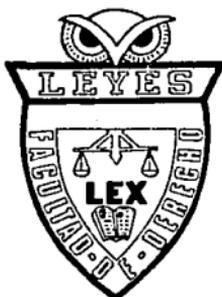


66 201

# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"ACATLAN"



LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EL PROCEDIMIENTO  
PENAL

## TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
EDUARDO CRISOSTOMO CAZARES

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



## **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.

# I N D I C E

Pág.

## INTRODUCCION

### CAPITULO I

#### EL PROCEDIMIENTO PENAL

1.1. La Institución del Ministerio Público en la Averiguación Previa.	1
1.2. La Función Jurisdiccional.	17
1.3. Los Periodos del Procedimiento Penal en México.	26
1.4. El Juicio en el Procedimiento Penal Entendido en Varios Puntos de Vista.	31
1.5. Comentarios y Aportaciones al Respecto.	38

### CAPITULO II

#### LA PREPARACION DEL PROCESO EN MEXICO

2.1. Primeras Diligencias del Organó Jurisdiccional.	43
2.2. La Declaración Preparatoria.	51
2.3. El Término Constitucional.	62
2.4. Las Resoluciones del Organó Jurisdiccional en éste Periodo.	68
2.5. Comentarios y Aportaciones al Respecto.	72

### CAPITULO III

#### LAS GARANTIAS DEL INculpADO

3.1. Concepto de Garantías Constitucionales.	75
3.2. Las Garantías en la Constitución de 1814, hasta las de 1917.	82
3.3. Los Derechos del Inculpado en el Código de Procedimientos Penales.	95
3.4. Las Obligaciones del Organó Jurisdiccional en el Proceso.	99

	Pág.
3.5. Comentarios y Aportaciones al Respecto.	104
CAPITULO IV	
FORMAS DE GARANTIZAR LA LIBERTAD PROVISIONAL	
4.1. Los Contratos Accesorios de Garantía	106
4.2. Concepto de la Fianza Penal.	110
4.3. La Fianza en la Averiguación Previa.	119
4.4. Concepto de Arraigo y sus Distintas Formas.	122
4.5. El Arraigo en la Averiguación Previa y en el Proceso.	126
4.6. Comentarios y Aportaciones al Respecto.	130
CAPITULO V	
LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EL PROCEDIMIENTO	
5.1. Concepto de Libertad Provisional.	133
5.2. La Libertad Provisional en la Averiguación Previa.	140
5.3. La Libertad Provisional en el Proceso.	145
5.4. Sistema de Libertad en el Derecho Comparado.	147
5.5. La Necesidad de Reformar la Fracción I del Artículo 20 Constitucional.	150
5.6. Comentarios y Aportaciones al Respecto.	156
CONCLUSIONES.	159
BIBLIOGRAFIA.	162

## INTRODUCCION

En éste trabajo abordaremos el tema de la Libertad Provisional en el proceso o procedimiento penal. Emprenderemos éste tema, previo análisis de los conceptos y -- cuestiones que son necesarios para su cabal entendi --- miento, como las nociones generales de lo que es el -- procedimiento penal, la preparación del proceso, las ga rantias del inculpado y las formas de garantizar la li-- bertad provisional. Sin éstos conceptos y cuestiones pre vias, no es posible comprender la figura jurídica de la libertad provisional.

La comprensión del mecanismo de ésta figura, es importante para poder evaluar con toda objetividad la serie de medidas recientes , que han venido beneficiando - en el proceso al inculpado . A partir de 1971, las innovaciones procesales en el Código de Procedimientos del Distrito , han venido a mejorar la situación de los acusados . Existe interés social, de que éstos no sufran vejaciones o ultrajes de parte de la actividad policiaca. Existe también interés social , en que los inculpados no sufran prisión preventiva, a menos de que ésta sea es trictamente indispensable.

