- ces imperante en materia de encarcelamientos y de regímenes de pri- sión sufrió un cambio poco menos que radical.

Bajo el principio de que la prisión preventiva no debía ser una pena y menos un suplicio, se suprimieron los instrumentos de tortura, se cre- an prisiones separadas para cada sexo, los jueces estaban obligados a- visitar a los detenidos, escuchar sus quejas e interrogarlos, los alcaí- des debían presentar todos los meses al juez un estado conteniendo el - género de acusación que pesaba sobre el individuo.

En otros aspectos, se procuró reducir el término de la prisión pre- ventiva, la cuál para los esclavos no debía exceder de veinte días trans- curridos los cuales debían ser remitidos a sus amos o si carecían de - ellos, podían ser vendidos.

Los hombres libres acusados de sedición eran juzgados inmediata- mente si no habían obtenido la libertad provisoria, y en un plazo de -- treinta días si se le imputaba un crimen castigado con pena capital. (3)

(3) Zavaleta, Arturo, La prisión preventiva y la libertad provisoria, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 19

Por lo anterior se puede decir que en los últimos tiempos del Imperio Romano, la prisión preventiva era la excepción, la libertad provisoria era de derecho, con excepción de los casos de flagrante delito o de crímenes que hubieren sido confesados. Las leyes protegían al inculpada y éstas se les conocía con el nombre de Lex Favia de Plagiarius y Lex de la Liberalis causa, que era una verdadera acción de recuperación de la libertad que el afectado intentaba a través de un assertor libertatis.

Así, tenemos que el imperio que Roma tuvo sobre el mundo fué netamente imperialista, por lo que para mantenerlo necesitó de una gran masa de ejércitos que en su mayoría eran mercenarios que una vez finalizada la guerra, regresaban a sus tierras a contar los grandes hechos que se daban en la ciudad, así como los atropellos que en ella se cometían, por lo que la gente le fué perdiendo el cariño a la gran urbe del mundo antiguo.

Por este tiempo, los bárbaros habían oído hablar de Roma, sintiendo gran curiosidad por conocerla, pero esa curiosidad, en principio sin ambición de rapina, al tener noticias de la decadencia del Imperio pronto se convirtió en apetito de dominio y de conquista, por lo que traspasaron las fronteras lanzandose sobre el ya decaído Imperio romano.

De este modo, Roma se vió obligada a sostener dos luchas, la interna contra sí misma, y la externa, contra los bárbaros lo que la debilitó aún más.

La lucha armada empezó a serle adversa pues sus hombres no contaban ya con unidad de acción ni con unidad de mando.

Pero una de las causas más fuertes del derrumbamiento del imperio fué la aparición del cristianismo, que llevaba consigo las ideas de igualdad, de deberes, de derechos y de aspiraciones. El motivo por el que el cristianismo influyó en el derrumbe del imperio se remonta al advenimiento de Constantino, uno de los emperadores sajones, quien se convirtió a la religión cristiana, introduciendo a la legislación romana la idea religiosa cristiana. (4)

Este emperador consigue detener un poco la decadencia del Imperio pero sus sucesores la precipitan y ven invadidas sus fronteras por los bárbaros como ya se mencionó antes, y a la muerte de Teodosio, estaba Roma dispuesta para la invasión y la ruina.

(4) Saavedra Lozano, Saúl y Eduardo Buenaventura, Derecho Romano, - Traducciones y apuntes, T.I., Ed. Centro, Bogotá, 1962, p. 28

B. Edad Media

En esta época, se utilizaron los sistemas acusatorios e inquisitorios, como medios de enjuiciamiento de los inculpados.

La acusatio, se derivó del derecho romano, y hasta fines del siglo XIV se le consideraba como un remedum ordinario, en este sistema acusatorio, los derechos del inculpado tenían cierta protección, dadas las características del sistema, en las que el acusador suscribía el castigo al demandado pero si éste, estaba privado de la libertad bajo custodia, - el acusador también debía compartir tal privación de libertad; estos -- principios se admitieron en la Edad media, pero intentando dar una suavización a la rigidez de este sistema.

En cuanto al sistema de la inquisición, éste fué el resultado de la interpretación de ciertas partes del derecho romano adaptado a la época, ya que a este sistema se le consideraba un remedum extraordinario, es decir, se le consideraba como un mal necesario, en las causas instruídas conforme a este sistema, los derechos del inculpado sólo eran objeto de una vaga formulación. (5)

A principios del siglo XIV, el sistema inquisitivo, únicamente tenía dos fines:

Primero: establecer la naturaleza y gravedad del delito;

Segundo: descubrir y aprehender al sospechoso de haberlo cometido.

En la Edad media, la justificación que se daba al sistema inquisitorio y a los abusos del juez, era en base a que se conceptuaba al delito como mal público y debido a que la justicia penal se encaminaba a responder a las exigencias de una mayor seguridad, por lo que se fijaron como meta que ningún delito quedara impune, conduciendo esto al abandono del sistema acusatorio, y en el siglo XV y XVI este sistema fue totalmente reemplazado por el sistema inquisitorio.

En esta etapa medieval, la detención y la prisión pierden su carácter de excepción, ya que en concordancia con el sistema, la captura se convierte en operación preliminar indispensable a fin de someter a tortura al inculpado y arrancarle una confesión. (6)

(5) Rodríguez y Rodríguez, J., La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado, UNAM, 1981, p. 20

(6) Gian Doménico Pisapia, cit. pos., Rodríguez y Rodríguez op. cit., p. 22

Diversos países, entre ellos Francia, adoptaron este sistema inquisitorio basado en la tortura y el secreto del procedimiento.

Asimismo, hubo países que no incorporaron esta práctica a sus sistemas legislativo. (7)

En general, las prácticas penales continuaron siendo bárbaras y - - crueles hasta fines del siglo XVIII con el pretexto de la prevención, la cual se llevaba a cabo a través de la intimidación y del castigo ejemplar, sin que cambiara esta situación hasta fines del siglo XVIII y principios del XIX.

C. Epoca Moderna

En esta época, algunos países ya observan cierta reglamentación para la detención y la prisión preventiva, entre los que se encuentran los siguientes:

1. Francia

En esta época, encontramos que es en Francia, en sus textos constitucionales y en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, - en donde la detención y la prisión preventiva tienen ya su reglamentación, ya se preveía en estas legislaciones que la detención procedería únicamente en los casos previstos en la ley y de conformidad a las formas prescritas en dichos ordenamientos. (8)

Entre los principios de la Declaración encontramos los siguientes: que ningún hombre sería arrestado, ni detenido sino en los casos determinados por la ley y según las formalidades procesales que ella prescriba; que los que soliciten, expidan o realicen órdenes arbitrarias, deben ser castigados; que todo ciudadano citado o aprehendido en virtud de la ley, debe obedecer al instante y se hace responsable en caso de resistencia; que la ley no debe establecer sino penas estrictas y evidentemente necesarias; que nadie debe ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada; que todo hombre debe presumirse que es inocente, hasta que haya

(7) España con su Derecho cartulario, la figura del Justicia Mayor, del Reino de Aragón, Inglaterra con su Magna Charta del 1215 y la Petition of rights de 1628.

(8) Burgoa nos dice que el contenido de los artículos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano son análogos al contenido de los artículos 19, 20, y 21 de la Constitución mexicana. Op. cit., p. 97

sido declarado culpable y que si es indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar a su persona, debe ser severamente reprimido por la ley. (9)

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano otorgaba el derecho a repeler, incluso por la fuerza, toda detención fuera de los casos y sin las formas previstas en la ley.

En esta etapa, Francia hace intentos por limitar la duración de la detención y la Constitución de 1791 y el proyecto de Constitución de 1793 - al igual que otros ordenamientos, permitían a la persona cuyo proceso no iniciara, diez días después de su detención, recurrir a la comisión-senatorial de la libertad individual, a fin de obtener su puesta en libertad.

Respecto a las legislaciones ordinarias penales, en el Código Francés de Instrucción Penal de 1808, se toma a estas figuras como un estado de derecho cuya apreciación y oportunidad quedaban a discreción del juez de instrucción. Solo los delincuentes primarios tenían derecho a la libertad provisional, inclusive subordinada al pago de una caución.

La ley del 14 de Julio de 1865 de Francia, establecía que la libertad provisional podía obtenerse, primero: cinco días después del primer interrogatorio con la condición de que la pena señalada al delito imputado fuera inferior a dos años de prisión y que el inculcado tuviera domicilio cierto y no hubiera sido condenado anteriormente; y segundo: el inculcado en todo caso y en cualquier momento podía solicitar la libertad provisional, la cual podía otorgar el juez aún sin exigir caución.

La ley del 7 de febrero de 1933 del país anteriormente mencionado imponía la obligación al juez de instrucción, de renovar cada quince días todos aquellos mandamientos que implicasen la detención, mientras que la Ley del 25 de Marzo de 1935, del mismo país, intenta suavizar este mecanismo, pero fundamentalmente se volvió al sistema anterior.

En el Código Francés de Procedimientos Penales de 1957, se introducen dos innovaciones, por un lado, se les dá a la detención y a la prisión preventiva el carácter de medidas excepcionales, y por el otro, el término máximo es de cuatro meses, no pudiendo exceder de ese término, excepto que fuese prolongada por medio de una ordenanza especialmente motivada, así lo establecía el artículo 137 de este ordenamiento.

(9) González Bustamente, J. J., Principios de Derecho Procesal Mexicano, p. 15, 4a. ed., México, Porrúa, 1975.

El artículo 138 de la ley ya citada, limitaba a cinco días la detención para ciertos delitos y bajo ciertas condiciones que el inculcado debía de satisfacer, mientras que el artículo 274 fijaba tratativas para la imposición de la detención, pero no había una disposición especial que decretara los elementos constitutivos de estas medidas, ni se establecía señalamiento alguno que obligara al juez de instrucción a motivar la decisión a través de la cual decretaba la encarcelación del inculcado.

La obligación de motivar ciertas decisiones, más bien se requería cuando se trataba de solicitudes de puesta en libertad o en relación a la prolongación de la detención.

2. España

Con la creación de fueros especiales, en España, se crean problemas en su sistema legal, por lo que el respeto a la libertad personal era confusión y abusos.

Con la Constitución de Cádiz de 1812 y la Constitución de 1876, la detención se limitaba a los delitos sancionados con pena corporal y a los casos expresamente previstos en la ley, ambas, la condicionaron a la expedición de un mandato escrito por parte de la autoridad judicial, el cual según la primera, debía ser notificado al inculcado en el momento mismo de la detención. Art. 287 "Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley, ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión. (10)

Ambas constituciones señalaban como plazo para poner al imputado en libertad o a disposición del juez competente las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención.

La Constitución de 1812, requería de un auto motivado en caso de confirmación de la detención y la Constitución de 1876 fijaba un término de setenta y dos horas para decidir, bien la puesta en libertad del detenido, o la confirmación de la detención, en ese plazo, el interesado debía ser notificado de la decisión respectiva, asimismo, establecía que toda persona detenida sin las formalidades legales o fuera de los casos previstos en la Constitución y en las leyes, debía ser puesta en libertad a petición suya o de cualquier otra persona.

(10) Colón Sánchez, G., Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, México, 4a. ed., México, Porrúa, 1977, p. 43

D. México

México, durante el transcurso de su historia ha tenido diversas concepciones acerca de las figuras de la detención y la prisión preventiva, regulándolas en diferentes formas en atención a la evolución que éstas han tenido en las diferentes épocas que ha tenido el derecho mexicano.

1. México Prehispánico

Dentro del derecho prehispánico, encontramos que se recluía en la cárcel a los inculpados, se sometía a prisión a los condenados a muerte así como a los prisioneros de guerra pero esta prisión no se imponía como un castigo.

En el pueblo azteca, las prisiones eran estrechas, oscuras, con mala alimentación para los reos, es decir, se encontraban en misérrimas condiciones, cabría hacer la observación de que esta situación no ha mejorado mucho en nuestro país, pues actualmente en diversas partes de la República las condiciones de los establecimientos y de los reclusos son casi las mismas que en esa época.

A la Quauhcalli, se destinaban los presuntos responsables de delitos graves; la petlalcalli se reservaba a los inculpados de infracciones leves; mientras que al lugar donde se destinaban los acusados deudas se le denominaba teilpiloyan. (11)

Los nobles cumplían la detención en su domicilio, y la persecución de ciertos delitos se llevaba a cabo de oficio, es decir aunque no mediara acusación, bastando el simple rumor público para proceder a la indagación, los encargados de llevar a cabo el arresto eran los calpultques; los acusados de delitos graves eran sentenciados inmediatamente después de la rendición de pruebas, las cuales podían ser, testimonios, confesión, o los indicios a través de los cuales se buscaba establecer la verdad.

Solo en caso de adulterio se podía recurrir a la tortura, y ello sólo si existían graves sospechas o por evidencias concretas de que se había cometido algún otro delito. (12)

(11) Rodríguez y Rodríguez, J. La detención preventiva y los Derechos humanos en Derecho Comparado, p. 29, Porrúa, 1981

(12) Colín Sánchez, G., op. cit., p. 22

En el proceso penal azteca, las partes podían hacer su defensa propia, de acuerdo al Códice matritense y por la narración de los historiadores, se afirma que dichas partes podían ser auxiliados por patronos (tepantlatoni), o por representantes (tlanemiliani); cada ochenta días - los jueces del reino, bajo la presidencia del monarca, se reunían en audiencia suprema (nappoal-latol-li) o tribunal de los ochenta días, el cual debía decidir especialmente sobre los delitos graves durante cada sesión que se prolongaba de 10 a 12 días.

Los texcocanos presentaban semejanzas en su procedimiento penal - con el del pueblo azteca; los jueces ordinarios tenían poderes restringidos, sin embargo podían detener preventivamente a los delincuentes, debiendo informar de ello a los jueces superiores, o bien, turnar los asuntos para su decisión a la nappoal-latol-li.

En Michoacán, con los tarascos, el encarcelamiento preventivo se daba con mayor frecuencia que en otras partes, los jueces locales practicaban la investigación de los delitos; existía un tribunal penal supremo (petlamuti), sin embargo, los casos más graves eran turnados al rey para su decisión.

2. México Colonial

Durante la época de la colonia, la cárcel se reservaba únicamente para los delincuentes sentenciados a muerte y se consideraba innecesaria para los demás detenidos, ya que en esta época consideraban que no era posible sustraerse a la acción de la justicia. (13)

Colín Sánchez señala que en esta etapa, los caciques realizaban -- las aprehensiones y ejercían jurisdicción criminal en sus pueblos, excepto en las causas reservadas para su resolución, a las audiencias y gobernadores. (14)

Durante la colonia y debido al desarrollo de la vida en diversos ordenes, se adoptaron medidas encaminadas a frenar toda conducta - que lesionara la estabilidad social y los intereses de la corona española y para ello se crearon distintos tribunales que pretendieron encauzar la conducta de indios y españoles. La impunidad y la falta de garantías para la vida, provocaba alarma general, por lo que con la fundación real de esos tribunales, se tenía una esperanza de paz y de-

(13) Rodríguez y Rodríguez, J., op. cit., p. 31

(14) Op. cit., p. 26

bienestar social. Entre esos tribunales se encontraban, el Tribunal del Santo Oficio, al cual se le utilizó como un gran instrumento policíaco -- en contra de la herejía, los alguaciles, realizaban las aprehensiones y los alcaldes tenían bajo su responsabilidad el cuidado de las cárceles y por lo tanto de los reos, se suprimió este tribunal, el 22 de febrero de 1813, por las cortes de Cádiz, pero el 21 de enero de 1814 Fernando -- VII, lo estableció nuevamente, y fue hasta el 21 de junio de 1820 cuando se suprimió definitivamente.

En este tribunal se le recibía al acusado tres declaraciones ordinarias sucesivamente, desde su ingreso a la prisión y en todas ellas, se le exhortaba a que dijera la verdad, advirtiéndole que si confesaba, la penitencia sería más suave. (15)

Otro tribunal lo constituyó la Audiencia, cuyas funciones eran resolver problemas policíacos y asuntos de administración de justicia.

Para los historiadores, esta etapa fue de nulas garantías para las personas.

En 1710 se formó el Tribunal de la Acordada, y sus fines principales eran prevenir y perseguir los delitos, perseguían principalmente salteadores de caminos, este tribunal no tenía una sede fija, seguían un juicio sumarísimo, pronunciaban sentencia y la ejecutaban, si decretaba pena -- de muerte exhibían el cadáver con el fin de intimidar a los delincuentes, pero sin embargo no fue una medida efectiva que previniera los delitos.

En la prisión de la Acordada, los procedimientos la convertían en escuela del crimen, y quienes lograban obtener su libertad volvían a delinquir, practicando las enseñanzas adquiridas y los medios para burlar la ley. (16) Fue abolido en 1812 por la Constitución española.

La situación que se observaba en las prisiones de ese entonces continúa imperando en estos tiempos, ya que las cárceles en lugar de rehabilitar al individuo lo adiestra para la realización de nuevos delitos.

En la época de la colonia regía el enjuiciamiento inquisitivo, el procedimiento penal se caracterizaba por una falta absoluta de garantías para el acusado; las prisiones indefinidas, las incomunicaciones rigurosas que se prolongaban para arrancar la confesión al acusado, las marcas, -

(15) González Bustamante, J. J., Principios de Derecho Procesal Mexicano, p. 13, Porrúa, 1967

(16) Colín Sánchez, G. op. cit., p. 33

los azotes, el tormento y todo medio que degradara la condición humana, asimismo, se hacía uso de medios de coerción, a mediados del siglo XIX, los procesos llamados sumarios eran tardíos y duraban años, lo que provocaba molestias incalculables para quienes quedaban sujetos a la prisión preventiva y al final de la instancia eran absueltos, quedando el inculcado en una situación incierta, con la amenaza de ser detenido nuevamente. (17)

3. México independiente

Los textos constitucionales elaborados y vigentes hasta antes de la Constitución de 1917, contenían entre sus disposiciones, algunas referentes a la detención y a la prisión preventiva, así encontramos entre dichos textos, las siguientes constituciones:

a) Constitución de 1824

En lo relativo a las condiciones de fondo y de forma que el juez debía observar para decretar o no la detención, se señalaba para el caso de las primeras, que el delito fuera grave, trascendente, que hubiera indicios suficientes de culpabilidad, así como que existiera peligro de fuga; mientras que para las condiciones de forma, se requería la existencia de mandato escrito y motivado de autoridad competente, que debía notificarse al inculcado. Esta disposición la contemplaba la Constitución de 1824 en su artículo 150.

Art. 150 "Nadie podrá ser detenido sin que haya semi-plena prueba o indicio de que es delincuente.

También establecía esta constitución que la situación de un detenido únicamente por indicios no excediera de 60 horas.

Art. 151 "Ninguno será detenido por indicios más de sesenta horas"

De la misma manera, la Constitución de 1824, prohibía cualquier clase de tormento y la obtención de confesiones mediante coacción o violencia, y así lo señalaba en su artículo 149.

Art. 149 "Ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormento sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso.

b) Leyes Constitucionales de 1836

Entre las disposiciones que contenfa esta Constitución, se encuentran aquella que limita la aplicación de la detención y la prisión preventiva a los delitos sancionados con pena corporal, así lo señala la Ley Quinta en su artículo 43 fracción primera.

Art. 43 para proceder a la prisión se requiere:

- I. Que proceda información sumaria, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes sea castigado con pena corporal.

Asimismo, la Ley primera, en su artículo 2 fracción segunda limita la detención.

Art. 2 "Son derechos del mexicano"

- II. "No podrá ser detenido más de tres días sin -- proveer auto motivado de prisión"

Al igual que la Constitución de 1824, las Leyes Constitucionales de 1836 establecían para las condiciones de fondo y de forma, ciertos requisitos en sus artículos 2 fracción I de la Ley primera y 41 y 43 fracción II de la Ley Quinta. (18)

Estas leyes constitucionales establecían los derechos del encausado en los artículos 47 y 48 de la Ley Quinta. (19)

(18) Art. 2 "Son derechos del mexicano"

I. No podrá ser preso, sino por mandamiento de juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido sino por disposición de las autoridades a quienes corresponda según ley. Exceptúase el caso de delito infraganti, en el que cualquiera puede ser aprehendido, y cualquiera puede aprehenderle, presentándole desde luego a su juez o a otra autoridad pública.

Art. 41 "El mandamiento escrito y firmado del juez, que debe preceder a la prisión, según el párrafo primero del artículo segundo de la primera ley constitucional, se hará saber al interesado; éste y todos deberán obedecer, cumplir y auxiliar estos mandamientos, y cualquier resistencia o arbitrio, para embarazarlos o eludirlos, son delitos graves que deberán castigarse según las circunstancias.

Mientras que la prohibición a cualquier clase de tormento la prohibía la Ley Quinta en su artículo 49. (20)

En relación a la Constitución de 1824, se observa que la constitución citada no señalaba que la detención y la prisión preventiva se aplicaría a los delitos sancionados con pena corporal, pero también presentaba similitudes como la relativa a las condiciones de fondo y de forma, que ambas exigían, así como la prohibición de violencia y de tormentos para obtener confesiones.

Art. 43 "Para proceder a la prisión se requiere"

II. Que resulte también algún indicio o motivo suficiente para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal.

(19) Art. 47 "Durante los tres días en que se verifique la prisión o detención se tomará al presunto reo su declaración preparatoria; y en este acto se le manifestará la causa de este procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere; y tanto esta primera declaración como las demás que se ofrezcan en la causa, serán recibidas sin juramento del procesado, por lo que respecta a sus hechos propios. (Ley Quinta)

Art. 48 "En la confesión, y al tiempo de hacerse al reo los cargos correspondientes deberá instruírsele de los documentos, testigos y demás datos que obren en su contra y desde este acto el proceso continuará sin reserva del mismo reo. (Ley Quinta)

(20) Art. 49 "Jamás podrá usarse del tormento para la averiguación de ningún género de delito. (Ley Quinta)

c) Bases Orgánicas de 1843

En lo que respecta a las condiciones de fondo y de forma para la detención y la prisión preventiva, las bases orgánicas de 1843 las contemplaban en su artículo 9 fracciones V y VI. (21)

De igual manera que las anteriores constituciones, las Bases Orgánicas, prohibían cualquier clase de tormento para obtener confesiones. (22)

(21) Art. 9 "Derechos de los habitantes de la República"

V. A ninguno se aprehenderá sino por mandato de algún funcionario a quien la Ley de autoridad para ello; excepto el caso de delito infraganti, en que puede hacerlo cualquiera del pueblo, poniendo al aprehendido inmediatamente en custodia a disposición del juez.

VI. Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y solo cuando obren contra él indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se sigue. Si los indicios se corroboran legalmente, de modo que presten mérito para creer que el detenido cometió el hecho criminal, podrá decretarse la prisión. (Bases Orgánicas)

(22) Art. 9 "Derechos.....República"

X. Ninguno podrá ser estrechado por clase alguna de apremio o coacción a la confesión del hecho porque se le juzga. (Bases Orgánicas)

Por otra parte, las Bases Orgánicas de 1843, restringían la detención de la persona por autoridad política, a treinta horas, y para los jueces, el término de cinco días para declararlo preso, en el artículo 9 fracción VII. (23)

Estas Bases Orgánicas en relación a las anteriores constituciones, presenta semejanzas en lo relativo a las condiciones de fondo y de forma, pero también hay diferencias como las que se refieren a los términos para la detención.

(23) Art. 9 "Derechos de los habitantes de la República"

VII. Ninguno será detenido más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero, ni éste lo tendrá en su poder más de cinco sin declararlo bien preso. Si el mismo juez hubiere verificado la aprehensión, o hubiere recibido al reo antes de cumplirse tres días de su detención, dentro de aquel término se dará el auto de bien preso, de modo que no resulte detenido más de ocho. El simple lapso de estos términos hace arbitraria la detención, y responsable a la autoridad que la consienta, y a la superior que deje sin castigo este delito.--
(Bases Orgánicas)

d) Constitución de 1857

En esta constitución, también se le limita la aplicación de la detención y de la prisión preventiva a los delitos sancionados con pena corporal, y así lo estableció en su artículo 18. (24)

Pero la Constitución de 1857, aparte de vincular la detención y la prisión preventiva a la sanción corporal, no estableció ningún requisito para dictar un mandato de detención, por lo que dicha fijación recayó en las leyes ordinarias, y fue el Código de procedimientos penales de México, del año de 1880, el que estableció que nadie podría ser detenido sino por autoridad y en virtud de una orden escrita y dictada por ella, asimismo, el artículo 246 de la ley anteriormente citada, señalaba quienes eran las autoridades competentes para realizar las aprehensiones y para librar la orden de detención.

Los derechos del encauzado, los estableció la Constitución de 1857, en su artículo 20 fracción I a V. (25)

(24) Art. 18 "Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le pueda imponer tal pena, se le pondrá en libertad bajo fianza, en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios o de cualquier otra ministración de dinero.

(25) Art. 20 "En todo juicio criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías"

I. Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador si lo hubiera.

II. Que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas contadas desde que está a disposición de su juez.

III. Que se le caree con los testigos que depongan en su contra.

IV. Que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso; para preparar su defensa.

V. Que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de defensores de oficio, para que elija el que, o los que le convengan.

Mientras que la prohibición a cualquier clase de tormento, esta constitución la prohibía en sus artículos 19 y 22 constitucionales. (26)

Este texto constitucional, en relación a las anteriores, presenta gran diferencia, ya que no plasmó en él las condiciones de fondo y de forma requeridas para aplicar la detención y la prisión preventiva, pero si estableció los derechos del imputado y la prohibición de tormentos y malos tratos.

e) Constitución de 1917

Así, con la influencia de las anteriores constituciones llegamos a -- nuestra constitución actual, misma que se encarga de elaborar, ya con una mayor claridad y precisión, las disposiciones relativas a la detención y a la prisión preventiva, y entre los artículos relacionados con las figuras en estudio tenemos que el artículo 16 de esta constitución establece las condiciones de procedencia para la detención de una persona, y nos señala que se requiere de un mandamiento escrito fundado y motivado.

En el mismo artículo 16 y en el 19 constitucionales, se establecen -- las condiciones de fondo y de forma para la procedencia de aprehensión, o bien para la expedición del auto de formal prisión que da origen a la prisión preventiva.

Asimismo, el artículo 19 del mismo ordenamiento, prohíbe todo -- maltrato en la aprehensión o en las prisiones.

Por otra parte, el artículo 18 constitucional establece que sólo ha-- brá lugar a la prisión preventiva por delito sancionado con pena corporal, y por otro lado prescribe que el lugar de cumplimiento de dicha prisión debe ser distinto al de los sentenciados.

(26) Art. 19 "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de ese término constituye responsables a la autoridad que la ordena o consiente y a los agentes ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten. Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda gabela o contribución en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes, y castigar severamente las autoridades.

Mientras que por su parte, el artículo 20 constitucional establece las garantías del inculcado, entre ellas en su fracción VIII establece algo - que las constituciones anteriores no señalaban, como es el que los procesos no debían exceder de cuatro meses en el caso de delitos sancionados con pena no mayor a dos años de prisión, y antes de un año para los casos en que la pena de prisión exceda de ese término.

Mientras que el segundo párrafo de la fracción X de este mismo artículo, establece que no podrá prolongarse la prisión por más tiempo - del que como máximo fije la ley para el delito que motiva el proceso.

Igualmente, el tercer párrafo de la fracción X ordena que a toda pena de prisión se compute el tiempo de la detención, incluyéndose desde luego, aunque no lo menciona, el de la prisión preventiva.

También, la Constitución en su artículo 22 prohíbe cualquier tormento o violencia.

Mientras que la prohibición por deudas de carácter civil, las prohíbe el artículo 17 constitucional.

El artículo 38 fracción II suspende los derechos de la persona sujeta a proceso.

Por su parte, la constitución, en el artículo 107 fracción XVIII establece las responsabilidades para las autoridades en el incumplimiento de ciertas disposiciones relativas a la detención y a la prisión preventiva.

Por lo anteriormente expuesto en estas referencias históricas, se puede observar que tanto la detención como la prisión preventiva, han evolucionado a través del tiempo en una forma que de ninguna manera ha sido siempre progresiva, sino que en ocasiones ha tenido una franca regresión, por ello, la doctrina ha interpretado de diversas formas los propósitos que se persiguen a través de estas figuras.

Pero el criterio generalizado, como lo observamos en nuestra constitución actual, ha sido tratar de otorgar, en mayor o menor grado, -- garantías y seguridad a la libertad física de la persona.

CAPITULO II

COMPARACION DE LA DETENCION Y LA PRISION PREVENTIVA EN DIVERSOS PAISES

A. América

1. Argentina
2. Venezuela

B. Europa

1. Alemania
2. Francia

C. Principios Constitucionales

A. América

En América, especialmente en hispanoamérica, por diversos factores, la protección y el respeto a la libertad personal se da de una manera precaria o es inexistente.

Entre las causas que originan dicha situación se podría citar a la agitada vida política prevaleciente en estas latitudes, en las que no son raros los golpes de Estado, o el constante uso del recurso de declarar estado de emergencia.

En América, por lo general, hay un distanciamiento entre la norma y la práctica, una separación entre norma y realidad, por lo que los derechos del ser humano son difíciles de proteger en la fase de inculpación.

De esta manera, encontramos que estos países hispanoamericanos que estudiaremos, no cuentan con una legislación específica que regule los diferentes aspectos de la detención y la prisión preventiva, en lo que se refiere a las condiciones de fondo, o bien las existentes son irregulares o defectuosas, incluso anacrónicas.

Estos países, adoptan el sistema indirecto para determinar la procedencia de la detención y la prisión preventiva, en el cual, esta medida es obligatoria en aquellos casos en que el delito es sancionado con pena corporal, admitiendo la excarcelación o libertad provisional del inculpado, con o sin fianza, cuando cierto límite de la pena, unas veces fijado en concreto y otras en abstracto, no sea rebasado.

Por lo que con este sistema, no hay diferencia entre delitos leves y delitos graves, sino que es necesario que el delito se sancione con pena privativa de la libertad para que proceda la detención del inculpado. (1)

Para las condiciones de forma, fuera de los casos de flagrante delito y de urgencia, que son una derogación al principio de exclusividad, la autoridad judicial puede decretar la detención.

(1) El sistema directo, autoriza la detención en los casos de delitos cuya pena máxima rebasa el límite marcado por la ley sustantiva como excluyente de su aplicación. El sistema indirecto, como ya se dijo, se aplica a delitos sancionados con pena privativa de libertad.

Respecto de estas excepciones, el Derecho interno de los países en cuestión, permiten que en estos casos, cualquier persona puede aprehender sin mandato judicial a la persona que sea sorprendida en el momento de cometer una infracción penal o que acabe de cometerlo, pero con la obligación de ponerla inmediatamente a disposición de la autoridad judicial o de autoridad competente.

De lo anterior se desprende que existe la posibilidad de que se cometa algún error deteniendo a alguna persona creyendo que comete delito y que éste realmente no lo sea.

Mientras que algunos países limitan la posibilidad de aprehender a quien comete una infracción penal a los casos de flagrante delito, otros lo amplían y autorizan la aprehensión del inculcado cuando ésta es o parece ser urgente.

1. Argentina

La legislación argentina no contiene ninguna disposición en lo que se refiere a las condiciones de fondo para la procedencia de la detención y la prisión preventiva.

De esta manera, la detención, se autoriza por leve que sea el delito y no hay una uniformidad en la legislación en lo tocante a que la prisión preventiva pueda decretarse por delitos que no ameriten pena privativa de libertad, mientras que la legislación federal guarda silencio al respecto.

Ocasionalmente la legislación orgánica de este país en estudio, de manera indirecta o de forma dispersa, contempla las exigencias materiales de procedencia de la detención y de la prisión preventiva. (2)

De conformidad a lo establecido en el art. 2 del Código de Procedimientos Penales de Argentina, respecto a la causa de probable responsabilidad, ninguna persona podrá ser detenida preventivamente sino en caso de que en su contra exista semiplena prueba de delitos o indicios vehementes de culpabilidad.

Los artículos 364 y 366 del código anteriormente mencionado, previenen, el primero, que la detención será facultativa cuando ocurra un hecho que presente los caracteres de delito o lo haga presumible y no fuese posible desde el principio, individualizar cuando menos por sospe-

(2) Soler S. y Marquart H., Revista de la Comisión Internacional de juristas, 1961, Vol. III, p. 28, cit. pos. Rodríguez y Rodríguez, J., op. cit., p. 37

chas o indicios indirectos al autor del mismo; el segundo artículo establece que, la detención procede primero: si la existencia de un delito se comprueba, al menos por semiplena prueba; segundo; si ha recibido la declaración indagatoria del detenido o si éste se ha negado a declarar una vez que se le ha hecho saber la causa de su detención; y tercero; si hay indicios suficientes para creerlo responsable de hecho.

La legislación argentina, prevé en su artículo 376 del Código Argentino de Procedimientos Penales, como motivos de detención; los riesgos de fuga y de colusión, también contempla la situación de que una persona no detenida y que tema serio, puede pedir al juez por sí mismo o a través de otra persona, se le exima de prisión, debiendo entonces el juez, calificar el delito imputado y verificar si las condiciones que autorizan la excarcelación, se presentan, así como si no existen razones de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia o entorpezca las investigaciones, si se dan estas condiciones, el juez otorgará la exoneración de encarcelamiento bajo caución.

En lo relacionado a la gravedad del delito imputado, se advierte en forma más clara el sistema indirecto que determina las condiciones de procedencia de la detención y de la prisión preventiva. Se admite la excarcelación durante la etapa preparatoria del procedimiento sumario, en el caso de que la prisión preventiva, sea por delito cuya pena privativa de la libertad no exceda de ocho años como máximo y de dos años como mínimo, así lo establece el Código de Procedimientos Penales de dicho país, en su artículo 379.

El artículo 380 del mismo ordenamiento, no autoriza la excarcelación del inculcado, cuando por sus características personales, o por el carácter del delito, este privilegio sea un inconveniente a causa de la peligrosidad del inculcado o a la gravedad y repercusión social del hecho.

El Código Orgánico argentino se promulgó en 1888 y fué una copia de la Ley española de enjuiciamiento criminal de 1872, pero al emitir el código argentino, esta ley española ya no estaba en vigor, pues se había sustituido por el nuevo Código de enjuiciamiento criminal de 1892.

En lo que se refiere a las condiciones de forma, como ya se mencionó anteriormente, la legislación argentina no contiene ninguna disposición en concreto, por lo que cualquier autoridad puede decretar la detención.

Las excepciones a la detención, que se puede realizar sin mandato judicial, lo es la flagrancia, la cual no siempre es aceptada en -

la misma forma, así, el artículo 5 del Código Federal de Procedimientos Penales de Argentina, únicamente la permite cuando el aprehensor haya presenciado la comisión del delito, prestando dicho aprehensor, ante la autoridad respectiva, juramento de haber visto al detenido realizar el delito.

Con frecuencia, la policía detiene con motivo de la comisión de un delito, por lo que si cualquier persona está facultada para detener en caso de flagrante delito, para la policía es una obligación proceder a detener al sospechoso, lo mismo que en el caso de sospecha de que se puede cometer delito en contra de alguna persona determinada, así lo dispone el artículo 14 del Código de Procedimientos Penales de Argentina.

Existe la obligación de poner al detenido en un plazo breve, a disposición de la autoridad, por lo que en esta legislación argentina, se utilizan los términos de "inmediatamente" o "en las primeras horas hábiles del despacho del juez", así lo disponen los artículos 4 y 370 del Código de Procedimientos Penales de dicho país.

El artículo 367 del Código Federal de Procedimientos Penales Argentino, obliga a motivar la decisión que ordena la detención, haciendo constar la detención en autos por resolución del juez de instrucción, estableciendo las causas que motivan la prisión, pero la práctica de no fundar la orden de detención, denominada orden de prisión, obliga a que la legislación argentina tenga que describir minuciosamente la forma en que tales órdenes deben de dictarse.

2. Venezuela

Venezuela también enfrenta los problemas que la detención y la prisión preventiva provocan, no únicamente por el abuso y la duración de estas prácticas, sino también debido a que su proceso penal presenta irregularidades y deficiencias, lo que desde luego, no es exclusivo de este país.

En este país, la detención se da hasta por motivos no autorizados en la ley sustantiva, o por otros que aunque si están previstos, no ameritan pena corporal. (3)

Por otra parte, el señalamiento de los términos judiciales no evitan los largos procesos, las autoridades judiciales y policíacas no se preocupan por comunicar al inculpado los cargos que se le imputan, se afirma que no sólo no se les comunica inmediatamente, sino que -

(3) Rodríguez y Rodríguez, J., op. cit., p. 40

incluso cuando este inculpado tiene ya largo tiempo en reclusión, por lo que con ello se niega el derecho a la defensa que la constitución le confiere. Esto sin tomar en cuenta que en muchas ocasiones después de una detención y de una prisión preventiva excesiva y sin conocer -- las acusaciones en su contra, llegue a ser declarado inocente. (4)

De esta manera, en infinidad de casos de acusados por delitos con penalidad mínima, el imputado permanece detenido mucho más tiempo del que como sanción máxima se le impondría en base a la penalidad que establece la ley al delito que se le imputa.

Rodríguez y Rodríguez, nos dice que la legislación venezolana, en lo que respecta a la libertad provisional es obsoleta y defectuosa, -- pues no ha tenido cambios desde el siglo pasado. (5)

El Habeas corpus constitucional, es el recurso contra las detenciones ilegales o arbitrarias y también ha recibido críticas, se encuentra establecida en la Ley Venezolana Reglamentaria del amparo, en su -- art. 49.

El artículo 60 inciso 1 de la constitución venezolana, establece -- que el proceso sumario, no podrá prolongarse más allá del límite máximo legalmente establecido. Pero en la práctica, ni aquí ni en cualquier otro país se respetan los términos que la constitución prevee, -- y los plazos son fijaciones formales que no evitan que se prolongue el proceso exagerado e indefinidamente.

El artículo 68 de la constitución venezolana consagra el derecho a la defensa como inviolable en todo grado y estado del proceso.

El criterio generalizado, sostiene que en este país, el inculpado no tiene derecho a ser asistido por un defensor sino hasta el acto de la declaración indagatoria, por lo que es inconstitucional la negativa del funcionario judicial o del tribunal, para que el inculpado tenga -- los servicios de un abogado.

El Código penal venezolano en su artículo 39, prescribe que se tomará en cuenta la detención y la prisión preventiva del inculpado durante el juicio, para los efectos que establece el artículo 40 del mis

(4) Chiossone, Tulio, Límites legales a la privación de la libertad. Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas, 1972, cit. pos. Rodríguez y Rodríguez p. 40

(5) Rodríguez y Rodríguez, J., op. cit., p. 40

mo ordenamiento, que se refiere al cómputo en favor del sentenciado, de la detención transcurrida.

B. Europa

Actualmente, el problema de la detención y la prisión preventiva no se circunscribe exclusivamente a que en la práctica se ha abusado de estas medidas, sino que también contribuye a esta situación el estado de incoherencia y anarquía que en su conjunto tiene las legislaciones -- existentes al respecto, tal problema se presenta no sólo en un país, si no en numerosas naciones, a ello se debe que las protestas y críticas -- respecto al régimen de aplicación de estas figuras procede de numerosos países así como de diversos sectores.

Los siguientes países europeos que estudiaremos, han sido en diferentes ocasiones, impugnados tanto por la doctrina como por legisladores, funcionarios, autoridades judiciales, autoridades policíacas, etc.

En Europa, en lo que se refiere a las condiciones de fondo, se han disminuído las diferencias existentes entre el sistema jurídico francés y el sistema germano-escandinavo, que consistía en que el primero, - el juez era libre de ordenar la detención y la prisión preventiva cada vez que la considerara necesaria, mientras que en el segundo, el poder discrecional del juez estuvo limitado por la enumeración de los -- criterios específicos que permitían la aplicación de la detención, esta diferencia se suprimió al realizar el legislador francés una enumeración limitativa de los motivos de detención en el texto mismo de la -- ley, con lo cual se reemplazó el principio de la oportunidad de la de-- tención.

El Derecho Positivo Europeo reconoce tres tipos de condiciones - materiales o de fondo, ya sea en forma expresa o implícita, para la - procedencia de la detención y la prisión preventiva.

Primero: una causa de probable culpabilidad por parte del inculpa- do.

Segundo: uno o varios motivos que hagan necesaria la aplicación de estas medidas.

Tercero: cierta gravedad del delito.

En términos generales, para el primer punto, la causa de probable culpabilidad, la detención no puede ser ordenada sino cuando existan - grandes posibilidades de que el inculcado haya cometido efectivamente la infracción penal que se le imputa, y que en consecuencia, esta per- sona será condenada.

Debido a que el desencadenamiento de todo proceso contra una per- sona determinada, debe fundarse en una acusación o sospecha que haga

probable la culpabilidad de dicha persona, la detención será frecuentemente sometida a reglas generales relativas a la apertura del procedimiento penal, por lo que las condiciones que fundan la detención son tomadas en cuenta, en la medida en que presenten una cierta gravedad.

Respecto al segundo punto, los motivos que justifican la detención, en Europa se reconocen tres motivos para poder aplicar la detención o la prisión preventiva.

1. Riesgo de fuga
2. " " colusión
3. " " reiteración de la infracción.

Respecto a los dos primeros motivos, los diferentes países tienen -- ciertas discrepancias, como la relativa a la intensidad de la presunción de fuga, la gravedad del delito y al lugar de residencia del inculcado, -- mientras que son afines en lo que se refiere al riesgo de reiteración de la infracción.

Mientras que para el tercer punto; es decir, la gravedad del delito -- imputado, algunos países limitan o suprimen el permiso para la detención o la prisión preventiva, si la persona señalada al delito de que se trate no excede de un mínimo determinado.

En lo relativo a las condiciones de forma, la más importante es la -- que prescribe que la detención debe ser necesariamente ordenada por es crito y por autoridad judicial.

Se da gran importancia, en los países con régimen civil, a la intervención de un juez en la decisión de la detención.

Por otra parte, esta intervención de funcionarios judiciales en la indagación preliminar, no es regla general, como tampoco lo es la comp tencia que se confiere en algunos países a otros órganos como el Minis terio Público, la policía, etc., para decidir la detención.

El poder de decisión, exclusivo del juez, no significa intervención judicial desde la fase de la detención del inculcado, por lo que hay otros órganos en algunos casos.

En lo que se refiere a las excepciones; flagrante delito y caso de ur gencia, las legislaciones europeas permiten detener a la persona que -- esté cometiendo un delito o que ya lo haya cometido, pero con la obligación de remitir inmediatamente al detenido ante una autoridad competen te.

De lo anteriormente expuesto, se puede desprender que las reformas dadas en los países europeos, respecto de las figuras en estudio, tienen dos preocupaciones fundamentales, por un lado, con las reformas cristalizan las tendencias a reemplazar de una manera general la detención y la prisión preventiva por otras medidas sustitutivas, ya no tan radicales, graves o trascendentales para la libertad del ser humano, y por otro, las legislaciones de estos países establecen la aplicación de estas medidas sólo cuando se considere absolutamente necesario, restringiendo al mínimo los casos de procedencia, limitando su duración y aplicación, y sometiénolas a un riguroso mecanismo de control, y para el caso de la detención injusta o abusiva, ciertos países establecen la indemnización.

Con esto, se pretende que este mal necesario, como muchos lo llaman, y que frecuentemente causa perjuicios en algunas ocasiones irreversibles, se convierta en una medida que no se utilice en forma sistemática, sino como excepción, y que aún en este caso, si su imposición resulta injusta o excesiva, el error o el atropello, no quede sin reparación.

Como Carrara dice: "las cautelas con las cuales la ley provee a restringir las custodias preventivas, son el criterio sobre el cual debe juzgarse el grado de respeto acordado a la libertad de un pueblo (6)

1. Alemania

En Alemania, a la detención y a la prisión preventiva se le considera como un capítulo sombrío dentro del derecho penal alemán, reprochándosele la rapidez, ligereza, frecuencia y excesiva prolongación con que se aplicaban estas medidas, en muchas ocasiones de manera injustificada y excesiva. (7)

Debido a los resultados negativos, que por la aplicación de estas figuras se ocasiona a las personas y también debido a las críticas y protestas, se han presentado leyes y proyectos tendientes a mejorar estas medidas y su puesta en práctica.

Así, tenemos que la ley alemana del 19 de julio de 1964, modificó el

-
- (6) Carrara, Programa del curso de derecho criminal, dictado en la Real Universidad de Pisa, Ed. de Palma, parte general V. II, 1944, cit. por., Rodríguez y Rodríguez., op. cit., p. 45
- (7) Grebing Gerhardt, "Les problemes de la detention preventive en Rep. Fed. Allemagne", París, Nouvelle Serie, Oct-Dic. # 4, 1945, p. 58, cit. pos. Rodríguez y Rodríguez, op. cit. p. 37

código de procedimientos penales y el Código de Organización Judicial, ambos de Alemania, las reformas se hicieron con el objeto de limitar la frecuencia y duración de la detención y la prisión preventiva, obligando al juez a exponer por escrito los motivos del mandato de detención, con la posibilidad de sustituir esta medida por otras menos radicales, habiéndose logrado una disminución en el número de detenciones impuestas.

Pero estas reformas originaron protestas de los órganos de persecución penal, que presionaron para que se retrocediera en esta decisión tomada, considerando dichos órganos, que la liberalización del Derecho Penal en materia de detención y prisión preventiva, había ido demasiado lejos, ya que iba, según dichos órganos, en contra de la lucha a la delincuencia, por lo que con la expedición de la enmienda alemana del 7 de agosto de 1972 se da un paso atrás al respecto, y se amplían nuevamente los motivos de detención y prisión preventiva.

La Ley alemana del 8 de marzo de 1971, referente al pago de daños y perjuicios con motivo de las medidas tomadas a raíz de una persecución penal a personas inocentes, reúne en un texto único las disposiciones sobre las modalidades y condiciones de la indemnización.

En lo relativo a las condiciones de fondo, Alemania exige las mismas condiciones materiales ya señaladas anteriormente para Europa. Así, para la causa de probable responsabilidad, impone como condición necesaria, que existan indicios para aplicar la detención, así lo señala el Código alemán de Procedimientos penales, en su artículo 112, inciso 1, primera fase, considerando que si existían indicios graves, esto sería una barrera contra detenciones precipitadas e injustas.

Ahora bien, su eficacia en la práctica no era todo lo efectiva que se podría desear, ya que si bien el juez debía examinar los indicios graves, no tenía la obligación de motivarlos al mismo tiempo mediante hechos precisos. Asimismo, se reprochaba que se procedía a la detención en muchas ocasiones con la simple sospecha de que posteriormente se podría establecer la existencia de indicios graves. (8)

Con la ley alemana del 19 de diciembre de 1964, para la anterior condición, lo mismo que para las causas de detención los hechos derivados de los resultados esenciales de la averiguación de la cual pueden desprenderse los indicios graves. (art. 144, inciso 2 código alemán de procedimientos penales).

(8) Rodríguez y Rodríguez, J., op. cit., p. 65

Desde 1877 hasta la reforma de 1964, en Alemania, los motivos de justificación para la detención eran; la fuga o la sospecha de fuga y el riesgo de colusión, es decir la posibilidad de que se atente contra la conservación de las pruebas, con la ley alemana del 19 de diciembre de 1964 se modificó el procedimiento penal, y con las enmiendas que se hacen al régimen de detención, en la ley del 7 de agosto de 1977, en Alemania se contemplan dos nuevos motivos que justifican la detención y la prisión preventiva, la gravedad del delito y el riesgo de reiteración de la infracción.

Característica del Derecho alemán, es la enumeración limitativa y el rigor de la formulación de motivos de la detención en la ley como manifestación del principio de legalidad que es de aplicación rigurosa en este país, como medio principal para reducir la frecuencia del empleo de estas medidas.

No obstante que con esta medida se disminuyó la frecuencia en las detenciones, se criticó la reforma a la ley, por que se pensaba que iba en contra de los intereses de la persecución y de la lucha contra la delincuencia y que ello provocaba un aumento en la criminalidad, por lo que nuevamente se ampliaron los motivos de detención pero cifrándose a los anteriores términos que había fijado la reforma de 1964.

En lo que se refiere al riesgo de fuga, el artículo 112 incisos 1 y 2 del Código alemán de procedimientos penales, exige apreciar las circunstancias en cada caso concreto, tomando en consideración la situación profesional y familiar del inculcado, la existencia de un domicilio fijo, así como la importancia de la pena prevista, es decir la gravedad de la infracción.

Por lo que hace al peligro de destrucción de las pruebas, el artículo 112 inciso 2, letras a y c del Código alemán de procedimientos penales, regula esta situación, y se refiere a las maniobras para obstaculizar el procedimiento, las cuales pueden consistir en:

a) Roda actividad que contribuya a falsear las pruebas materiales como son, destrucción, alteración, supresión y falsificación.

b) Presiones o influencias flicitas ejercidas sobre cómplices, testigos o expertos, es decir, que de alguna manera llegue a influir sobre estas personas.

c) La práctica indirecta de estas acciones a través de un tercero, de manera que representen un riesgo real que haga difícil la manifestación de verdad.

El riesgo de la reiteración de la conducta se prevee en el artículo

112 a, inciso 1, números 1 y 2 del Código de Procedimientos penales de Alemania, y señala que la detención opera para aquellos delitos que vayan en contra de las buenas costumbres, o bien, que la detención sea para impedir un peligro inminente, o por existir indicios graves de la comisión reiterada y continua de una serie de delitos graves que la propia disposición enumera, lo que le da gran extensión a este motivo.

En cambio, el motivo de detención o prisión preventiva, fundado en el peligro de fuga, es limitado en lo que a infracciones menores se refiere, ya que conforme al artículo 113 inciso 2 del Código alemán de procedimientos penales, la detención no se aplica en los casos de infracciones sancionadas con penas privativas de la libertad igual o inferior a seis meses o a una pena pecuniaria, a menos que a las circunstancias previstas en el artículo 112 del ordenamiento arriba mencionado se agreguen algunos de los hechos siguientes; que el sospechoso ya se haya fugado alguna vez; que haya hecho preparativos de fuga; que no tenga domicilio fijo o carezca de identificación, o sea de documento alguno que lo identifique.

También, de acuerdo al inciso 1 del artículo 113 del Código de Procedimientos penales de Alemania, el motivo fundado en el peligro para la conservación de las pruebas, se excluye tratándose de delitos menores.

Asimismo, la legislación alemana establece otros motivos de diversa naturaleza, como puede ser el caso en que el delito subsista reacción en el público, pero desde luego se refiere a delitos graves como el homicidio intencional, genocidio, atentado con empleos de explosivos, etc.

Alemania incluye como condición para la detención y la prisión preventiva, la gravedad del delito imputado; en su artículo 112 inciso 3 del Código de procedimientos penales, después del señalamiento de los delitos más graves, agrega, que en esos casos la detención podrá ordenarse aún con ausencia de los demás motivos previstos en dicho artículo.

En este país, conforme al principio de proporcionalidad que establecen los artículos 112 inciso 2 y 120 inciso 1 Código de Procedimientos penales de Alemania, esta detención o prisión preventiva en su caso, no se ordenará aún cuando existan las demás condiciones, si por la importancia del caso y la pena susceptible de pronunciarse, estas medidas fueran notoriamente desproporcionadas.

En Alemania, para las condiciones de forma, el juez de la circunscripción donde se abre la instrucción o vive el inculpado, es el competente para decretar el mandato judicial, así lo señala el artículo--

125 del Código alemán de procedimientos penales, o en su caso, el juez del lugar donde el inculcado hubiere sido aprehendido, tal como lo dispone el artículo 128 del ordenamiento anteriormente citado.

Esta separación de competencia que se da en el Derecho alemán, es con la finalidad de disociar hasta el momento de iniciación del procedimiento, la decisión privativa de la libertad, de las necesidades de instrucción. El Ministerio Público o la policía pueden proceder a aprehender al presunto responsable (artículo 127 inciso 2 del Código alemán de procedimientos penales).

Existe la obligación de que la persona detenida en flagrante delito o en caso urgente sea conducida ante el juez de la circunscripción donde fue detenido a más tardar al día siguiente al de su aprehensión, a menos que dicha persona pueda ser liberada antes.

Presentado el inculcado al juez, éste le hará saber sus derechos, así como también hará una nueva revisión de las circunstancias de la detención (artículo 115 inciso 3 y 128 inciso 1 del Código de procedimientos penales de Alemania).

El mismo artículo 128 del anterior ordenamiento, prescribe que si el magistrado considera injustificada la detención, ordenará la libertad del detenido.

Por otro lado, se permite que hasta después de ejecutada la detención, se suspenda el mandato de detención si se considera que hay otras medidas que la pueden sustituir y son menos severas (artículo 116 Código alemán de procedimientos penales), operando este sistema para cualquier motivo de detención; por ejemplo; en el mandato de detención por riesgo de fuga, se suspende la ejecución del mandato por otras medidas más benignas, pero con la obligación del inculcado de presentarse ante ciertas autoridades que le señalen, restringiéndolo en relación al lugar de residencia, el arraigo domiciliario y la obligación de prestar caución, así lo disponen los artículos 111 inciso 1 números 1 a 4 y 116 inciso 1 de la ya multicitada ley alemana.

En la práctica, la que más se utiliza es la medida que obliga a presentarse periódicamente ante las autoridades, y la que menos se utiliza es la caución, porque se le considera un privilegio de ricos.

Consideran a la caución discriminatoria porque otorga una ventaja al inculcado rico sobre el pobre, así como por el poco efecto que tiene en el peligro de fuga, colusión o reincidencia.

Por lo que se refiere a la duración de la prisión preventiva, la --

controla una instancia superior, pero este control opera después de seis meses y lo ejerce la corte de apelaciones, así lo establece el artículo -- 121 Código de procedimientos penales de Alemania. Por otra parte la legislación alemana no establece límite para la duración de la prisión preventiva.

Con la ley alemana de reforma al procedimiento penal de 1975 se han implantado algunas medidas de aceleración del procedimiento, con lo -- que se espera reducir la duración de la prisión preventiva.

2 .. Francia

Francia, durante mucho tiempo, tuvo como regla encarcelar al inculgado antes del juicio, siendo entonces la prisión preventiva una práctica sistemática, las legislaciones eran ignoradas, fallando en su propósito de restringir la detención y la prisión preventiva de tal manera, que se empezaron a escuchar voces de alarma por la poca repercusión que en la práctica había tenido la detención y la prisión preventiva como una excepción y en cambio se decretaban fácil y frecuentemente, teniendo una excesiva prolongación, por lo que se convertían en una denegación de --justicia.

A esta situación contribuían los poderes discrecionales del juez de --instrucción, quien era uno de los hombres con más poder en el país, ya que únicamente de conformidad a su criterio podía enviar a prisión a --cualquier acusado, por un largo período, esto por una parte, y por otra las instituciones de la fianza y la presunción de inocencia tenía una nula función en la práctica francesa de la detención y la prisión preventi--va.

Por lo anterior, se dió un aumento considerable de personas que --eran privadas de su libertad y que esperaban ser juzgadas, por lo tanto se daba un alto número de detenciones que posteriormente se considera--ban injustificadas, mientras que la ley establecía que estas medidas --se aplicarían únicamente en aquellos casos en los que no fuese posible aplicar otras menos severas, es decir, que dichas medidas se aplica--ran como una excepción. (9)

Debido a la práctica persistente, convertida en regla, y no en excep--ción, y también por la difusión que la prensa le daba a ciertos casos--como el de Gabrielle Russier, profesora de enseñanza media, a quién--se le acusó de corruptora de menores, en relación con uno de sus alum--nos, fué sometida a prisión preventiva, primero por ocho días y poste--riormente por un período de dos meses. En el transcurso de este tiem--po constató y dejó escrito en una obra póstuma, que se publicó en --1970, las condiciones degradantes de la vida en prisión.

Fuó condenada a un año de prisión, con lo cual alcanzaba el benefi--cio de la Ley de Amnistía Francesa, por los hechos estudiantiles ocu--rrido en mayo y junio de 1968, pero el procurador apeló la sentenciam--solicitando un aumento de la pena don el fin de privar a la interesada --del beneficio de dicha ley, pocos días más tarde la profesora se suicidó (10)

(9) Craig, W. L. y Dovrobrir, W.A., "The french experience with preventive detention" en American bar association, Journal, Chicago, junio, 1971, cit. pos. Rodriguez y Rodriguez, op.cit., p. 38

(10) Rodriguez y Rodriguez, op. cit., p. 43

Estos casos influyeron para que la opinión pública presionara, por lo que con la Ley francesa del 17 de julio de 1978, cuyo fin primordial era reforzar los derechos individuales de los ciudadanos, dándole al régimen jurídico de la detención y prisión preventiva una dimensión basada en dos nuevos elementos; el uno, sustitutivo, y correctivo el otro.

A través del primero, se instituye el llamado control judicial, consistente en reemplazar la detención por un sistema más flexible y efectivo del control a ejercer por el juez sobre las personas sujetas a proceso, sin tener que recurrir a la prisión preventiva.

El segundo, estriba en reconocer el derecho a la indemnización de las personas detenidas y posteriormente liberadas, o contra quien los cargos hubiesen sido retirados.

Al igual que Alemania, el Derecho francés acepta los tres tipos de condiciones de fondo para la detención y la prisión preventiva.

Así, tenemos que para la causa de probable responsabilidad se establecía en términos generales, que esta medida presuponia la existencia de graves presunciones de culpabilidad y el temor de que otros riesgos llegaran a realizarse.

No había una disposición concreta que estableciera los elementos constitutivos de la detención. Solamente el artículo 138 del Código francés de procedimientos penales de 1957, en materia correccional limitaba a cinco días la detención para aquellos delitos cuya pena fuese inferior a dos años de reclusión, así como que el inculcado domiciliado en Francia no hubiere sido condenado con anterioridad por un crimen.

En la práctica, esto era más bien una cuestión de hecho que el juez aplicaba a su arbitrio, por lo que tenía libertad para prescribir, mantener o prolongar la detención.

Actualmente, con la Ley francesa de julio de 1970, la detención ya no está supeditada a la apreciación subjetiva del juez de instrucción. Estas medidas se fundan en una correlación de los hechos constatados por el juez y las definiciones que éste para justificar la medida toma de lo dispuesto en los artículos 144 y 145 del Código francés de procedimientos penales, los cuales especifican las hipótesis legales en las cuales es susceptible aplicarse la prisión preventiva y que responden a los objetivos precisados en el artículo 137 del mismo código arriba mencionado, es decir, para asegurar las necesidades de la instrucción, o como una medida de seguridad.

La exigencia de indicios graves como requisitos indispensables para

imponer la prisión preventiva, no está expresamente prevista en la ley, por lo que tiene que desprenderse de lo que dice el artículo 144 inciso 1 del Código francés de procedimientos penales, que dispone que la detención del inculpaado podrá ordenarse o mantenerse como medio de conservar los indicios materiales.

Como ya se mencionó anteriormente, Francia, sólo en forma consuetudinaria conocía los motivos que justificaban la detención y la prisión preventiva, estos eran, la reincidencia, el peligro de fuga y la necesidad de la manifestación de la verdad, es posteriormente cuando se establece el principio de legalidad en esta materia, es decir, se enumeran en el texto de la ley, los motivos para la detención.

Francia, además de aceptar los tres motivos que generalmente se admiten, también admite otros, como la necesidad de preservar el orden público, de proteger al inculpaado, y de prevenir la sustracción a las obligaciones del control judicial. Mientras que la gravedad del delito la regulan los artículos 131, 135 y 144 del Código francés de procedimientos penales.

En lo que concierne a las condiciones de forma, tenemos que los artículos 122 inciso 4 y 5 del código arriba citado prescriben que la detención será mediante un mandato, estos, según Garraud, son los actos judiciales por los cuales el magistrado competente ordena, ora la comparecencia, ora el arresto de un individuo sindicado como autor de un crimen o delito. (11)

Estos mandatos pertenecen a dos categorías; la primera comprende a los mandatos de comparecencia (de comparution), y de conducción (d'amener); y la segunda, los mandatos de depósito (de dépôt) y arresto (de arrest), aquéllos tienen por finalidad hacer comparecer al individuo a objeto de ser interrogado acerca del o de los hechos que se le atribuyen, y los últimos la de constituirlo en detención preventiva. (12)

Si el individuo no acude con el mandato de comparecencia se dicta el de conducción y lo realiza la policía judicial, quien lleva al sujeto a la casa de arresto, ahí, en las veinticuatro horas siguientes a su ingreso debe ser recibido por el juez que lo interrogará. Cumplido el interrogatorio, el mandato de comparecencia o de conducción en su

(11) Garraud, *Traté de instruction criminale*, París, 1922, Cit. pos. Zavaleta, op. cit. p. 20

(12) Zavaleta, A. op. cit. p. 13

caso, han surtido todos sus efectos. En estos momentos el juez de instrucción debe decidir, después de escuchar las respuestas y explicaciones del inculcado, si corresponde dejarlo en libertad o si existen motivos para constituirlo en prisión preventiva.

Por otra parte, tenemos que se puede detener a quien acaba de cometer un delito, y está en posesión de objetos o hay indicios que permiten presumir su participación en la comisión del delito. (artículo 53 del Código francés de procedimientos penales).

Para el caso urgente, los artículos 61 a 63 del código ya antes mencionado, señalan que la policía judicial puede detener a cualquier persona que se encuentre cerca a la comisión del delito, ya sea para verificar o establecer su identidad, o para que si es posible, proporcione información acerca de los hechos, o porque incluso existan indicios graves y concordantes que hagan susceptible su motivo de inculpación.

Por lo anterior, es necesario que las condiciones existentes justifiquen que es necesario detener para investigar.

La policía puede o bien realizar la aprehensión, cuando simplemente supone que es el culpable, o detener cuando se halla en presencia del culpable.

En el primer caso, únicamente puede mantener a su disposición a la persona detenida durante veinticuatro horas, de conformidad con el artículo 63 del código francés de procedimientos penales, que son posibles de prorrogar por un tiempo igual en caso de que existan indicios graves que permitan motivar la detención, esa prolongación la debe autorizar directamente el Procurador de la República, así lo establece el artículo 77 del código citado anteriormente.

El artículo 145 del mismo ordenamiento obliga a motivar la decisión que ordena la detención, lo que anteriormente sólo se exigía en los casos en que se prolongara la detención o en el rechazo de petición de libertad.

El juez de instrucción dispone de una extensa gama de medidas sustitutivas de la prisión preventiva, otorgadas por la reforma francesa de 1970 y a las que se denomina control judicial.

Estas medidas favorecen al inculcado incluso antes de que se decreta la prisión preventiva, por lo que el juez puede no solamente poner en libertad al inculcado, sino que incluso antes de la detención, examinará-

el control judicial para verificar si puede sustituir la prisión preventiva. (13)

Al acusador, se le exige que pruebe la culpabilidad, teniendo el -- acusado el derecho de guardar silencio.

Con la declaración francesa de 1789, se garantiza a la persona -- inocente que no será condenada sin que tenga la posibilidad de defenderse y sin que haya pruebas que demuestren su culpabilidad y destruyan su presunción de inocencia. Las legislaciones internas prohíben recurrir a cualquier coacción o presión que provoque la confesión del inculcado, así como también, se pide que se afecte de nulidad las confesiones así obtenidas.

Antes de la ley francesa del 6 de agosto de 1975, en materia correccional, se limitaba la duración de la prisión preventiva a cuatro meses como plazo máximo y no podía prolongarse excepto por resolución del juez de instrucción, obligatoriamente motivada. (artículo 154 inciso 2 Código francés de procedimientos penales) Esta resolución, podía renovarse varias veces, la ley francesa de 1975, se adicionó a la anterior disposición y se establece un límite absoluto de seis meses - en materia de delitos y para determinados casos (art. 145 inciso 3, - Código francés de procedimientos penales).

Pero todo esto, no significa que se haya solucionado por completo el problema. Dos consecuencias de la detención y la prisión preventiva son: la imputación del tiempo pasado en prisión preventiva, sobre la duración de la pena y; la indemnización a que puede dar lugar una detención ilegal o abusiva.

En Europa, ya hay cierta tendencia a reconocer el derecho a la -

(13) No salir del límite establecido por el juez.

2. Permanencia en el domicilio o lugar de residencia.
3. Presentación periódica o servicios a las autoridades señaladas por el juez.
4. Depositar ante ciertas autoridades, sus documentos, de identidad, principalmente el pasaporte a cambio de un acuse de recibo válido como documento de identidad.
5. No conducir vehículos y dado el caso depositar su licencia.
6. Someterse a tratamientos o exámenes, cuidados u hospitalización, especialmente si es con miras a su desintoxicación.
7. Presentar caución fijada por el juez.
8. No realizar actividades que originaron el delito.
9. No frecuentar a las personas que determine el juez.

indemnización, lo cual reiniciará seguramente en la disminución de las prácticas de estas medidas.

C. Principios Constitucionales

Los diferentes países en estudio, contienen en su ley suprema, principios constitucionales, algunos de carácter general que son aplicables a toda persona privada de su libertad, así como también, al lado de estos existen otros de carácter específicos, que son aquellos aplicables particularmente a las personas acusadas o sospechosas de haber cometido una infracción penal.

Un principio de carácter general lo constituye, el principio de inviolabilidad de la libertad personal. En Europa, Francia establece dicho proyecto en el artículo 66 de la Constitución de 1958 y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

En América, Argentina lo establece en su artículo 18 constitucional.

Asimismo, estas constituciones establecen disposiciones que representan medios jurídicos que otorgan garantías legales en caso de privación de libertad.

Dentro de las garantías comunes, se encuentran principalmente, la garantía de legalidad, para determinar en su caso si procede la detención o bien para presumir los casos y formas en que una persona puede ser sometida a prisión preventiva.

En Europa, entre las garantías comunes, Alemania dispone en su artículo 103 inciso 2 y 104 inciso 1, constitucionales la garantía de legalidad. Francia contempla esta garantía en su artículo 66 constitucional y artículo 7 de la Declaración francesa de 1789.

En América, esta garantía la contemplan las legislaciones de Argentina en su artículo 18 constitucional y Venezuela en su artículo 69 también constitucional.

Un lugar importante ocupa la garantía contra detenciones arbitrarias y así lo consideran, en Europa, Alemania, en el artículo 104 inciso 2 de su constitución y Francia en el artículo 7 de la Declaración francesa.

Los países condicionan la aplicación de esta medida, a la expedición del mandato por parte de la autoridad competente.

Sin embargo, existen excepciones previniendo que en ciertos casos .

de urgencia o de necesidad, las autoridades encargadas de la seguridad pueden tomar medidas provisionales en cuanto a la detención de una -- persona, con la exigencia de que dicha medida sea comunicada en un término perentorio a la autoridad judicial, la cual la confirmará o privará de todo efecto. Venezuela la contempla en su artículo 60 inciso I constitucional, y autoriza a las autoridades policíacas.

La Libertad provisional es una garantía constitucional Venezuela así lo prescribe en su artículo 66 inciso 6 constitucional.

La inviolabilidad del derecho de defensa lo establece, Alemania en su artículo 104 inciso 3, y en América, Venezuela en su artículo 60 incisos 1 y 5 y art. 68 constitucionales.

La presunción de inocencia es de rango constitucional en la Declaración francesa de 1789.

Alemania, en su artículo 104 constitucional y Francia en el artículo 9 de la Declaración, prohíben la violencia física o moral con motivo de la aprehensión, en el curso de la detención y la prisión preventiva, y establecen el castigo a dichas violaciones.

Lo mismo dispone Venezuela en su artículo 60 inciso 3 de la constitución.

La privación de libertad, derivada de incumplimiento de obligaciones de carácter puramente civil, la prohíbe, Venezuela en su artículo 60 inciso 2 constitucional.

En lo que respecta a la indemnización, cabe mencionar que algunas constituciones la prevén para el caso de que la detención o la prisión preventiva sea injusta o abusiva. (14)

En las constituciones Hispanoamericanas, tenemos principios que únicamente ellas consagran, y en primer término se encuentra, el principio que prescribe que nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni constreñido a declarar contra sí mismo o contra sus familiares más cercanos.

Así, Argentina lo establece en su artículo 18 constitucional, mientras que Venezuela lo hace en el artículo 66 de la constitución.

(14) Entre estos países se encuentran, el Salvador, art. 171 Nicaragua art. 77; y de Europa, Grecia e Italia.

En segundo término un principio que sólo México contempla en su -- constitución, por lo que hacemos mención de él, es la garantía a la imputación sobre la pena, del tiempo pasado en detención y en prisión preventiva. (artículo 20 fracción X de la constitución.)

Por otra parte, las constituciones de América, imponen la suspensión de derechos y prerrogativas a aquellas personas que se encuentran sujetas a proceso, a partir del momento en que se confirma la prisión preventiva. (15)

Asimismo, los propios textos constitucionales, proveen diferentes -- medios, recursos o mecanismos para una protección eficaz de la libertad y de la seguridad personal, algunos de estos mecanismos son complementarios de los recursos específicos que se otorgan para proteger directa o indirectamente la libertad y seguridad del ser humano.

Entre estos medios complementarios se encuentra, el que afecta de nulidad absoluta y que priva de todo efecto al acto ordenado y a la medida tomada o consentida por las autoridades en infracción a las garantías de libertad y de seguridad personales, lo mismo que a toda confesión, declaración o juramentos obtenidos bajo coacción del inculpado, Venezuela lo contempla en el artículo 46 de su constitución.

El medio complementario que finca la responsabilidad civil o penal, según sea el caso, a toda autoridad que hubiere solicitado, ordenado, ejecutado, hecho ejecutar o consentido una detención o prisión preventiva injustificada o abusiva, o que hubiere realizado actos en violación a las garantías que se otorgan a la libertad y a la seguridad de las personas lo contempla, en Europa; Francia en su artículo 7 de la Declaración francesa, en América, Venezuela en su artículo 46 constitucional, éste dispone que la obediencia a órdenes superiores no exonera de responsabilidad directa a los funcionarios y autoridades del Estado.

De esta manera, son medios para garantizar y proteger al individuo contra detenciones ilegales o arbitrarias, mediante instrumentos específicos y mecanismos de protección denominados de diferentes maneras, como son procedimientos o mecanismos cuya fuente es la constitución.

En Alemania, el artículo 93, inciso 4 de la constitución, establece la queja constitucional y conoce de dicha queja, el Tribunal Constitucional Federal. (artículos 93 y 94 de la constitución)

(15) México lo prevé en su artículo 38 Constitucional.

En Francia, son los Tribunales Administrativos, los competentes para otorgar protección indirecta, contra las detenciones ilegales o arbitrarias por consejo de Estado.

En Europa se vigila la actividad de ciertas autoridades del Estado, a través de un mecanismo que más que judicial es político, y se le denomina ombudsmen, a él acuden los ciudadanos a quejarse de las violaciones que en contra de sus derechos fundamentales puedan cometerse, esta función la realiza un funcionario autónomo vinculado a los parlamentos nacionales.

América, recibe la influencia del Habeas Corpus Angloamericano, - consagrando este recurso en sus leyes fundamentales, así Venezuela lo incorpora a través de la quinta disposición transitoria, este país integró el Habeas Corpus al recurso previsto en el artículo 49 de su constitución. Mientras se efectuaba la reglamentación de este recurso, con servó el Habeas Corpus en la Quinta disposición transitoria.

Argentina, introdujo el recurso del Habeas Corpus. mediante la reforma de 1949 a la constitución de 1853 actualmente en vigor, pero dicha reforma se suprimió con la Proclama del Gobierno Provisional y - con la resolución de la Asamblea Nacional Constituyente de 1967. (16)

(16) México no se refiere expresamente al recurso de Habeas Corpus, sino que la Constitución nos otorga el juicio de amparo.

CAPITULO III

LA DETENCION Y LA PRISION PREVENTIVA

A. La Detención

1. Aspectos generales de la detención
 - a) Averiguación previa
 - b) Auto de radicación
 - c) Orden de aprehensión
2. Concepto de detención
3. Requisitos de la detención
4. Fines de la detención
5. Detención por autoridad administrativa
6. Detención por acuerdo del Ministerio Público
7. Aprehensiones en caso de urgencia y flagrancia

B. La Prisión Preventiva

1. Aspectos generales de la prisión preventiva
2. Concepto de prisión preventiva
3. Requisitos de la prisión preventiva
4. Auto de formal prisión
5. Fines de la prisión preventiva
6. Distinción de la prisión preventiva con otras figuras
 - a) Prisión por ejecución de sentencia
 - b) Arresto
 - c) Aprehensión
 - d) Detención y prisión preventiva

A. La Detención

1. Aspecto general de la detención.

Las medidas de coerción personal implican un conflicto: por una parte, el derecho a la libertad individual que se ve amenazado y por otro; la necesidad social del Estado, de que su derecho punitivo no se vea burlado. Se ha buscado la solución a este conflicto, de diferentes formas, buscando el equilibrio entre estos derechos en pugna, el del Estado para que sus leyes sean cumplidas y el del particular para gozar de libertad.

Nuestro derecho ha procurado evitar que los medios de aseguramiento del inculcado se conviertan en ataques o agresiones a los derechos de libertad, procurando que únicamente sean simples interrupciones momentáneas de ese derecho, que teóricamente se limita a unas cuantas horas. (1)

La Constitución protege la libertad del individuo, ya que no puede ser detenido o sometido a registro o a cualquier otra forma que restrinja su libertad sino es a través de mandato de autoridad judicial.

La detención, al igual que la prisión preventiva, encabezan, por su gravedad y dramatismo, las medidas cautelares, ambas son personales, cuya sustancia y efecto es la privación provisional de la libertad física del inculcado, con la finalidad de asegurar que a su debido tiempo se ejecute la sentencia que recaiga.

Para que a un individuo le pueda ser imputado un delito, es preciso que antes haya sido sometido a un procedimiento penal, el cual se regula a través de diversos cuerpos legales reglamentarios de la Constitución.

Así, tenemos que de las etapas del procedimiento penal la averiguación previa antecede a la detención.

a) Averiguación previa

La averiguación previa, es una etapa procedimental de carácter administrativo, es decir, no judicial (2)

-
- (1) Pérez Palma, Rafael, Fundamentos constitucionales del procedimiento penal, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1974, p.164
(2) Cosacov Belaus, Guatave, et. al., Duración del proceso penal en México, Instituto Nacional de Ciencias penales, México, 1983, p.13

El Ministerio Público, dirige las actividades a partir de la denuncia, acusación o querrela.

Del resultado de la averiguación previa se puede culminar en alguna de las siguientes consecuencias jurídicas:

Primero: que de los elementos aportados en la averiguación se derive el no ejercicio de la acción penal, ya sea porque el hecho que motive la denuncia o querrela no sea constitutivo de delito, o bien que siéndolo esté prescrita la acción para perseguirlo, y en tal caso se acordará archivar lo actuado.

Segundo: que se satisfagan los requisitos y el inculpado se encuentre detenido, en cuyo caso, tanto éste como lo actuado serán consignados a la autoridad judicial competente para los efectos legales consiguientes:

Tercero: que satisfechos los requisitos, el inculpado no se encuentre detenido, en cuyo caso se consignará lo actuado a la autoridad judicial competente, solicitando de ésta, la órden de aprehensión o comparecencia, en su caso, del inculpado, para los efectos legales a que haya lugar. (3)

En el primer caso, el conocimiento no llega ante el órgano jurisdiccional.

La averiguación previa no tiene un límite establecido desde el punto de vista temporal, salvo indirectamente en el caso de que el individuo sea detenido infraganti, el Ministerio Público lo pone a disposición del juez competente.

Dicha actividad supone que el detenido es acusado ante el juzgador y por lo tanto ya se ejercitó acción penal.

En el segundo caso, una vez realizado el acto de consignación, el juzgador dictará el auto de radicación, con la finalidad de dar entrada a la consignación y fijar su competencia para tomar conocimiento de la misma.

b) Auto de Radicación

(3) González Blanco, Alberto, Procedimiento Penal Mexicano en la doctrina y el derecho positivo, México, Porrúa, 1975, p. 91

Ni la Constitución, ni los Códigos de procedimientos penales del Distrito Federal, ni el Federal, imponen requisitos de sujeción para el auto de radicación, pero como la práctica la toma como una medida de seguridad procesal, sujeta su contenido a ciertos requisitos como son: lugar y fecha en que se dicta; prevención para tomar al inculcado su declaración preparatoria en el término constitucional establecido; intervención legal al Ministerio Público; que designe defensor o que en su defecto se le nombrará uno de oficio; nombre y firma del juez que lo dicta y Secretario que los autoriza. (4)

Entre las consecuencias del auto de radicación en el orden jurídico -- procesal, tenemos, que en caso de existir persona materialmente detenida, a partir de ese momento se computan los términos constitucionales de cuarenta y ocho y setenta y dos horas respectivamente.

En la misma resolución, el juez decreta si hay detenido, se le tome la declaración preparatoria al procesado y que se practiquen todas aquellas diligencias de carácter urgente. (5)

Una vez rendida la declaración preparatoria lo procedente será el desahogo de todas las pruebas aportadas por las partes, sin embargo, no debe olvidarse que la limitación del término dentro del cual deberá resolverse la situación jurídica del inculcado imposibilita las prácticas de todas las diligencias que fueran de desearse; lo que no significa como frecuentemente sucede que el juez sólo debe recibir las conducentes a la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, pues tal postura sería parcial.

Borja Soriano dice que es necesario que el juez reciba las pruebas tendientes a demostrar la no existencia del delito o la inocencia del detenido, y que éste las ofrezca al Ministerio Público cuando tenga conocimiento de ellas, ya que ambos, tanto durante las setenta y dos horas, como después, están obligados a encontrar la verdad histórica cualquiera que ésta sea. (6)

Colón Sánchez considera que lo prudente es dejar a juicio del juez, el desahogo de las pruebas que sean propuestas por las partes, siempre y cuando la naturaleza de las mismas lo permita, tomando la base del término perentorio preva leciente en este caso. (7)

(4) González Blanco, Alberto, op. cit., p. 96

(5) Borja Soriano, Guillermo, Derecho Procesal Penal, 1a. ed. 3a. -- reimpresión, Puebla, Edit. Cajica, 1985, p. 183

(6) Borja Soriano, op. cit., p. 181

(7) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 4a. ed., México, Porrúa, 1983, p. 267

Si en la averiguación previa se han satisfechos los requisitos pero no hay detenido, se solicita a la autoridad judicial competente libre órden de aprehensión, ya que como regla, para detener a una persona, se precisa una órden judicial solicitada por el Ministerio Público, para el caso de que no haya detenido y el delito sea sancionado con pena privativa de la libertad, si el delito no es sancionado con pena corporal, sino alternativa o simplemente no corporal, el Ministerio Público solicitará el libramiento de la órden de comparecencia.

c) Orden de aprehensión.

La órden de aprehensión, es el acto material de apoderarse de una persona privándola de su libertad. (8)

Para González Bustamante, es el estado de privación de libertad - que sufre una persona por mandato de un juez. (9)

García Ramírez, dice que la órden de aprehensión es un mandamiento judicial por medio del cual se dispone de la libertad de una persona, con el propósito de que ésta quede sujeta cautelarmente, a un proceso como presunta responsable de la comisión de un delito.(10)

La órden de aprehensión es un acto de gran trascendencia en el sistema procesal penal, ya que afecta un derecho fundamental del hombre, como es su libertad.

A su trascendencia obedece que tanto la constitución como los códigos de procedimientos penales, para el Distrito Federal y para el territorio mexicano, precisen los requisitos indispensables que las autoridades judiciales deben tener en consideración, para conceder una órden de aprehensión, sin que incurran en responsabilidades, estos requisitos esencialmente son:

- a) que preceda denuncia o querrela
- b) que esta denuncia o querrela, se apoyen en declaración bajo protesta de decir verdad de persona digna de fé, o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado. (11)

(8) Rivera Silva, Manuel, el Procedimiento Penal, 13a. edición México co Porrúa, 1977, p. 267

(9) Principios de derecho procesal Mexicano, 4a. ed. México, Porrúa, 1967, cit., po. Rivera Silva, M, op. Cit. p. 147

(10) Derecho Procesal Penal, 4a. ed. México, Porrúa, 1985 p. 422

(11) González Blanco, op. cit., p. 92

c) que el Ministerio Público solicite el libramiento de la orden de aprehensión

Respecto a la primera, para ejercer acción penal es necesario saber porque hecho delictuoso y en contra de que persona se va a ejecutar.

El período preparatorio de la acción penal tiene como fin encontrar los anteriores elementos.

El fundamento para que el Ministerio Público pida se libre órden de aprehensión se encuentra en el artículo 21 constitucional, ya que la acción penal le corresponde a él, y la autoridad judicial no puede perseguir sin la petición del Ministerio Público, al probable responsable.(12)

Se ha sostenido que para pedir y resolver una orden de aprehensión no es necesario que esté acreditado el cuerpo del delito, sino que basta el cumplimiento de los requisitos que exige el artículo 16 constitucional, es decir, que basta con la probable o presunta responsabilidad del indiciado, pero en consideración a que los llamados presupuestos normales de consignación y dado que éste ocurre antes de dictar órden de aprehensión, previa a la solicitud de tal mandato ya se debe haber comprobado el cuerpo del delito o procurado comprobarlo.

El artículo 134 del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal y el artículo 197 del Código Federal de Procedimientos Penales, establecen la obligación de poner a disposición de un juez, sin demora, informando al tribunal sobre la hora en que se efectuó la aprehensión.

El artículo 107 fracción XVIII de la constitución, prescribe la consignación de la autoridad o agente de ésta que realicen una aprehensión y no pongan al detenido a disposición de un juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Para Borja Soriano, los requisitos que debe tener la órden de aprehensión, son los mismos que se exigen para la detención. (13)

Mientras que el Ministerio Público no solicite la órden de aprehen-

(12) Arts. 16 constitucionales, 132 Cód. Procedimientos penales del D. F. y 195 del Código Federal.

(13) Op. cit., p. 185

sión, el juez del conocimiento no podrá decretarla de oficio. La excitativa, el impulso que el Ministerio Público da al proceso por medio del ejercicio de la acción penal, es el nervio motor que mueve la actividad jurisdiccional.

Tanto el Ministerio Público como el juez, se rigen por imperativos legales, el Ministerio Público no debe solicitar órden de aprehensión sino se satisfacen los requisitos establecidos en la ley, y en caso de haberlo, el juez no está obligado a acordar favorablemente su petición, éste examinará si las pruebas obtenidas satisfacen los requisitos de ley, en caso contrario, debe rehusarse a dictar el mandamiento de captura.

Si las diligencias practicadas son suficientes, la órden escrita debe entregarse al Ministerio Público, para que éste a su vez las trasmita a los agentes de la policía judicial encargada de la aprehensión, que es el acto material en que se asegura al presunto responsable del delito. - (14)

Los plazos dentro de los cuales la órden de aprehensión puede ejecutarse, no se encuentran regulados más que por los establecidos para la prescripción de los delitos según el Código penal.

2. Concepto de Detención.

La privación de la libertad impuesta a una persona, a quien se presume responsable de un delito, debe ser resultado de un mandamiento fundado y escrito, emanado de la autoridad judicial competente. La detención es una medida cautelar importante dentro del proceso penal.

Así, tenemos que para González Bustamante, la detención es el estado de privación de libertad que sufre una persona por mandato de un juez. (15)

Rivera Silva dice que la detención, es el estado de privación de la libertad que sufre una persona cuando ha sido depositada en una cárcel o prisión pública, u otra localidad, que preste la seguridad necesaria para que no se evada. (16)

(14) González Bustamante, J. J., Principios de derecho procesal mexicano, 4a. ed., México, Porrúa, 1967, p. 122

(15) Cit. pos., Rivera Silva, op. cit., p. 147

(16) Op. cit., p. 147

Fenech, la define como el acto por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtud de una declaración de voluntad de carácter provisional, y que tiene por objeto ponerla a disposición, mediata o inmediata del instructor del proceso penal para los fines de éste, en expectativa de su posible prisión provisional. (17)

Fenech distingue perfectamente entre detención y prisión preventiva, con la salvedad de que a ésta la denomina prisión provisional.

Entre los autores que consideran que detención y prisión preventiva son una misma cosa, tenemos a Castro y Ramírez que la señala como detención provisional y dice que es la privación de la libertad del inculpado durante la instrucción del proceso antes de sentencia firme. (18)

Bernard-Tulkens, Françoise y Bosly, Henri D., dicen que la detención preventiva, es el encarcelamiento que sufre el presunto autor de un delito, antes de la decisión de tal ilícito. (19)

Por su parte, Rodríguez y Rodríguez, la define como la medida --privativa de la libertad impuesta excepcionalmente al presupuesto (sic) responsable de un delito grave, en virtud de un mandato judicial, antes del pronunciamiento de sentencia firme. (20)

A reserva de hacer el comentario posteriormente a las anteriores definiciones, tenemos que la mayoría concuerdan en que para asegurar los fines del proceso es necesaria la presencia del inculpado, y que ésta sólo es posible asegurarla a través de estas medidas.

El hecho es que la detención es una medida que implica el encarcelamiento de una persona en tanto se decide sobre el mérito de la acción emprendida en su contra.

El estado que guarda una persona a quien le es imputada la comisión de un delito, es impreciso en las setenta y dos horas siguientes a su consignación a la justicia, se le asegura preventivamente para los fines procesales, a fin de impedir que paralice la marcha del procedimiento.

(17) Curso elemental de derecho procesal penal, t. II, Barcelona, - 1945, cit. pos., García Ramírez, op. cit., p. 467

(18) Cit. pos. Rodríguez y Rodríguez, op. cit., p. 13

(19) Idem

(20) Op. cit., p. 14

La privación de libertad que se impone tiene un límite precario, el indispensable para que el juez pueda hacer el análisis de las pruebas recogidas y decida si el inculpado ha de quedar formalmente preso o debe ser puesto en libertad por falta de méritos. Ninguna detención -- puede prolongarse más del término legal de setenta y dos horas sin que se justifique con un auto motivado de formal prisión.

3. Requisitos de la detención.

En cuanto a los requisitos para tomar tal medida como primera providencia contra la libertad individual, sea que se trate de una verdadera captura o del encarcelamiento de una persona que se presenta voluntariamente son los mismos para la orden de aprehensión como para la detención. (21)

Estos requisitos son principalmente de fondo, puesto que no hay en realidad prescripciones de forma especiales como sucede para la prisión preventiva, además de la constancia escrita.

Conforme al artículo 16 constitucional, es necesario que previamente haya denuncia o querrela de un hecho castigado por la ley con pena corporal, cabe hacer la observación que la ley maneja el término de pena o sanción corporal, pero en realidad las penas corporales en México ya están prescritas en la Constitución y en las leyes ordinarias por lo que mejor se debería hablar de pena privativa de la libertad, por lo que en adelante, manejaré el término pena privativa de la libertad, en sustitución del término "pena corporal".

Prosiguiendo con el artículo 16 constitucional, el requisito de la denuncia o querrela exige que esté apoyada cuando menos por un testigo fidedigno, o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado. Estos otros datos no se precisan, pudiendo consistir en cualquier clase de pruebas o indicios quedando al criterio del que dicta la orden, de apreciar su suficiencia. La consecuencia de la denuncia o querrela, de todas formas es imprescindible.

La constitución no exige para la detención como lo hace para el auto de formal prisión que esté ya comprobado en autos el cuerpo del delito.

(21) Acero, Julio, Procedimiento penal, 5a. ed., Puebla, 1961, Ed., Cajica., p. 127

La detención no puede prolongarse en ningún momento sin que se que se justifique con un auto de formal prisión.

La detención, al igual que la prisión preventiva, se supedita a la existencia de delito sancionable con pena privativa de la libertad (artículo 16 constitucional), siendo ilegal si el delito no trae aparejada pena privativa de la libertad, es decir que sea pena no privativa de la libertad, es decir que sea pena no privativa de la libertad o alternativa, así lo resuelve la jurisprudencia de la suprema corte. (22)

La detención inicia a partir de que el sujeto queda bajo la autoridad judicial; tiene una duración constitucional de setenta y dos horas, iniciándose con el auto de radicación que recae a partir del momento en que como resultado de la averiguación previa se ejercita acción penal y se consigna a la autoridad competente todo lo actuado y al inculpadosi se encuentra detenido, o se solicita la orden de aprehensión en su -- contra si no lo está, y concluye con el auto de formal prisión, el auto de sujeción a proceso, o el auto de libertad por falta de méritos. (23)

Como ya se mencionó anteriormente, el auto de radicación establece la jurisdicción de la autoridad jurisdiccional que lo dicta, a través de él se deciden todas las cuestiones que se deriven del hecho delictuoso motivo de la consignación sometiendo a su vez, a los sujetos procesales y a los terceros que deben intervenir en las providencias que se dicten en el caso.

El auto de formal prisión, resuelve la situación jurídica del inculpadado a través de la privación de su libertad, tal como lo veremos con más detenimiento posteriormente.

Mientras que el auto de sujeción a proceso, señala, sin restringir la libertad del inculpadado, el delito o delitos por el que ha de seguirse el proceso.

Por su parte, el auto de libertad por falta de méritos, reconoce -

(22) Si el delito que se imputa al acusado lo castiga la ley con pena alternativa pecuniaria o corporal (sic), la orden de aprehensión es violatoria del artículo 16 constitucional.

Tesis 727, apéndice, T. CXVIII, semanario judicial de la federación. En García Ramírez, el Art. 18 Constitucional, Prisión preventiva, sistema penitenciario, México. P. 19

(23) González Blanco, op. cit., p. 45

que en la especie no se encuentra comprobado hasta ese momento el -- cuerpo del delito que se le atribuye al inculpado o su presunta responsabilidad.

Con base en el artículo 16 constitucional, se desprende que la detención presenta tres hipótesis que se diferencian por los efectos que producen, así como por las personas que privan de libertad al presunto delincente.

- a) Detención por cualquier individuo, en caso de delito flagrante o cuasiflagrante y de presunción de flagrancia. (artículo 16 constitucional, 267 Código de procedimientos penales para el Distrito Federal y 194 del Código Federal de procedimientos penales)
- b) Detención por autoridad administrativa, justificada merced a la urgencia (artículos 16 constitucional, 268 del Código de procedimientos penales del Distrito Federal y 193 del Código Federal de procedimientos penales)
- c) Detención por orden de la autoridad jurisdiccional mandamiento constitutivo de esta autoridad.

Rodríguez y Rodríguez hace la crítica de que estas hipótesis se refieren no tanto a la detención como a la aprehensión y señala que la --- primera hipótesis del artículo 16 se refiere a la excepción de los casos de flagrante delito.

En el segundo caso, el mismo artículo dispone la detención por autoridad administrativa en caso urgente, utilizando detención y aprehensión como sinónimos.

La tercera hipótesis, con base en la fracción XVIII del artículo 107- constitucional y el 268 del Código de procedimientos penales para el -- Distrito Federal, señalando que como la constitución en su artículo 16 -- da la pauta general al referirse a que "...no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial...", el -- término detención se utiliza como sinónimo de aprehensión. (24)

Consideramos que si existe cierta confusión al respecto pues se maneja indistintamente uno y otro término, pero asimismo, es evidente -- que esto ha sido un mal empleo en la terminología, puesto que ambas fi

(24) Art. 16 Const. "...cualquier persona puede aprehender al delin- -- ciente..."

"...solamente en casos urgentes.....podrá la autoridad admi- -- nistrativa...decretar la detención de un acusado."

guras aunque tienen semejanzas como los requisitos, son diferentes entre sí, ya que aunque la orden de aprehensión emana de la autoridad judicial y se despacha cuando han quedado satisfechos los requisitos legales, es un mandamiento que se da para privar de la libertad a un individuo, mientras que las detenciones son aquellas que realiza la policía judicial o preventiva y aún otras autoridades y hasta los particulares en los casos de delito infraganti, y en otros casos en los que el código de procedimientos penales dispone que se debe asegurar a la persona sospechosa, sin esperar orden judicial.

Pérez Palma nos señala que esta confusión se crea porque el Constituyente de 1916-17, no diferenció adecuadamente la función persecutoria del delito, con la función jurisdiccional debido a la práctica imperante de esa época, en la que si el juez, en la fase previa del procedimiento propiamente jurisdiccional, se veía en la necesidad de detener a una persona, sencillamente ordenaba su detención, ya fuera en forma oral o escrita, si en ese mandato no lograba la detención, posteriormente -- cuando reunía elementos suficientes expedía la orden de aprehensión, y también, debido a que en esa época no había el deseo de darle al Ministerio Público una proyección diferente a la que hasta ese momento había tenido, pues en ese tiempo el Ministerio Público era una magistratura paralela a la autoridad judicial, instituida para auxiliar a la administración de justicia y no tenía la importancia y facultades con que en la actualidad se encuentra rodeado. (25)

Es con posterioridad, ante los abusos que cometían los jueces, policía judicial y Ministerio Público, que el Constituyente establece que la orden de detención ha de emanar de autoridad judicial, previa denuncia o querrela punible con pena privativa de la libertad y condicionada a la existencia de datos que hagan probable la responsabilidad del acusado, es decir, con las formalidades y solemnidades como si fuera una orden de aprehensión, a ello se debe que ambos términos sean utilizados como equivalente.

4. Fines de la detención.

Los autores señalan como fines de la detención los siguientes:

- a) Garantizar una buena y pronta administración de justicia (26)
- b) Garantizar el interés social en la investigación de los delitos (27)

(25) Pérez Palma, Rafael, op. cit., p. 163

(26) Rodríguez y Rodríguez, op. cit., p. 29

(27) González Bustamente, cit. pos. Rodríguez y Rodríguez, op. cit., p. 29

c) Asegurar el éxito de la instrucción primaria. (28)

d) Evitar el ocultamiento de la verdad, que se destruyan las huellas del delito, se soborne a los testigos o se concierte con los cómplices. (29)

5. Detención por autoridad administrativa.

Es importante destacar que la constitución establece que fuera de los casos de flagrante delito, en el que cualquier persona tiene facultad para llevar a cabo la detención del delincuente o de sus cómplices, con la obligación de ponerlos sin demora a disposición de la autoridad inmediata; únicamente la autoridad judicial podrá decretarla. (30)

Sin embargo, el Constituyente a pesar de los enconados debates que hubo para que se despojase a la autoridad administrativa de la facultad de proceder a la detención de una persona sin orden judicial, al fin llegó a admitir que podía hacerlo sin el requisito de la orden previa, pero sólo en casos urgentes, bajo su más estrecha responsabilidad, cuando no hubiera en el lugar ninguna autoridad judicial y siempre que se tratase de delitos perseguibles de oficio, con la obligación de poner inmediatamente al detenido a disposición de la autoridad judicial. El término de que disfrutaba la autoridad administrativa para consignar al detenido al juez, es de veinticuatro horas, si se prolonga constituirá una detención arbitraria que el Código Penal Mexicano sanciona en su capítulo III, título - décimo, referente al abuso de autoridad.

6. Detención por acuerdo del Ministerio Público.

Ahora bien, como ya se mencionó anteriormente, la ley establece -- que sólo por mandamiento de autoridad judicial, y en los casos de flagrancia y urgencia se puede realizar la aprehensión, en la práctica, se realizan capturas por disposición del Ministerio Público, o por obra directa de la policía judicial, en ocasiones por asegurar debidamente la persecución de los delitos, evidentemente, las arbitrariedades que se cometen bajo este amparo, son frecuentes.

(28) García Ramírez, op. cit., p. 19

(29) Zavaleta, Arturo, La prisión preventiva y la Libertad provisoria, Barcelona, Ed. Arayú, 1954, p. 95

(30) González Blanco, Alberto, op. cit., p. 92

García Ramírez nos dice que sería conveniente una reforma a la Constitución para que el Ministerio Público pudiera disponer la captura de un sujeto, cuando la participación de éste, en algún delito, esté comprobada debidamente, de acuerdo a como lo trataba el Proyecto de Constitución de 1916-17, y señala que sería una captura breve, determinada por la ley con garantías, y sujeta a confirmación por parte de la autoridad judicial con la obligación para el Ministerio Público de consignar al responsable dentro de las veinticuatro horas siguientes a su aprehensión. (31)

Se hace la crítica de que con esto que señala García Ramírez, lo que se haría al reformar la constitución, sería legalizar una práctica que se presenta frecuentemente y que la jurisprudencia señala como anti-constitucional por los riesgos que derivan para el individuo. (32)

En sentido estricto, la detención termina cuando se dicta el Auto de formal prisión, el Auto de sujeción o proceso, o el Auto de libertad - por falta de méritos.

Por ello, cualquier prolongación de la detención, más allá de los términos legales, aún en el supuesto de que falten elementos para ejercitar la acción penal, o para confirmar la inocencia, es arbitraria y - contraria a derecho, ya que la detención, en principio, no es una pena, y como en favor del inculpado existe la presunción de inocencia, mientras no haya sentencia firme que decida lo contrario, la privación de su libertad se ha de reducir al menor tiempo posible.

7. Aprehensiones en caso de flagrancia y de urgencia

Constitucional y legalmente, sólo existen genéricamente dos posibilidades para detener a un individuo, sin orden judicial, una es la flagrancia que el Código de procedimientos penales regula en sus diversas variantes, y otra, la notoria urgencia, cuyos supuestos de procedencia son discutibles.

a) Caso urgente

(31) García Ramírez, Sergio, Derecho Procesal Penal, 4a. ed., México, Porrúa, 1985, p. 467

(32) Es anticonstitucional la orden de comparecencia dictada por el Ministerio Público, cuando constituye materialmente una orden de -- aprehensión. (Informe 1978, Colegiado del Noveno Circuito, A.R.C. 51/77 Juan Manuel Obregón Avila)

La constitución establece la salvedad de que en caso urgente, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos -- perseguibles de oficio, la autoridad administrativa puede decretar la -- detención de un acusado, consignándolo inmediatamente al juez que corresponde.

La copulativa "y" que une las expresiones de los tres requisitos anteriores, indica la necesidad de su concurrencia por lo que faltando alguno de ellos, no se estará ya en el caso autorizado. (33)

Los Códigos señalan específicamente los casos que requieren queja de parte, y que por lo tanto, no se conceptúan perseguibles de oficio como todos los demás, según lo indicado en el capítulo respectivo.

Por lo que respecta a la falta de autoridad judicial, "en el lugar" debe entenderse, respecto de la población, villa o hacienda de que se trate, y se concibe para las rancharías, lugares despoblados, o aún -- en poblaciones de cierta importancia, cuando por algún motivo se carezca de ellas, de autoridades judiciales, o se hallan ausentado los -- jueces respectivos; pero no en el sentido de que baste que no se hallen estos presentes en la casa, calle o sitio de la comisión del delito, porque esto sería imposible y siempre autorizaría invariablemente a las autoridades administrativas.

Sin embargo, a esta última interpretación se acude frecuentemente para sostener aprehensiones que de otro modo serían injustificadas.

El Artículo 268 del Código de procedimientos penales del Distrito Federal, atiende no sólo a la distancia en que se verifica la detención, sino la hora de la misma, para entender la "falta" de autoridad judicial" relacionada con la "urgencia del caso", respecto a ésta, no hay nada concreto en la constitución, pero evidentemente, no se quiso restringir solamente al flagrante delito.

Se debe entender, como regla para considerar "urgencia" como lo señala el artículo 268 del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal, el que no haya tiempo para recabar del juez respectivo, el mandamiento que corresponde por la inminencia de la fuga del reo y la imposibilidad de asegurarlo de otra manera. (34)

(33) Acero, Julio, op. cit., p. 129

(34) García Ramírez también toma como caso urgente, cuando la policía sin orden de aprehensión detiene al presunto responsable, -- cuando aún no se ha ejercitado acción penal, y es evidente la responsabilidad de quien es aprehendido, ya sea que haya confesado o en base a otras pruebas.

Si se alcanza, sin perjuicio, a pedir del juez la orden de captura, - sólo él ha de expedirla. Si ya él tomó conocimiento del hecho y no ha decretado la orden de aprehensión del presunto responsable, nadie puede decretarla aunque se le tenga a mano, eso sería anticiparse al funcionario principal o quitarle funciones que exclusivamente le corresponden.

b) Flagrante delito.

El artículo 16 constitucional, establece que cualquier persona puede detener al responsable de un delito cuando éste es flagrante.

"Flagrar" del latín flagrare, significa arder o resplandecer como fuego o llama. De manera que etimológica y pintorescamente, flagrante delito equivale a delito flameante o resplandeciente para dar idea de un hecho vivo y palpable cuya realidad se impone claramente y subsiste ante los ojos del juzgador. (35)

Ahora bien, para que esto suceda es menester que el hecho delictivo se perdure o no haya concluido en el momento mismo en que se descubre, es decir, que se sorprenda su misma ejecución.

Para González Bustamante, delito flagrante es aquel en que el delincuente es materialmente sorprendido en el momento de estarlo cometiendo. (36)

Según Escriche, delito flagrante es aquel que se ha cometido públicamente y en el que el perpetrador ha sido visto por muchos testigos al mismo tiempo que lo consumaba. (37)

La doctrina acepta dividir la flagrancia en: flagrancia propiamente dicha, cuasiflagrancia y flagrancia presuntiva.

En el primer caso, es cuando el responsable es detenido en el momento mismo de estarlo cometiendo. (38)

El delito cuasiflagrante, es aquel en que el agente del delito, después de haberlo cometido, huye, y es perseguido materialmente, - siempre que la persecución dure y no se suspendiere mientras el -

(35) Acero, Julio, op. cit., p. 130

(36) González Bustamante, op. cit., p. 118

(37) Cit. pos., González Bustamante, op. cit., p. 119

(38) La Constitución toma al delito flagrante en strictu sensu, no así las leyes procesales.

responsable no se ponga fuera del alcance de los que le persiguen.

Delito flagrante presuntivo, se refiere a que en el momento de haber cometido el delito alguien lo señala como responsable y el acusado tiene en su poder el instrumento u objeto del delito, o bien presenta huellas o o indicios por los que se presume fundadamente su responsabilidad. -- (39)

El artículo 267 del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal, comprende el delito flagrante, cuasiflagrante y flagrante -- presuntivo.

Garraud, dice que la distinción entre delitos flagrantes y flagrantísimos, no es propia, ya que en el momento de cometerse todos lo son, y una -- vez transcurrida su ejecución dejan de serlo, y que por eso lo que realmente importa es saber si el delincuente fue sorprendido en el acto de la infracción, es decir, infraganti o no, y a eso es a lo que únicamente debe referirse la distinción. (40)

El concepto jurídico de flagrancia se constituye por la idea de relación entre hecho y delincuente, no bastando para la flagrancia, sólo el elemento objetivo, sino que es necesaria la presencia del delincuente, excepto en los casos previstos en la ley.

Un cadáver sangrante, una casa que se incendia, etc., no constituyen flagrancia, si el reo (sic) no es sorprendido en el acto mismo o no se le persigue inmediatamente. (41)

La jurisprudencia ha sostenido que no debe confundirse el delito con las consecuencias del mismo, que por delito flagrante, debe entenderse el que se está cometiendo actualmente 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. (42)

La cuasi flagrancia es una ficción jurídica, en cuanto a que aún existiendo la sorpresa del delincuente, no exige que se le haga en el momento de perpetrar el delito, sino que admite que se verifique después del delito pero en un tiempo inmediato y dadas ciertas condiciones de modo.

(39) Borja Soriano, op. cit., p. 187

(40) Cit. pos., Acero, Julio., p. 134

(41) Borja Soriano., ídem

(42) Semanario Judicial de la Federación T. XVII, p. 477

Ahora bien, respecto a la flagrancia, si se dá la condición de tiempo, no es importante el lugar en que se sorprenda al individuo.

En sentido amplio se puede considerar delitos flagrantes, no sólo -- los que se están perpetrando, sino los que se acaban de cometer.

Pero se plantea la cuestión de que cuanto tiempo después de concluir la ejecución puede considerarse al delincuente como recién sorprendido, esto es, cuando puede decirse que se acaba de cometer el delito, ¿ es a las dos o tres horas?, ¿ a los dos o tres días?, o ¿ hasta una semana después?. Esto es relativo e impreciso y la fijación de cualquier término que hubiesen señalado las legislaciones anteriores, habría resultado difícil, cuando no arbitrario y discutible. Pero de conformidad a los conceptos anteriores no dejará de prevalecer siempre como exigencia principal, la racional proximidad del tiempo de ejecución del delito para que se considere que su impresión subsiste íntegra y clara -- como forma actual que no se ha borrado ni alterado.

En resumen final, para la detención, tenemos que esta situación procesal que guarda el detenido, en las setenta y dos horas siguientes a -- su consignación es imprecisa y limitada.

Imprecisa, porque no está suficientemente comprobada la existencia material del delito, que constituye la base en todo procedimiento del orden criminal, sólo concurre la posibilidad legal de que el delito exista, ya que su comprobación es una facultad exclusiva del juez y -- resulta del análisis que haga de las pruebas obtenidas. No hay la certeza de que el detenido vaya a ser restituido en el goce de su libertad o sea declarado formalmente preso, perdiendo entonces su carácter de detenido para convertirse en procesado.

Limitada, porque el término de tres días que tiene el juez para -- resolver, no puede prolongarse, ni siquiera a pretexto de que el juez carece de pruebas para fundamentar su mandamiento.

Los términos en la detención, son fatales, cuentan de momento a momento, a partir de que el juez recibió aviso del encargado de la -- prisión donde se encuentre el detenido, por lo que la autoridad judicial, carceleros o alcaides, en su caso, si no observan dichos términos, son responsables de la prolongación de la detención.

Se ha hecho el cuestionamiento de que si las setenta y dos horas -- que teóricamente dedica el juez para decretar la situación jurídica de un detenido, son suficientes, se dice teóricamente, porque en la práctica, en los juzgados penales no se trabajan todas las horas del día, -- por lo que el término en la realidad se limita a unas cuantas horas --

de trabajo, a esto se le agrega el recargo de trabajo que abruma a los jueces, por lo que ese término también imposibilita hacer una impartición de justicia adecuada a las exigencias de la actualidad, por lo que tal vez sería conveniente una revisión a dicho término para hacerlo me nos rígido, ampliando el término a un plazo razonable, ya que aunque el sujeto estuviera detenido uno o dos días más, el juez se compenetra ría más en la responsabilidad que tiene en sus manos, para determinar la resolución del caso.

B. La Prisión Preventiva.

1. Aspecto general de la prisión preventiva.

De conformidad a la ley, el aseguramiento de una persona comienza con su aprehensión y detención, seguida de la consignación, ese aseguramiento no debe durar más de setenta y dos horas después de comunicada la consignación, cumplido ese término, si no se llenan determinados méritos y nuevas formas precisas, el detenido debe ser puesto en libertad por el propio juez, y aún subsidiariamente por los alcaides y carceleros bajo su responsabilidad.

Si por el contrario, dentro de las setenta y dos horas de la consignación los datos contra el recluso han persistido o se han agravado con las diligencias practicadas, al grado de juzgar que hay los méritos que la ley exige para que continúe privado de su libertad, entonces esto se precisará en el nuevo mandamiento justificado en toda forma y expedido forzosamente por el mismo juez para convertir el primer internamiento, corto y fijo, en la prisión fundada, de duración indefinida, por el tiempo que dure el proceso, hasta la sentencia final que definitivamente absuelva o condene, y sin perjuicio de la obligación de pronunciar dicha sentencia dentro de los términos señalados por la ley. (43)

La prisión preventiva es una medida cautelar que debido a su carácter personal y a su prolongada duración, sirve a propósitos que no se alcanzarían con la precaria detención. (44)

Sin embargo el hecho mismo de que se prive de la libertad a una persona antes del esclarecimiento de su responsabilidad, por la comisión de un delito, ha inquietado a juristas y ha suscitado debates en contra de la prisión preventiva, así San Agustín decía que "los hombres torturan para saber si deben torturar", mientras que Carrara señalaba a la prisión preventiva como la lepra del proceso penal. (45)

2. Concepto de Prisión Preventiva.

Existen diversas concepciones de la prisión preventiva, en atención-

(43) Salvo la obtención de la libertad caucional, desvanecimiento de datos, etc.

(44) García Ramírez, op. cit., p. 469

(45) Cit. pos., García Ramírez, op. cit., p. 22

a los fines que cada autor le otorga a esta figura.

Así, la prisión preventiva, es el estado de privación de la libertad - que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la actuación efectiva de la ley penal. (46)

Rivera Silva, dice que es el estado de privación de la libertad que guarda una persona contra la que se ha ejercitado acción penal. (47)

Zavaleta hace la distinción entre Helié Faustin y sus seguidores, de otros autores que se apartan de su concepción de la prisión preventiva - ya que para Faustin, la prisión preventiva, es a la vez medida de seguridad, garantía de ejecución de la pena y medio de instrucción. (48)

Entre los primeros, Emile Jamais dice que la prisión preventiva es una medida necesaria, una garantía valiosa para la seguridad de la instrucción y para la ejecución de la pena que podrá ser aplicada. (49)

Para Charles Martín es "un medio de instrucción, una medida de seguridad y de guarda de la persona del inculcado bajo el poder de la justicia y eventualmente una garantía de ejecución de la sentencia. (50)

Los autores que difieren de H. Faustin son Fenech, Tostes Malta y Máximo Castro.

Fenech, dice que la prisión provisional es un acto cautelar por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona, en virtud de una declaración de voluntad judicial y que tiene por objeto el ingreso de ésta en un establecimiento destinado al efecto, con el fin de asegurar su persona e impedir que burlen la acción de la justicia. (51)

Tostes Malta la define como una medida meramente tutelar que tiene por objeto conservar en seguridad al individuo para cuando, conde-

(46) Pérez Palma, op. cit., p. 209

(47) Op. cit., p. 147

(48) Cit. pos., Zavaleta., op. cit., p. 56

(49) Des droits et des garanties del inculpé, París, 1881, cit. pos., Zavaleta, op. cit., p. 56

(50) La détention préventive et la liberté provisoire, París 1935, cit. pos., Zavaleta, op. cit., p. 58

(51) Curso elemental del derecho procesal penal, Barcelona, 1945, T. II, cit. pos., Zavaleta, op. cit., p. 59

nado, no se sustraiga a la sanción penal. (52)

Máximo Castro, la toma como una medida de seguridad que adopta - el juez respecto a una persona acerca de la cual tiene motivos para suponer que es autora o partícipe en el delito investigado. Su objetivo es asegurar la aplicación de la pena atribuída por la ley a una infracción. (53)

La crítica que Zavaleta hace a Faustin y sus seguidores quienes dicen que la prisión preventiva es una medida de seguridad, porque un crímen puede arrastrar a otro, y en el caso de flagrante delito, la presencia del agente en el lugar del crímen, podría causar posteriores perturbaciones, garantía de ejecución de la pena, porque la fuga evita el castigo que le espera, y medio de instrucción porque la justicia extrae parte de sus pruebas de los interrogatorios y confrontaciones del inculcado, así como porque no debe tener posibilidades de hacer desaparecer las huellas del crímen, sobornar a los testigos o concertar con sus cómplices.

La crítica de Zavaleta es que la prisión preventiva no es una medida de seguridad en el sentido de que un crímen pueda arrastrar a otro y - señala que la realidad es que, en las prisiones, en las cárceles de encauzados, es donde se tramam y ejecutan, se tramarán y ejecutarán, -- con mas comodidad y perfección, delitos que no se hubieran podido con sumar o tramar por los autores, si estos estuvieran en libertad.

Respecto a la flagrancia, la idea es absurda.

Con relación a la posibilidad de que el inculcado desaparezca las huellas del crímen, soborne a los testigos, etc., cita a Aldama quien dice "no hay prisión capaz de impedir que el acusado maquine todo aquello que sus amigos y servidores son capaces para inclinar en su favor las pruebas. (54)

En cuanto a la instrucción, dice que ésta se cumple con la detención.

Fenech señala que debe cumplirse esta medida cautelar, en un establecimiento destinado al efecto, pero extiende a todos los fines del proceso el objeto de esta medida.

Los seguidores de Helié Fasutin, dicen que la prisión preventiva, -

(52) Cit., pos., Zavaleta, op. cit. p. 59

(53) Curso de procedimientos penales, Buenos Aires, 1928, T. II P. 26., cit. pos., Zavaleta, op. cit., P. 59

(54) Cit., pos., Zavaleta., op. cit., p. 69

muchas veces satisface la opinión pública, sobre todo cuando una infracción grave y de personancia la ha conmovido.

Esto, dice Zavaleta, es inexacto, ya que se confunde pasión pública con opinión pública, Rafael Bielsa dice que uno de los hechos que más perturba a la justicia, es la pasión pública, que se manifiesta como paciencia enfermiza y ávida de sensaciones; las masas quieren siempre responsable y experimentan cierto bienestar cuando se pone en la piqueta a algún personaje. (55)

La opinión pública dice Gracián, es algo orgánico, constituido por -- opiniones conscientes, fundadas, equilibradas, razonables y animadas -- por un sentido de justicia y de humanidad, que no se conturba con la -- sensación pública, sino que la neutraliza. No es a la pasión pública sino a la opinión pública a la que puede decirse aquello de vox populi, vox dei. (56)

La prisión preventiva, es una medida precautoria de índole personal que crea al individuo sobre quien recae, un estado más o menos permanente de privación de su libertad física, soportada en un establecimiento público destinado al efecto, y que es decretada por el juez competente en el curso de una causa, contra el sindicado, como partícipe en la comisión de un delito reprimido con pena privativa de la libertad, con el único objeto de asegurar su presencia durante el juicio y garantizar la -- eventual ejecución de la pena. (57)

3. Requisitos de la Prisión Preventiva.

Siendo la prisión preventiva, por su duración indeterminada dentro del máximo señalado por el artículo 20 constitucional para la terminación de los procesos, que puede ser hasta de un año, es natural que la ley exija mayores precauciones y formalidades, para justificar esa privación de la libertad.

Para que la prisión preventiva proceda, es necesario, en cuanto al fondo, los siguientes requisitos:

- a) comprobación plena del cuerpo del delito sancionado con pena privativa de la libertad, y

(55) ídem

(56) Zavaleta, Arturo, op. cit., p. 69

(57) ídem, p. 72

b) la probable responsabilidad del inculpado.

Mientras que la condición formal más importante es la que prescribe que:

La prisión preventiva debe ser necesariamente ordenada por escrito y por autoridad judicial.

Precisada la actividad iniciada desde el momento en que el procesado fue puesto a disposición del juez, éste, al fenecer el término de setenta y dos horas, resolverá la situación jurídica planteada, la cual se dará en los siguientes términos, auto de libertad por falta de elementos para procesar, auto de formal prisión o auto de sujeción a proceso, cuando el delito sea sancionado con pena no privativa de la libertad o alternativa.

Como ya mencionamos anteriormente, el auto de libertad por falta de méritos, reconoce que en la especie no se encuentra comprobado hasta ese momento el cuerpo del delito que se le atribuye al inculpado o a su presunto responsable.

Mientras que el auto de sujeción a proceso, señala, sin restringir la libertad del inculpado, el delito o delitos por el que deba seguirse el proceso.

Haremos referencia al auto de formal prisión, con más detenimiento que los anteriores, puesto que es con este auto, cuando ya se dice que hay prisión preventiva.

4. Auto de formal prisión

Dentro de un plazo de setenta y dos horas, el juzgador debe resolver si el indiciado puesto a su disposición por el Ministerio Público debe continuar privado de su libertad, en caso de resolver positivamente tal determinación, exige que la privación de libertad se justifique con un auto de formal prisión. (58)

El indiciado en tal caso, pasa a ser procesado, dicho estado implica que el juzgador considera comprobado plenamente el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del acusado, la presunción de responsabilidad no impide que el acusado conserve su inocencia. (59)

(58) Cosacov Belaus, Gustave, et. al., Duración del proceso penal - en México, Inst. Nac. de Ciencias Penales, México 1983, p.20

(59) Vélez Mariconde, cit. pos., Cosacov, op. cit., p. 20

Lo que permite mantener a un hombre privado de su libertad, cuando aún no ha sido declarado culpable, es la sospecha que recae sobre él, - en virtud de una acusación pública considerada suficientemente seria por el juzgador. (60)

El auto de formal prisión antecede a la prisión preventiva. Una persona que ha sido encarcelada por sospechas de que ha intervenido en la comisión de un delito, tiene el carácter de un detenido, si el juez resuelve decretar su formal prisión, habrá cambiado su situación jurídica, y de detenido o indiciado que era, se convertirá en procesado. La diferencia entre el auto de formal prisión y la prisión misma, consiste en que aquel, es el mandamiento pronunciado por el juez que motiva y justifica la causa de la prisión preventiva, en tanto que ésta es la privación de la libertad que se impone al presunto responsable de manera transitoria, por el tiempo que dure el proceso.

De conformidad a lo establecido en el artículo 19 constitucional y también como lo disponen las leyes adjetivas para el Distrito Federal, - así como la Federal; el auto de formal prisión, es la resolución pronunciada por el juez, para resolver la situación jurídica del inculcado al vencer el término constitucional de setenta y dos horas, por estar integrados los elementos del cuerpo del delito que merezca pena privativa de la libertad, y los datos suficientes para presumir la responsabilidad; siempre y cuando no esté probada a favor del procesado una causa de -- justificación o que se extinga la acción penal, para así determinar el delito o delitos por los que habrá de seguirse el proceso. (61)

Para García Ramírez, el auto de formal prisión, es la resolución -- jurisdiccional dictada dentro de las setenta y dos horas de que el imputado queda a disposición del juzgador, en que se fijan los hechos materia del proceso, estimándose acreditado plenamente el cuerpo del delito y establecida la probable responsabilidad del inculcado. (62)

En esencia, ambas definiciones coinciden, no hay una marcada diferencia.

A). Requisitos del auto de formal prisión

El Auto de formal prisión debe sujetarse a las disposiciones contenidas en el artículo 19 de la constitución y a las leyes procesales aplicables.

(60) García Ramírez, op. cit., p. 435

(61) Colín Sánchez, op. cit., p. 289

(62) Op. cit., p. 435

Los requisitos de fondo son los siguientes:

1. Comprobación del cuerpo del delito
2. Comprobación de la probable responsabilidad penal del inculpado
3. Que al inculpado se le haya tomado su declaración preparatoria, y
4. Que no esté plenamente comprobada alguna causa eximente de responsabilidad, (artículo 161 del Código Federal de procedimientos penales)

Algunos autores únicamente señalan como requisitos de fondo los dos primeramente anotados en base al artículo 19 constitucional, pero González Bustamente también incluye los dos últimos arriba mencionados.

Los requisitos de forma consisten en:

1. Lugar, fecha y hora exacta en que se dicta.
2. La expresión del delito que se imputa al inculpado por el Ministerio Público, con objeto de señalar la clasificación técnico legal que ha servido al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal, a la vez que facilita la defensa del inculpado, estableciendo con exactitud, cuales son los hechos punibles atribuidos.
3. La expresión del delito o delitos por los que deberá seguirse el proceso para cumplimentar lo dispuesto por el artículo 19 constitucional, segundo párrafo.
4. La expresión del lugar, tiempo y demás circunstancias de ejecución. Esto es con referencia a la necesidad que hay de fijar las condiciones y circunstancias en que se cometió el delito para el eficaz esclarecimiento de los hechos, en relación con las pruebas obtenidas, y
5. Nombre del juez que dicta el auto y del Secretario que autoriza. (artículo 297 del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal)

Estos requisitos de forma, principalmente son la mención pormenorizada que el juez hace por escrito en el mandamiento respectivo, de las -

actuaciones concretas, con que considera, en base a la ley, que se han llenado los requisitos de fondo primeramente expuestos; no bastando entonces, que haya datos suficientes de comprobación del cuerpo del delito; se deben expresar y referir.

No es suficiente que aparezca en el expediente la presunta responsabilidad del detenido, se debe señalar cuales constancias acusan esa presunta responsabilidad, detallando las principales circunstancias del acto delictuoso a que se refieran dictando en suma una resolución motivada y fundada. (63)

B) Efectos del auto de formal prisión.

1. Justifica la prisión preventiva del sujeto, que a partir de ese momento inicia, transformándose entonces, la detención que hasta ese momento hubiera tenido lugar, en prisión preventiva propiamente dicha.
2. Con este auto, se produce un cambio en la situación jurídica del inculpado, cambio vinculado con la mutación de la detención en prisión preventiva. De esta manera el inculpado cesaría de ser detenido para pasar a ser procesado.
3. Precisa el delito por el que ha de seguirse el proceso, limitando la decisión de la sentencia al delito por el cual se decretó esta providencia.

Fija las cuestiones que el juez deberá resolver en la sentencia definitiva sin que le sea lícito decidir si el inculpado cometió otros delitos diversos del que se le imputa en dicho auto, si posteriormente, de las constancias procesales aparece que se ha cometido un delito diverso, se hará necesario abrir un nuevo proceso. (64)

4. Facilita el embargo de bienes del reo, de conformidad al artículo 35 del Código de procedimientos penales del Distrito Federal, siempre que haya temor de que el responsable oculte o enajene sus bienes, bastando la petición del Ministerio Público, del ofendido o la prueba de la necesidad de tal medida. (65)

(63) Acero, Julio., op. cit., p. 136

(64) Pallares, op. cit., p. 65

(65) Idem

5. Restringe la libertad del inculpado, sin perjuicio de que pueda obtenerla bajo fianza en el caso de que proceda. (66)
6. Con este auto se inicia el cómputo de los plazos señalados por el artículo 20 constitucional, fracción VIII para el juzgamiento del reo.
7. Este auto suspende los derechos del ciudadano, tratándose de delito que merezca pena privativa de la libertad. (artículo 38 fracción II constitucional)
8. Asimismo, con este auto, concluye la primera parte de la instrucción. (67)
9. Con las reformas de 1971, el auto de formal prisión señala el procedimiento que debe seguirse, sumario u ordinario, según sea el caso.

La doctrina señala como efecto, que con este auto la autoridad judicial comprueba haber cumplido con su obligación de resolver la situación jurídica del inculpado dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que éste quedó a su disposición.

Aunque ningún auto de este género sea correcto, si no satisface todas y cada una de las prescripciones apuntadas, es muy diversa la consecuencia a que da lugar por falta de ellos según se trate de la violación de los requisitos de fondo o de forma.

Si no se cumplieron los requisitos de fondo, el auto no debió dictarse, ya que no hubo materia suficiente y en suma, el auto es ilegal para la resolución misma que implica; por lo que para su revocación se acudiría a la apelación o al amparo, y el resultado será la libertad misma del reo, ya que la libertad era lo que procedía al faltar cualquiera de las exigencias. (68)

Si en cambio la violación fue de mera forma, si en realidad estaba comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, etc., entonces la reparación tendrá que ser simplemente de forma, y se consi-

(66) García Ramírez, op. cit., p. 443

(67) Idem

(68) Acero, Julio, p. cit., p. 136 y García Ramírez, op. cit., p. 184-185

derará ilegal el proveído en cuestión; también será revocable en amparo indirecto o en apelación. (69)

Pero el resultado de esta revocación no será la libertad del detenido, para cuya restricción existieron los motivos suficientes y a quien por tanto no se agravó con la restricción misma; únicamente se modificará el texto, se hará la reparación de las omisiones de redacción cuya falta constituye el único agravio en contra del reo y cuya enmienda es hacer efectiva la obligación de que se dicte el auto de que se trata en la forma debida, además de adoptar en su caso las medidas o correcciones disciplinarias que contra el juez correspondan.

La costumbre en los Tribunales Penales del Distrito, es dar vista a los Ministerios Públicos adscritos a los juzgados antes de que el juez resuelva sobre la formal prisión o sobre la libertad por falta de méritos, a fin de que emitan su parecer. Esta costumbre no está inspirada en ningún fundamento legal y ha ocasionado que el Ministerio Público se convierta en asesor del juez, señalándole el camino que debe seguir con menoscabo de la independencia del poder judicial. (70)

La costumbre, en los juzgados, al hacer saber al alcaide o al director de la cárcel preventiva, el auto que decreta la formal prisión de un detenido, es la de enviarle la boleta de "bien preso" unas veces aprovechando las formas impresas, otras redactando a máquina la comunicación.

Este sistema, ante el mandato constitucional, es insuficiente, pues lo que se debe enviar es la copia autorizada del auto de formal prisión.

Los requisitos expuestos no se exigen como una simple y vana -- formalidad. Ceniceros expresa que "el auto debe ser motivado en el hecho y en el derecho; lo primero, consiste en la existencia de datos o constancias que hagan presumir, fundadamente, que el inculpa-do es el autor del delito que se imputa y que éste realmente se perpetró; lo segundo, debe consistir en que el delito imputado merezca pena -- corporal (sic). (71)

(69) García Ramírez., Art. 18, prisión prev. p. 185

(70) González Bustamante, op. cit., p. 185

(71) Ceniceros, J.A. Trayectoria del Derecho Penal Contemporáneo, Biblioteca de "Criminalía", 1943, cit. pos., Zavaleta, op. cit., p. 129

5. Fines de la prisión preventiva.

Los autores difieren en cuanto a los fines de la prisión preventiva, mientras para unos, como se verá enseguida, abarca los fines del proceso, otros no coinciden en esa apreciación.

Así para Pisapia, la prisión preventiva, desde Roma, pasando por la época medieval, hasta nuestros días ha evolucionado advirtiéndose en ella los siguientes planos sucesivos; Garantía de ejecución de la pena; coerción procesal encaminada a asegurar la presencia del imputado en el proceso; prevención para evitar la perpetración de delitos por parte del o contra el propio inculpado. (72)

Alcalá y Zamora dicen que con la prisión preventiva se pretende -- que la investigación de la verdad esté libre de obstáculos, lo que no se podría realizar si la persona acusada estuviera en libertad, ya que usa ría esta libertad para ocultar los instrumentos del delito, dificultando las pruebas y entorpeciendo la marcha del procedimiento. (73)

Mientras que para Pérez Palma, tiene dos propósitos, por un lado, evitar que el acusado eluda el juicio y la probable sanción que se le imponga en caso de ser culpable; y por otro, facilitar la actuación de la ley, pues de no estar el reo presente la continuación del proceso - sería imposible. (74)

Por su parte, Zavaleta y Fenech coinciden en que la prisión preventiva tiene dos fines fundamentalmente; asegurar la presencia del imputado, y la eventual ejecución de la pena.

Para Zavaleta, la prisión preventiva no tiene como fines evitar la comisión de nuevos delitos, satisfacer la opinión pública, impedir conclusiones, etc., ya que para él, lo que importa es la etapa del juicio, puesto que es en ella en donde de resultar responsable del hecho delictuoso que se le imputa, el inculpado habrá de ser condenado a sufrir la pena conminada por la ley sustantiva para la norma penal infringida, la etapa en suma, en donde habrá de hacerse efectiva la pretensión punitiva del Estado, derecho que exige un juicio previo de responsabilidad en el que se demuestren los fundamentos de la acusación y se desprende la consecuencia, la obligación que tiene el imputado de sufrir la pena.

(72) Cit. pos., García Ramírez, op. cit., p. 269

(73) Cit. pos., Borja Soriano, op. cit., p. 185

(74) Pérez Palma, op. cit., p. 209

6. Distinción de la prisión preventiva con otras figuras.

En el lenguaje común se utilizan indistintamente, arresto, prisión y detención, etc., por lo que es conveniente darles una connotación apropiada para distinguir una figura de otra.

a) Prisión por ejecución de sentencia.

Las penas privativas de la libertad como son la prisión propiamente dicha y la prisión preventiva, se cumplen mediante la internación del individuo en un establecimiento público destinado al efecto, y ambas, de lo que privan es de la libertad de locomoción, pero en tanto la prisión o sanción de prisión como dice Borja Soriano, se impone a un hombre después de un juicio en el que se ha acreditado plenamente su culpabilidad, mientras que la prisión preventiva se decreta en el curso de una causa, como simple medida cautelar tendiente a asegurar la presencia del imputado durante el juicio y a garantizar la eventual ejecución de la pena, y aunque tiene todos los efectos de una pena, ya que infringe un mal a quien la soporta, no lo es porque no contiene como ésta, idea alguna de retribución sino que se impone por razones de necesidad social, y la prisión para Borja Soriano, que ha impuesto la sentencia. (75)

Para Rivera Silva, la prisión, consiste en la privación de la libertad sufrida en cumplimiento de una pena corporal, (sic) después de haberse dictado sentencia que ha causado estado. (76)

b) Arresto

Es una medida coercitiva de simple precaución que se adopta en contra de varias personas presumiblemente partícipes en la comisión de un delito con el objeto de hacer factible la individualización de los autores del mismo y de las personas que lo hubieren presenciado o tuvieron conocimiento de él. (77)

Para Zavaleta, el arresto no es una medida que se dirija en contra de una determinada persona, sino contra varias, y que una vez llamada la finalidad perseguida, la restricción de la libertad, cesa para todos aquellos cuya individualización como autores ha quedado descartada.

La prisión preventiva por el contrario, se decreta directamente contra un hombre perfectamente individualizado como autor, cómplice o encubridor de un hecho delictuoso, imponiéndosele con el único objeto

(75) Borja Soriano, op. cit., p. 186

(76) Rivera Silva, op. cit. p. 147

(77) Zavaleta, op. cit., p. 132

de asegurar su presencia durante el juicio y garantizar la eventual ejecución de la pena.

El arresto es la privación de la libertad como consecuencia de un mandato de autoridad administrativa. (78)

"Es la prisión puramente correccional" o administrativa, sancionadora de faltas y no precautoria". (79)

El artículo 21 constitucional señala que el arresto no puede exceder de treinta y seis horas, excepto cuando no se pague la multa, se permu- tará por arresto.

c) Aprehensión

La aprehensión, del latín prehencia, consiste en coger, prender o asegurar. Se entiende como el acto material que ejecuta la policía judicial y que consiste en asegurar o aprehender a una persona bajo custodia con fines preventivos conforme lo amerite la naturaleza del proceso. (80)

Mientras que la prisión preventiva es la privación de la libertad que guarda una persona contra la que ya se ejercitó acción penal, para que el delincuente no se sustraiga a la acción de la justicia.

d) Detención y prisión preventiva.

En cuanto a la detención y a la prisión preventiva, aunque ambas se inspiran en la necesidad de asegurar al presunto responsable, la detención puede durar unas cuantas horas, las indispensables para que el juez haga saber al inculcado los cargos existentes en su contra y le tome su declaración preparatoria, en tanto que la prisión preventiva prolonga el aseguramiento de la persona por el tiempo que dure la secuela del proceso a fin de que quede sujeto al tribunal que lo juzga hasta que se dicte sentencia y se decida si es o no culpable.

En estas condiciones está obligado el juez a observar estrictamente los términos constitucionales computados a partir del momento en que el detenido quede a su disposición, tomándole su declaración preparatoria dentro del término de cuarenta y ocho horas y resolviendo su situación jurídica dentro de las setenta y dos horas, sea al declararlo for-

(78) Rivera Silva, op. cit., 147

(79) García Ramírez, op. cit., p. 22

(80) González Bustamante, op. cit. p. 113

malmente preso o al decretar su libertad por falta de méritos para -- procesar.

La detención y la prisión preventiva se asemejan en que ambas son estados negativos de la libertad individual, pero se diferencian en que en la detención, la libertad ambulatoria queda interferida eventual y transitoriamente a resultas de la decisión posterior de una autoridad judicial o gubernativa. (81)

La prisión preventiva puede durar todo el tiempo en que se lleve a cabo el proceso, en tanto no desaparezcan los motivos que le han dado nacimiento.

Mientras que la prisión preventiva sólo puede ser decretada por -- los jueces, la detención puede serlo también por otras autoridades, -- (Ministerio Público, autoridades administrativas, etc.)

En tanto que en la detención, la restricción de la libertad de locomoción tiene por objeto, principalmente evitar el ocultamiento de la verdad por parte del imputado, es decir, que se destruya la huella -- del delito, soborne a los testigos, o se concierte con sus cómplices, en la prisión preventiva la finalidad única, es asegurar la presencia del inculcado durante el juicio, y garantizar la eventual ejecución de la pena.

Ambas reconocen un estado de privación de la libertad, pero difieren en cuanto al término de su duración y en cuanto a las consecuencias jurídicas que producen.

La detención y la prisión preventiva son medidas cautelares que el Ministerio Público y los jueces hacen valer para evitar que el delincuente obstaculice la averiguación, desvirtúe los hechos, dificulte la investigación, no concierte con sus cómplices o se oculte, así como para asegurar la presencia del imputado y garantizar la eventual ejecución de la pena.

La detención inicia a partir de que el sujeto queda a disposición de la autoridad judicial, por efecto de la orden de aprehensión o por la consignación que haga el Ministerio Público, y termina con el auto de formal prisión, el auto de libertad por falta de méritos -- o el auto de sujeción a proceso.

(81) Zavaleta, Arturo, op. cit., p. 132

La prisión preventiva, comienza con el auto de formal prisión hasta el pronunciamiento de sentencia que cause ejecutoria, en el juicio motivado por el hecho delictuoso de que se trate.

Aunque la prisión preventiva y la detención tienen la misma esencia, tienen discrepancia en cuanto a su grado, ya que la prisión preventiva es más prolongada, más intensa y permanente, mientras que la detención es de menor duración.

Esta distinción de terminología es importante para tomar en cuenta la determinación del inicio, duración y terminación de la detención y de la prisión preventiva, puesto que manejándolas como una sola figura, no se observaría en forma concisa y concreta si se han cumplido los -- términos constitucionales para una y otra figura, no estaría determinado claramente si el sujeto es un simple detenido o si es ya un procesado, así como para el caso de indemnización por detención excesiva (en los países cuyas legislaciones contemplan esta situación), también es conveniente distinguir una de otra, para la fijación de sanciones a las autoridades que no cumplan con la obligación de determinar la situación jurídica del inculcado en los términos que se le señalan.

En estricto sentido, la detención concluye al dictarse el auto formal-prisión, por lo que no coincidimos con los autores que hacen de la detención y de la prisión preventiva una sola cosa, como lo hacen entre otros autores, Rodríguez y Rodríguez quien dice que es una misma situación dividida en dos perfodos, y como ya se observó anteriormente, aunque ambas tienen semejanzas, discrepan en cuanto a ciertos requisitos y efectos.

También Carrancá y Trujillo, lo mismo que Burgos, señalan que detención y prisión preventiva significa lo mismo. (82)

Mientras que otros autores por su parte, como González Bustamante, sólo derivan la detención de la orden de aprehensión y como ya se ha apreciado, la detención no se da únicamente en esta situación, por su parte, Rivera Silva asocia la detención al simple depósito en un establecimiento carcelario para impedir la evasión del detenido. (83)

Como ya se ha establecido, no es tan superficial y sencillo como lo toman estos autores, sino que tanto la detención como la prisión preventiva requieren de ciertas premisas establecidas en la constitución y en las leyes procesales para que puedan proceder, y cada una tiene requisitos propios que deben cumplirse, ya que los efectos por el in-

(82) Cit. pos., García Ramírez, op. cit., p. 468

(83) Op. cit., p. 147

cumplimiento de dichos requisitos son distintos.

El señalamiento en el derecho interno, de las condiciones de fondo y de forma, las primeras, como causas que justifican la aplicación de dichas medidas, y las segundas como exigencias que deben satisfacerse para que la prisión preventiva y la detención sean consideradas legítimas y válidamente decretadas, son medios legales a través de los cuales se racionaliza y principalmente se limita el recurso de utilizar indiscriminadamente estas medidas privativas de la libertad.

Asimismo, tanto en beneficio de la preservación real de la libertad personal, como un bien del ser humano, así como en interés de una justicia social humanizada, como para el respeto de muchos otros derechos de la persona que se ve privada de la libertad con motivo de la detención o de la prisión preventiva, el derecho interno, pero sobre todo las autoridades y órganos encargados de velar por su cumplimiento, deben garantizar y asegurar realmente a toda persona que se encuentre en tal supuesto, tanto si es culpable, como, y con mayor razón, si resultare tratarse de un inocente, que ésta, tendrá la ocasión inmediata de ser presentada y podrá justificarse ante la autoridad judicial, que se le informará y notificará sobre los motivos de su detención, que se presumirá su inocencia mientras no se demuestre su culpabilidad, que se revisará y determinará lo bien o mal fundada de la decisión que le priva de su libertad, que de no existir causas o motivos de peso que requieran su reclusión se le pondrá en libertad en tanto se substancia el juicio, que tendrá la oportunidad de defenderse y ser asistido a la misma. Es decir, que se le otorgue protección jurídica a toda persona sujeta a cualquiera de estas figuras, protección que la ley suprema y las leyes secundarias prescriben para toda persona y que los órganos encargados de aplicarlas deben velar para que se lleven a cabo tal como están prescritas, otorgando una real protección al individuo.

CAPITULO IV

REPERCUSIONES POR EL MANEJO INDISTINTO DE LA DETENCION Y DE LA PRISION PREVENTIVA

A. Repercusiones legales

B. Repercusiones sociales

Las sociedades civiles deben estudiar los modos de conseguir que la punición corrija.

Pero deberían estudiar además los modos para impedir que la prevención corrompa. +

+ Pensamiento presentado al Congreso Internacional de Londres para la prevención y represión del delito, 1872.
La prisión preventiva, propuesta de reformas, Marcelo Finzi, Edit, De Palma, Buenos Aires, 1952.

A. Repercusiones legales

En cuanto a la detención, se ha considerado, generalmente que es el juez, quien aparentemente resulta responsable por se él quien decide al concluir el término de setenta y dos horas, pero observando con detenimiento dicho problema, se puede decir que no es él efectivamente el culpable, sino toda una serie de deficiencias que le preceden, tales como la falta de personal suficiente y técnico, escaso para los juzgados, los Secretarios y escribientes que no bastan para el mucho trabajo que los rodea y que tienen bajo su responsabilidad.

Asimismo, el Ministerio Público, que es quien aporta las pruebas para comprobar plenamente el cuerpo del delito, así como la presunta responsabilidad del inculcado, carece de suficiente policía judicial a sus órdenes, de taquígrafos listos para despachar sus promociones y la cooperación de peritos en general, lo concretan a pedir urgentemente al vencer el término, la formal prisión o la libertad del reo.

La trascendencia del error o de las arbitrariedades de las conclusiones formuladas en tres días, con cúmulo de trabajo, incluso por agentes legos, es un pernicioso absurdo. (1)

En consideración de que se observa la situación de que no son realmente setenta y dos horas las que se trabajan en los juzgados, se considera que el plazo de setenta y dos horas para decidir la situación jurídica del inculcado no es suficiente ya que ese término se reduce a menos horas de trabajo práctico, aunado a ello el exceso de trabajo que abruma a los jueces, imposibilita una buena impartición de justicia.

Por ello se considera que dicho término, angustioso, improrrogable e ineludible de setenta y dos horas teórico, es insuficiente para satisfacer las exigencias de la realidad actual y no tiene el respaldo de un argumento que lo justifique doctrinaria o prácticamente, por lo que cabría hacer una revisión del ya mencionado término con el fin de hacerlo menos rígido, ya que aún cuando el inculcado estuviese detenido unas cuantas horas más, el juez contaría con un tiempo más razonable para compenetrarse en la seria responsabilidad depositada en sus manos para tomar una resolución.

En lo que concierne a la prisión preventiva, podemos considerar que una repercusión legal que acarrea esta medida lo constituye la excesiva duración del proceso penal.

(1) Cruz Manjarrez, D. Consideraciones sobre el artículo 19, Tesis, UNAM, 1947.

El principio de libertad del procesado, tiene su más importante restricción en el caso de que el mismo sea reducido a prisión antes de que la sentencia de condena sea firme, es decir, si es evidente que el procesado sea privado de su libertad una vez que exista sentencia firme de condena, es natural que sólo en caso de necesidad, sufra aquellas restricciones con anterioridad a la misma, restricción decretada cuando al imputado se le atribuye un delito reprimido con pena privativa de la libertad, necesariamente debe ser delito de esa índole, por la razón que solamente de ellos puede emerger el peligro de fuga, ya que el acusado de un delito castigado con pena no privativa de la libertad o alterna, no tiene en realidad interés en eludir el juicio

Ahora bien, suponiendo que el juez tenga a su disposición un cúmulo de procesos, algunos con detenido y otros con el imputado en libertad durante su tramitación, el criterio admisible, sería fallar primero aquellos asuntos en los que un individuo detenido está involucrado

El criterio anterior se sostiene en base a que la prisión preventiva sólo se justifica en virtud de evitar la rebeldía procesal del acusado, que en nuestra legislación da como consecuencia la suspensión del procedimiento

El legislador, siguiendo pautas constitucionales ha establecido que no da lugar a la libertad provisional cuando el delito imputado tenga señalada una pena cuyo término medio aritmético sea superior a cinco años de prisión; de esta manera los delitos más severamente castigados se tramitan con la privación de la libertad del procesado y los más levemente sancionados, con el procesado en libertad

La fracción VIII del artículo 20 constitucional, fija dos plazos para la duración del proceso penal, basado en su criterio en la gravedad de la sanción prevista por el delito imputado, si la sanción es igual o menor a dos años de prisión, el acusado debe ser juzgado antes de cuatro meses, y si excede de dos años la pena privativa de la libertad, el límite es de un año

Como ya se mencionó anteriormente, el artículo 19 constitucional, regula el plazo máximo para dictar la formal prisión mientras que el artículo 20 del mismo ordenamiento establece el plazo máximo de cuarenta y ocho horas para informar al imputado el delito por el que se le acusa y demás datos para su defensa; con el derecho a rendir en el mismo acto su primera declaración ante el juzgador

De esta manera, tenemos que si el juez retarda la terminación del proceso, más allá de los términos establecidos, se estará violando dicha garantía, en perjuicio del acusado, y la violación se reclamará-

en el juicio constitucional de amparo, para el efecto de obligar al juez a que cierre la instrucción y concluya el proceso

La constitución en su parte orgánica, artículo 107 fracción XII, establece la autoridad competente para reclamar la "violación de las garantías que establecen los artículos 16, 19 y 20 en materia penal"

La jurisprudencia de la Suprema Corte ha resuelto que el efecto del amparo concedido por la violación del artículo 20 fracción VIII de la constitución, es el de obligar a la autoridad responsable a que falle de inmediato el proceso, absolviendo o condenando al inculcado; expresamente se niega que su efecto sea poner en libertad al reo. (2)

La interpretación jurisprudencial respecto al alcance del incumplimiento de los plazos fijados en el artículo anteriormente mencionado, es moderada, según la jurisprudencia la garantía se refiere únicamente a individuos privados de su libertad, con lo cual el plazo de cuatro meses para procesados por delitos con dos años o menos de prisión, sólo incluirá casos aislados en base al sistema de la libertad provisional vigente

Por su parte, la expresión, "será juzgado" que emplea el artículo 20 fracción VIII, ha sido interpretada en el sentido de que es la sentencia de primera instancia la que constitucionalmente habría de ser dictada antes del año señalado en este precepto, entendiendo el derecho del acusado a ser juzgado en dicho plazo, en el sentido de que pronunciando sentencia de primera instancia, antes de que transcurriera un año se cumplía la garantía constitucional.

Actualmente se piensa que la garantía de ser juzgado antes de un año, se debe entender en el sentido de que antes de dicho plazo, debe ya existir sentencia ejecutoriada, es decir, definitivamente juzgado

La situación que el artículo 19 constitucional prevee es distinta a lo anteriormente señalado, pues la violación del plazo que éste establece da como consecuencia inmediata lo que prevee el artículo 107 fracción XVIII de la constitución, que es la libertad del procesado, sin necesidad siquiera del juicio de amparo

Transcurrido un año sin haber resuelto si el sospechoso es culpable o inocente y privado aún de su libertad en forma cautelar, no recupera ésta a menos que el juzgador lo absuelva. Por lo que se entiende que el plazo de un año no se refiere a la duración de la pri -

(2) Cosacov, op cit., p 17

sión preventiva sino a la duración de los procesos, pues si se refiere a la primera, la consecuencia fuera de la libertad inmediata del inculpado.

La corte consideró que los plazos del artículo 20 fracción VIII, no se refieren a la totalidad del proceso sino solo a la primera instancia, y si no considera que constituyen un límite a la duración de la prisión preventiva, aunque limita su alcance a los procesos con detenido, ¿que interés en juego protege con la concesión del amparo?. La corte al ordenar al juzgador concluir el proceso, cerrando de inmediato la instrucción y previa formulación de conclusiones, prohíbe la admisión de nuevas pruebas e individualiza la obligación impuesta a los jueces penales, con ello no se sanciona el incumplimiento sino que ordena realizar la conducta omitida, se trata en definitiva, del efecto mínimo de un recurso de queja, también conocido como recurso de pronto despacho.(3)

Respecto a la duración real del proceso penal, no existe en la literatura procesal mexicana, estudios que se aproximen de manera empírica a la cuestión.

En su antología sobre el problema de la administración de justicia en México, Fix Zamudio afirma, "un problema esencial es el relativo a la lentitud de los procesos, que constituyen una enfermedad universal, y que en nuestro ordenamiento resulta desesperante, pero que no depende exclusivamente de nuestras envejecidas leyes procesales, sino del fenómeno de la inactividad procesal, que en mucho se relaciona con la deficiente organización judicial. (4)

Con la finalidad de evitar los daños que causa la prisión preventiva, los diversos países, en sus legislaciones respectivas han ideado algunos sistemas, entre ellos:

- a) Sistema de caducidad, por medio de éste, transcurrido cierto plazo, cesa automáticamente la prisión. (5)
- b) Sistema de revisión, en cuyos términos la autoridad debe revisar periódicamente el fundamento de la prisión (6)

(3) Cfr. Cosacov, op. cit., p. 21

(4) Cit. pos., Cosacov., op. cit., p. 21

(5) Este sistema fue recogido por el código procesal italiano de 1914

(6) Se sigue en Alemania, el juez de oficio revisa periódicamente si ha de subsistir la prisión a los dos meses de haberse decretado y después en forma sistemática cada tres meses.

c) Sistema ecléctico, éste acepta la revisión periódica y la cesación del encarcelamiento después de corrido cierto plazo. (7)

La excarcelación en nuestro país, se da cuando se agota el plazo para la expedición y la entrega del auto de formal prisión a la autoridad carcelaria (artículo 107 fracción XVIII de la constitución), mientras que el artículo 20 fracción X del mismo ordenamiento, dispone que por deuda o responsabilidad civil, la prisión preventiva no se prolongará - en lo absoluto ni por más tiempo del que como máximo fija la ley.

El artículo 215 del Código penal y el artículo 555 fracción I del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal, establecen - que el servidor que no denuncie o haga cesar en forma inmediata la -- privación ilegal de la libertad, si está en sus atribuciones, incurre - en abuso de autoridad.

La prolongación de la detención por más tiempo del que como máximo marca la ley, es posible, especialmente en los procesos relacionados con penas cortas, en los que el acusado no ha conseguido su libertad bajo fianza o caución, por incidencias procesales como lo pueden ser la resolución de competencias entre fueros diversos o entre jueces de distintas jurisdicciones territoriales, o bien con motivo del trámite de recursos ordinarios o de la interposición de algún juicio de amparo, incluso por la pérdida de un expediente, o por tardanzas imputables al juez, y por estas circunstancias, el procesado sufre una prisión preventiva prolongada por un tiempo igual o mayor al que como máximo establece la ley para el delito a que se refiere el proceso. (8)

El juez, a petición del acusado o de su defensor o de oficio ante la inactividad de aquellos, en acatamiento al mandato constitucional está obligado a decretar la libertad mediante auto fundado y motivado en el que haga consideraciones sobre el tiempo que haya durado la prisión preventiva, sobre la pena máxima imponible, ya que estando -- compurgada la pena mediante la duración de la prisión preventiva debe ser puesto en libertad sin más restricciones que la de presentarse al juzgado cuando sea requerido para ello, a fin de dar término al proceso.

Aunque la causa jurídica y la finalidad de la prisión por pena y la prisión preventiva, son radicalmente distintas, ambas se resuelven en privación de la libertad, por lo que nada impide, sino al contrario, - por razones de justicia se aconseja imputar el período cumplido en pri

(7) García Ramírez, op. cit., p. 473

(8) Cfr. Pérez Palma, p. 323

sión preventiva, que a menudo es muy considerable, al tiempo que se haya fijado a la pena.

El artículo 20 fracción X de la constitución, es terminante al respecto, y esta norma debe interpretarse en sentido amplio, comprendido -- tanto a la detención, como a la prisión preventiva. (9)

Cumpliendo este mandato constitucional, es costumbre ya establecida, que el juez disponga que la pena de prisión se compute a partir de la fecha de la detención o de la ejecución de la orden de aprehensión.

Aunque el precepto anteriormente mencionado, no hable de prisión preventiva sino de detención, se entiende que el constituyente tuvo en mente la idea de referirse a la primera y no únicamente a la segunda, en razón de que ésta, con arreglo a la propia constitución se limita a -- unas cuantas horas, es decir., a un término breve.

Posiblemente, si los procesos se tramitaran rápidamente, se daría la situación de que los individuos condenados estarían menos tiempo -- en prisión preventiva, y al estar ya en prisión efectiva, se podría observar el tratamiento penitenciario en todo su esplendor o su decadencia.

Ahora bien, un problema grave de la prisión preventiva, lo constituye, el que después de que una persona ha pasado meses, o tal vez años, en prisión preventiva, la sentencia es absolutoria, como dice Pérez Palma, "el detenido saldrá libre, pero las molestias ocasionadas con la -- pérdida de la libertad, los daños y los perjuicios inferidos, las incomodidades y restricciones padecidas, la vergüenza de la cárcel, todo ello y más, como una vez me dijo un preso, ¿ eso quién me lo paga ? (10)

En cuanto al lugar en que debe cumplirse la prisión preventiva, debe ser en un establecimiento público destinado al efecto, esto es una -- circunstancia trascendental e importante, ya que los procesados no deben cumplir en los mismos establecimientos penales en que purgan -- sus penas los condenados, como desafortunadamente acontece en la actualidad.

(9) Art. 20 Frac. X, párrafo 3. En todo juicio del orden criminal tendrá al acusado las siguientes garantías:

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

(10) Pérez Palma, op. cit., p. 325

El artículo 18 constitucional, establece que el lugar en que se lleve a cabo la prisión preventiva debe ser diferente al lugar en que se ejecute la pena.

Para Carrancá y Trujillo, este artículo establece también la diferencia en cuanto al régimen y tratamiento, aunque García Ramírez señala que no debe hablarse de tratamiento penitenciario en la prisión preventiva, por lo que dice que el régimen para las personas sometidas a esta medida, debe ser más benévolo que el correspondiente a los sentenciados, lo cual es lo más lógico.

Las legislaciones de algunos países recogen el principio liberal de la presunción de inocencia en favor del procesado, hasta la emisión de sentencia firme. En México, este principio se encuentra en el artículo 36 del Reglamento de los Reclusorios del Distrito Federal de 1979.

Sin embargo, lo anterior no se da realmente, principalmente con la prisión preventiva, inclusive con la constitución, ya que ésta, suscita el auto de formal prisión en la presunta o probable responsabilidad del inculcado, es decir, en una presunción opuesta a lo que el principio sostiene.

Es evidente que la separación entre procesados y sentenciados es necesaria, aquellos no tienen porque convivir con éstos, tomando en cuenta que su situación jurídica es radicalmente distinta, por cuanto a que puede tratarse de inocentes.

El problema anterior lo trataron los Constituyentes de 1916-1917, quienes consagraron la fórmula que aún perdura, y que establece que, el sitio de la prisión preventiva será distinto al que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

No obstante lo anterior ha quedado en letra muerta, como se ha reconocido constantemente, ante el senado, Matos Escobedo, señaló que, "en la mayoría de los Estados, los locales de reclusión, son verdaderas cloacas insalubres en que conviven simples detenidos y procesados, cuya responsabilidad no ha sido definida legalmente, con individuos declarados ya delincuentes y enemigos de la sociedad, por sentencia judicial irrevocable. (11)

Sin embargo, a pesar de que la propia constitución lo establece, en realidad la falta de separación ha existido de mucho tiempo atrás y subsiste en nuestros días.

(11) Cit. pos. García Ramírez, el Artículo 19, la prisión preventiva, sistemas penitenciarios, p. 30

B. REPERCUSIONES SOCIALES

La prisión preventiva, tiene el defecto de que la sufre el inculpado, cuando sobre él recaen olamente presunciones de culpabilidad, es decir, cuando aún se ignora si en la sentencia definitiva habrá de ser -- absuelto o condenado a sufrir alguna pena.

Se reconoce que el encarcelamiento del imputado antes de la condena es una injusticia, pero asimismo, se reconoce que es una injusticia necesaria.

Necesaria, para formar el proceso escrito.

Necesaria, para alcanzar la verdad, impidiendo al imputado sobornar a los testigos, destruir pruebas, etc.

Necesaria, para asegurar la presencia del imputado.

Necesaria, para lograr la ejecución de la pena, a fin de que el reo no se sustraiga a ella por medio de la fuga.

La necesidad justifica, el derecho de la sociedad de imponer la prisión preventiva al individuo al que se le atribuye un hecho delictuoso.

Como señala Zavaleta, es suficiente fundamento jurídico cuando se tiene presente como corresponde, que es derecho y deber del Estado, - aplicar la ley represiva a todo aquel que infringe una norma de carácter penal, que debe en una palabra, hacerse efectiva su pretensión punitiva, traducida en el castigo del reo, previo un juicio de responsabilidad en el que se demuestren los fundamentos de la acusación y se desprenda la consecuencia, la obligación que tiene el imputado de sufrir la pena.

Por ello, y a fin de evitar que ese hombre, sobre quien pesan cargos suficientes de ser el autor de un delito, eluda el juicio o se sustraiga a la ejecución de la pena, el Estado se ve compelido, por la necesidad, a asegurar su persona por medio de la prisión preventiva. Debido a ésto, la necesidad, es en consecuencia, la justificación de la prisión preventiva. (12)

Carrara dice que si la necesidad es la justificación posible de esa -

(12) Zavaleta, op. cit., p. 108

injusticia, es manifiesto que ésta no es tolerante y es un acto de verdadera tiranía en los casos en que cesan las razones ya mencionadas. (13)

La prisión preventiva, no es una simple privación de la libertad física del inculpado, sino que siempre va acompañada de sufrimientos tanto físicos, como morales y materiales.

Físicos, porque el imputado debe permanecer encerrado entre los estrechos muros de una cárcel que la experiencia cotidiana de todos los países del mundo revelan que no son los que una sana política criminal aconsejaría, ni la que el grado de civilización alcanzada por los pueblos, reclama.

La promiscuidad malsana con los condenados y con los procesados - reincidentes, viciosos, vagos y de pésimas costumbres, no es el único sufrimiento del orden moral que la prisión preventiva hace padecer al inculpado, ella también lo hiere en su reputación y honor, por cuanto a que más tarde, cuando recupera su libertad, sigue siendo un hombre que ha estado en la cárcel.

En cuanto a los sufrimientos del orden material, cabe señalar que la prisión preventiva incide en los medios de existencia del inculpado, toda vez que lo sustrae de sus obligaciones habituales o de sus negocios, impidiéndole ganarse el sustento diario para sí y para su familia, - siendo a veces la causa determinante de su ruina y de la miseria de los suyos, ya que la realidad de la vida ha demostrado que cuando de empleados u obreros se trata, es la pérdida del empleo o la ocupación, el corolario obligado del encarcelamiento, mientras que si es un comerciante o un profesionista, la persona objeto de la medida, las consecuencias suelen ser, la desconfianza, la restricción de los créditos y la pérdida de la clientela formada tal vez a costa de muchos sacrificios.

Lo más grave de la prisión preventiva, como ya se mencionó anteriormente, estriba en el hecho de que se aplica a una persona que aún no ha sido declarada culpable por sentencia irrevocable, ya sea porque no exista el delito que se le atribuye o bien porque otro sea el autor del mismo.

Así, Concepción Arenal señala que donde quiera es una injusticia reducir a prisión sin imprescindible necesidad, a un hombre que puede ser inocente.

(13) Cit. pos., Finzi, M. op. cit. p. 6

¿Se ha pensado en los miles de hombres a quienes periódica y sistemáticamente corrompe la ley en las cárceles, y luego los pone en libertad diciéndoles que no resulta nada contra ellos?, mal tan grave, si inmediatamente no tiene remedio, podría desde luego, atenuarse, no privando de la libertad sino en caso necesario, ¿por qué si no hay personal suficiente para la pronta administración de justicia, no se aumenta? ¿no sería más barato sostener algunos jueces más, que a tantos acusados en la cárcel?.

Las reformas deberían empezar en la cárcel, por dos razones principales, si el penado lleva meses, años, en la cárcel, corrompiéndose, si en ella ha aprendido todos los secretos del vicio y del crimen, ¿no se dificulta, no se imposibilita su corrección en la penitenciaría? ¿no sucede que el preso comete en la cárcel, delitos mayores que de los que se le acusa?. El penado, cuando entra en la prisión, es peor que el acusado que entró en la cárcel. Hay muy pocos hombres en quienes no influya la atmósfera moral que respiran. (14)

La prisión preventiva y las penas de corta duración han contribuido al fracaso del sistema carcelario, pues más que corregir al delincuente, lo empujan a la conducta antisocial, no lo redime, sino que lo contagia, en vez de trabajar los hace ociosos, y no les permite ayudar al sostenimiento de su familia por la misma situación, condenando a ésta a la miseria y al hambre, en vez de tener una mejoría intelectual y moral, al individuo se le mantiene forzosamente en la escuela del crimen y del delito.

Por lo anteriormente expuesto, se desprende que las críticas doctrinales tienden a pedir una reducción de los supuestos de privación de la libertad, haciendo de ella, un fenómeno excepcional y de corta duración, e interpretando las normas que rigen, en caso de duda, en favor del procesado.

En el mismo sentido, se propugna por que la detención y la prisión preventiva se manejen de forma tal, que se cause el menor perjuicio posible a la persona y a la reputación del inculcado, restringiendo la libertad de éste, únicamente dentro de los límites absolutamente indispensable para el aseguramiento de su persona, con el fin de impedir los obstáculos procesales que pudieran dañar la causa, ampliando en consecuencia las posibilidades de libertad provisional del inculcado.

(14) Obras completas de Concepción Arenal, Estudios penitenciarios, T. V., Vol. 1, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1895, p. 24-25

CONCLUSIONES

PRIMERA: De la época antigua, podemos decir que a la detención y a la prisión preventiva se les toma de dos maneras; primero, se le rechaza por completo, como es el caso de Grecia, la cual no hace uso de estas figuras; y segundo Roma si contempla dichas medidas utilizándolas frecuentemente como se dió en el período monárquico y posteriormente se atenúa su aplicación durante la República debido a que para ese entonces, imperaba el sistema acusatorio y también debido a la promulgación de la Ley de las Doce Tablas que daban plena igualdad a acusado y acusador, posteriormente se hace uso de nueva cuenta, de la detención y la prisión preventiva con el inicio del Imperio, suavizándose la aplicación de estas figuras al finalizar dicho Imperio.

SEGUNDA: Durante la Edad Media, se utilizaron los sistemas acusatorio e inquisitorio, siendo éste último el que predominó durante esta etapa, por lo que la detención y la prisión preventiva fueron una práctica constante y no una excepción, sometiendo a torturas al inculpado, para que según el pensamiento de esa época, confesara y así ningún crímen quedara impune.

TERCERA: Al llegar a la época moderna, los países ya cuentan con cierta reglamentación para la detención y la prisión preventiva.

Entre los países que reglamentaron dichas medidas tenemos a Francia, que fue uno de los precursores en este aspecto, ya que a través de sus textos constitucionales otorga a la persona garantías y establece determinados requisitos para la procedencia y aplicación de la detención y la prisión preventiva, limitándolas a determinados casos así como señalando su duración, lo mismo que el castigo a las autoridades que infringieran dichas disposiciones o las realizaran en forma arbitraria, dicha reglamentación la prescribió en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al igual que sus constituciones posteriores.

Por otra parte, España, en la Constitución de Cádiz de 1812 ya refleja su espíritu de protección al individuo, lo rodea de garantías y seguridad en los artículos relativos a estas instituciones, estableciendo formalidades para la procedencia de estas figuras así como los plazos para las mismas.

CUARTA: En lo que respecta a México, éste le ha dado diversas concepciones a la detención y a la prisión preventiva, en atención a la prisión preventiva, en atención a las diferentes épocas que ha vivido el derecho mexicano.

Así, en México Prehispánico, en un principio, no se impone la pri-

sión como castigo, pero las prisiones se encontraban en pésimas condiciones.

Se da una separación entre acusados de delitos graves y acusados de faltas leves. Los acusados tenían derecho a defenderse por sí mismos o a través de otros.

Durante la Colonia, se hace uso de la prisión únicamente para los -- sentenciados a muerte, las funciones judiciales las llevaban a cabo los caciques; en esta etapa se establecen diversos tribunales con el fin de -- impartir justicia, pero mas bien fueron instrumentos que la iglesia utilizó a su criterio, o sea, de acuerdo a su conveniencia.

Las prisiones de esta época colonial eran escuelas del crimen en -- donde el individuo que ingresaba a ellas, aprendía nuevas formas de delinquir, mismas que al obtener su libertad ponía en práctica, siendo -- mas fácil para él, eludir la justicia.

Esta etapa tuvo nulas garantías para el acusado, se caracterizó por los largos procesos, torturas y todo medio de coerción, así como por la indefinida prisión preventiva.

QUINTA: Durante el México independiente, es cuando ya encontramos -- disposiciones referentes a la detención y a la prisión preventiva. Los -- textos constitucionales que rigieron al país durante esta etapa, otorgan garantías al inculpado, de tal manera que desde la Constitución de 1824 se exige determinados requisitos para la procedencia de estas medidas, y así lo establecía en sus artículos 150, 151, mientras que el artículo 149 prohibía la tortura o la violencia.

Lo mismo prescribían las Leyes Constitucionales de 1836 en sus artículos 2 de la Ley primera, 41, 43, 47 y 48 de la Ley Quinta.

Por su parte, las Bases Orgánicas de 1843 establecía dichas disposiciones en su artículo 9, en sus respectivas fracciones.

Mientras que los artículos 18, 19, y 20, así como el 22, de la Constitución de 1857, reglamentaban dichas figuras.

Así, con la influencia de los anteriores textos constitucionales, que establecían los requisitos de procedencia, la prohibición a las torturas, los derechos del encauzado, los plazos para la detención y las condiciones de fondo y de forma, se elabora la constitución de 1917, la cual es ya mas explícita y detallada que sus predecedoras, redactando ya -- con mayor precisión en sus artículos 16, 17, 18, 19, 20 en sus respectivas fracciones, 22, 38, 107 fracción XVIII, principalmente, precisan los lineamientos a seguir en los casos de la detención y de la prisión

preventiva, estableciendo nuevos preceptos que las anteriores no contemplaban o que faltaba redondearlos,

SEXTA: Como se puede observar, en forma global, la detención y la prisión preventiva han evolucionado, aunque no siempre en forma progresiva, sino que en ocasiones han retrocedido, pero generalmente la preocupación en todas las épocas y lugares, ha sido el otorgar protección a la persona que se ve privada de su libertad por la aplicación de dichas medidas.

SEPTIMA: Hispanoamérica, se ha caracterizado por la poca protección que otorga a la persona privada de su libertad.

Siempre se ha dado un distanciamiento entre norma y hecho, sin embargo, en sus legislaciones, aunque defectuosas, tratan de proteger de cierta manera al individuo, y establecen que la prisión preventiva y la detención, operan en aquellos casos en que el delito se sanciona con pena privativa de la libertad.

Así Argentina aunque no prescribe constitucionalmente los requisitos de la detención y la prisión preventiva, lo hace en sus leyes ordinarias exigiendo las condiciones de fondo y de forma para que procedan estas medidas.

Venezuela observa una mayor marfúa al respecto, por lo que hay -- infinidad de procesos largos, no se cumplen los términos judiciales, el acusado no cuenta con garantías, dándose detenciones incluso por delitos no castigados con pena privativa de la libertad.

OCTAVA: Europa también presenta confusión en sus legislaciones, pero se ha procurado unificar criterios, limitando los motivos de detención y reconociendo en forma general, con alguna que otra diferencia -- las mismas condiciones de fondo para la detención y la prisión preventiva.

En lo relativo a las condiciones de forma, exigen que la orden de detención sea por escrito y emanada de autoridad judicial.

Así también, establecen las excepciones de flagrancia y de caso urgente.

NOVENA: La preocupación fundamental de estos países, ha sido el -- reemplazar la detención y la prisión preventiva por medidas sustitutivas ya no tan graves y trascendentales para la libertad del individuo y exigiendo la aplicación de estas figuras sólo en los casos en que sea -- absolutamente indispensable. Estos países han procurado restringir su

uso y su aplicación, así como indemnizar en caso de detención injusta.

DECIMA: Los principios constitucionales de los países en estudio, han perseguido la protección y el otorgamiento de derechos para que el individuo haga frente a la privación de libertad que sufre o que puede llegar a sufrir.

ONCEAVA: En forma generalizada, las legislaciones han tratado de rodear a la persona de una serie de garantías que le proporcionen seguridad jurídica para el caso de que se vea privado de la libertad o ésta se vea amenazada, se ha dado una tendencia a reemplazar dichas medidas y a disminuir la duración y aplicación de la detención y la prisión preventiva, así como también se han ampliado las posibilidades para obtener la libertad.

DECIMASEGUNDA: La averiguación previa es una etapa procedimental cuyas consecuencias jurídicas son; que si del resultado de la averiguación previa se desprende que no procede el ejercicio de la acción penal, se archivará lo actuado.

Si se satisfacen los requisitos y hay detenido se consignan éste y lo actuado a la autoridad competente y a partir de esa consignación empieza a correr el término constitucional de setenta y dos horas para resolver la situación jurídica del inculpado.

Otra consecuencia que produce la averiguación previa es que si se cumplen los requisitos y no hay detenido, se consigna lo actuado a la autoridad judicial competente solicitando de ésta la orden de aprehensión.

Por su parte, el auto de radicación origina que si hay detenido a partir de ese momento corren los términos constitucionales de cuarenta y ocho y setenta y dos horas respectivamente.

DECIMOTERCERA: La orden de aprehensión es un mandato de autoridad judicial, por el que se priva de la libertad a una persona, para que se dicte, requiere que haya una denuncia o querrela apoyada por declaración de persona digna de fe, asimismo se exige que la solicite el Ministerio Público, quien a su vez trasmite esa orden a la policía judicial quienes realizan la aprehensión.

DECIMOCUARTA: La detención, es una medida privativa de la libertad impuesta a una persona por mandato de autoridad competente, -- aplicada en los casos en que el delito se sanciona con pena privativa de la libertad, requiere de orden escrita fundada y motivada, al igual

que la aprehensión, es necesaria la previa denuncia o querrela, asimismo requiere de indicios suficientes que hagan probable la responsabilidad del inculpado, aunque no exige la comprobación del cuerpo del delito.

La constitución establece que la detención no debe exceder de setenta y dos horas, las cuales inician con el auto de radicación, ya que del resultado de la averiguación previa se desprende el ejercicio de la acción penal.

La detención concluye con el auto de formal prisión, el auto de sujeción a proceso o bien con el auto de libertad por falta de méritos.

DECIMOQUINTA: La autoridad administrativa puede detener sin orden previa en los casos de urgencia, con obligación de poner al detenido a disposición de la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes a su detención.

La detención por el Ministerio Público es anticonstitucional, ya que la orden de comparecencia que dicte, es materialmente una orden de aprehensión.

DECIMOSEXTA: Constitucional y legalmente, existen dos excepciones para detener a una persona sin orden judicial, dichas excepciones son el caso de urgencia y el flagrante delito.

El primero, cuando por razones de tiempo y de lugar no hay tiempo de esperar la orden de detención; mientras que en el segundo caso, el delincuente es sorprendido en el acto mismo de estar cometiendo el delito.

DECIMOSEPTIMA: La prisión preventiva es una medida cautelar privativa de la libertad, impuesta a una persona contra la que se ha ejercitado acción penal, decretada por autoridad competente en virtud de la comisión de un delito sancionado con pena privativa de la libertad, soportada en establecimiento público destinado al efecto, con objeto de asegurar la presencia del imputado durante el juicio y para garantizar la eventual ejecución de la pena.

La prisión preventiva exige la comprobación del cuerpo del delito sancionado con pena privativa de la libertad así como la comprobación de la probable responsabilidad del inculpado.

Asimismo, requiere de una orden escrita de autoridad judicial.

DECIMOCTAVA: El auto de formal prisión antecede a la prisión preventiva, es un mandamiento pronunciado por el juez, dicho auto motiva y justifica la prisión preventiva, dado que el juzgador considera comprobando el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpa-

do.
El auto de formal prisión se dicta dentro de las setenta y dos horas siguientes de que el imputado queda a disposición del juez.

En dicho auto se fijan los hechos materia del proceso, se considera que ya está acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, así como también se considera que no existe causa de justificación alguna, en favor del inculpa-

do.
DECIMANOVENA: Tanto la detención y la prisión preventiva se basan en la necesidad de asegurar al presunto responsable, pero la detención dura unas cuantas horas, mientras que la prisión preventiva se prolonga durante el tiempo que dure el proceso, sujeta al individuo al tribunal que lo juzga hasta que se dicta sentencia.

La prisión preventiva sólo puede ser decretada por los jueces, la detención también puede serlo por la autoridad administrativa.

Los fines de la detención son principalmente, evitar el ocultamiento de la verdad por el imputado, evitar que se destruyan las huellas del delito, sobornar testigos, etc.

La prisión preventiva, fundamentalmente asegurar la presencia del inculpa-

do y garantizar la eventual ejecución de la pena.
Ambas figuras son un estado privativo de la libertad, pero la duración de cada una es distinta, lo mismo que las consecuencias que producen.

La detención inicia a partir de que el sujeto queda a disposición de la autoridad judicial ya sea por efecto de la orden de aprehensión o por la consignación que haga el Ministerio Público, terminando esta detención con el auto de formal prisión. el auto de sujeción a proceso o con el auto de libertad por falta de méritos.

La prisión preventiva da inicio a partir de que se dicta el auto de formal prisión, hasta el pronunciamiento de sentencia ejecutoriada.

La detención tiene una duración mas corta, mientras que la prisión preventiva es más prolongada e intensa.

Por lo anterior se observa claramente que la detención y la prisión preventiva, aunque tienen algunas semejanzas, son completamente distintas, ya que si se incumple con alguno de los requisitos que ambas exigen, los efectos que se producen son diferentes en estas medidas.

VIGESIMA: La prisión preventiva recae sobre una persona sobre la que sólo hay presunciones de culpabilidad.

Una serie de factores se conjuntan para que la resolución de la situación jurídica del inculcado dentro de las setenta y dos horas que marca la constitución, sea en ocasiones arbitrarias, tanto el juez, con un cúmulo de trabajo a su alrededor, como el escaso personal técnico, los Secretarios e inclusive el Ministerio Público, que en ocasiones al vencer el término, pide urgentemente se decrete la formal prisión o la libertad del reo, lo que contribuye a que haya resoluciones, como ya se mencionó anteriormente, que son en perjuicio de la persona detenida.

Mientras tanto, la prisión preventiva acarrea consigo un largo proceso penal.

Para que el acusado sea reducido a prisión, es necesario que el delito atribuido sea sancionado con pena privativa de libertad, en razón de que sólo por esa circunstancia puede emerger el peligro de fuga, y sólo de esa manera se puede evitar la rebeldía procesal del acusado, lo que en nuestro derecho ocasionaría la suspensión del procedimiento.

La necesidad justifica el derecho de la sociedad para imponer dicha medida a una persona presuntamente responsable, por lo que si es ta necesidad es la justificación a la aplicación de este mal necesario - como se le ha llamado a la prisión preventiva, no es tolerante su aplicación cuando no existe dicha necesidad.

La prisión preventiva va acompañada de sufrimientos físicos, materiales y morales para la persona que la sufre.

Físicos, ya que permanece encerrado en una cárcel con los peores delincuentes.

Materiales, porque se le priva de la subsistencia a él y a su familia.

Morales, ya que se aplica a una persona sobre la que sólo hay sospechas de su culpabilidad, sobre la que no hay sentencia de condena, y que inclusive puede ser inocente.

La prisión preventiva más que corregir, empuja al individuo a la conducta antisocial.

Por lo anterior se exige una reducción de los supuestos de privación de la libertad, haciendo de la aplicación de estas medidas, una excepción y que su manejo sea tal que cause el menor perjuicio a la persona y a su reputación.

1. ACERO, Julio, Procedimiento penal, 5a. ed., Puebla, Edit. Cajica, 1961.
2. ARENAL, Concepción, Obras completas de Concepción Arenal. Estudios penitenciarios, T.V., Vol. 1, Madrid, Librería de Victoriano -- Suárez, 1895.
3. BORJA SORIANO, Guillermo, Derecho procesal penal, 1a. ed., 3a. reimpresión, Puebla, Edit. Cajica, 1985.
4. BURGOA, Ignacio, Garantías individuales, 15a. ed., México, Porrúa, 1981.
5. COLIN SANCHEZ, Guillermo, Derecho mexicano de procedimientos penales, 4a. ed., México, Porrúa, 1977.
6. COSACOV, Gustave, et. al., Duración del proceso penal en México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1983.
7. FINZI, Marcelo, La prisión preventiva, propuestas de reformas, Buenos Aires, Edit. de Palma, 1952.
8. GARCIA RAMIREZ, Sergio, Derecho procesal penal, 4a. ed., México Porrúa, 1985.
9. GARCIA RAMIREZ, Sergio, el Artículo 18 constitucional, prisión preventiva, sistemas penitenciarios, menores infractores, México, UNAM, 1967.
10. GONZALEZ BLANCO, Alberto, Procedimiento penal mexicano, en la doctrina y el derecho positivo, México, Porrúa, 1975.
11. GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, Principios de derecho procesal mexicano, 4a. ed., México, 1967.
12. LEMUS GARCIA, Raúl, Derecho Romano, compendio, 4a. ed., Edit. LIMSA, México, 1979.
13. MARIÑAS OTERO, Luis, Las Constituciones de Venezuela, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1965.
14. MUÑOZ, Luis, Comentarios a las constituciones políticas de Iberoamérica, Ediciones Jurídicas Herrero, México, s.f.
15. PALLARES, Eduardo, Prontuario de procedimientos penales, México, Porrúa, 1986.

16. PEREZ PALMA, Rafael, Fundamentos constitucionales del procedimiento penal, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1974.
17. RIVERA SILVA, Manuel, El procedimiento penal, 13a. ed., México Porrúa, 1983.
18. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús, La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado, México, UNAM, 1981.
19. SAAVEDRA LOZANO, Saúl, y Eduardo Buenaventura, Derecho Romano, Traducciones y Apuntes, T.I., Edit. Centro, Bogotá, 1962.
20. TENA RAMIREZ, Felipe, Leyes fundamentales de México. 1808-1975, México, Podrrúa, 1975.
21. ZA VALETA, Arturo, La prisión preventiva y la Libertad provisoria, Buenos Aires, Edit. Arayú, 1954.

LEGISLACIONES CONSULTADAS

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial, Secretaría de Gobernación, 1985.

Códigos de procedimientos penales, 36a. ed., México, Porrúa, 1987 (México)

Código Penal, Editores Unidos Mexicanos, S.A. 1987, (México)

Constitución de la República Argentina, Recopilación de Leyes usuales de la República Argentina, Buenos Aires, casa edit. de M. Rodríguez Giles, s.f.

Código penal de la República Argentina, Código de procedimientos en lo criminal de la nación y provincia de Buenos Aires, Vol. IV, - 10a. ed., Buenos Aires, Ed. Claridad

Constitución de la República Francesa, Edición preparada por Mariano Daranas Madrid, Edit. Nacional, 1979.

Ley fundamental para la República Federal Alemana, Las Constituciones europeas, Edición preparada por Mariano Daranas, Madrid, Edit., Nacional, 1979.