En las autoridades hay el firme propósito de disminuir el índice de accidentes viales , causados por delicu

tos imprudenciales, con pena menor de dos años. Y toda esta serie de intereses de la sociedad, supone una forma jurídica de manifestarse. Esa forma se llama precisamente libertad provisional. Entender el mecanismo y la esencia de ésta, significa entender la serie de intereses que hubimos de enlistar. Detectar resabios en la figura jurídica, equivale a encontrar fallas y carencias en el propósito del Estado, de ofrecer y garantizar el máximo de garantías a los inculpados. En esta perspectiva, los comentarios que hagamos sobre fallas y carencias de la institución importan un pequeño esfuerzo, de parte nuestra, para mejorar. Como miembros de la colectividad, estamos interesados en que funcione lo más perfectamente posible, para que, llegado el momento en que tuvieramos que acogernos al beneficio que brinda, la libertad provisional pueda asegurar plenamente nuestros derechos. Estamos interesados en que funcione, para que se vayan eliminando poco a poco las injusticias que suelen sufrir los inculpados de pocos recursos, así como en su buen funcionamiento, para hacer concreta y efectiva la garantía del artículo 20 Constitucional, fracción I. Queremos conocer bien esta figura, para no confundirla con otros tipos de libertad, como la preparatoria y la condicional. En esta serie de propósitos, empezamos el estudio de la libertad provisional en nuestro Derecho con el primer tema:

las nociones generales del proceso penal.

## C A P I T U L O I

### EL PROCEDIMIENTO PENAL

### 1.1 La Institución del Ministerio Público en la Averiguación Previa.

Antes de examinar el papel que tiene el Ministerio Público en la Averiguación Previa, resulta conveniente apuntar el concepto que de ésta Institución -- existe en la doctrina:

" El Ministerio Público es una magistratura instituida, para pedir y auxiliar a la pronta administración de la Justicia en nombre de la Sociedad y para defender ante los tribunales, los intereses de ésta en los casos y por los medios que señalen las leyes ". (1)

" El Ministerio Público es una institución de buena fe, palabra de justicia y libertad, que viene a llenar una función que la pasión y el interés personal de la víctima del delito, no puede ni debe desempeñar en el mecanismo de impartición de justicia ". (2)

De las anteriores definiciones de lo que es el Ministerio Público, se desprenden los siguientes rasgos distintivos de la actuación del Ministerio Público, en la Averiguación Previa:

a) Los actos del Ministerio Público en la averigua--

---

(1) Acero, Julio. Nuevo Procedimiento Penal. Editora de Fortino Jaime, Guadalajara, Jal. México, 1935. Pág. 31

(2) Castro, Juventino V. El Ministerio Público en México. Edit. Porrúa. México, 1985. Pág. 3

ción previa son actos de autoridad.

- b) La actuación del Ministerio Público, es de "buena fe" durante la averiguación.
- c) El Ministerio Público cuenta con la titularidad - preeminente de la acción penal.

En la averiguación previa, el Ministerio Público se conduce como autoridad, carácter que conserva durante toda la investigación, hasta que ejercita la acción penal ante el juez que corresponda, momento a partir - del cual, deja su ostentación como autoridad para convertirse en parte activa del proceso penal. Sus actuaciones y determinaciones tienen los rasgos típicos de lo que la doctrina conoce como "acto de autoridad", o sea la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad. Cuando estima conveniente ejercer la acción penal, cuando estima conveniente no ejercerla, cuando -- practica peritajes, inspecciones oculares, etc., afecta la esfera jurídica de los particulares. No obstante lo anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en afirmar, que no prospera la demanda de amparo que el particular tratara de interponer, contra - la determinación que adoptare el Ministerio Público de no ejercitar la acción penal, a pesar de que fuere notorio que las circunstancias de la presunta comisión - del delito, si ameritaran el ejercicio susodicho, y - que se causare un deplorable perjuicio para el afecta-

do por el delito, la siempre "víctima del drama penal", absurdamente relegado del proceso.

Es de buena fe la actuación del Ministerio, porque no obra como "instancia de inquisición" y porque está impedido de maniobrar, sin que se produzcan los llamados "requisitos de procedibilidad", que le motivan para la investigación del delito. Sabido es, que esos requisitos son la denuncia, que puede ser formulada ante el Ministerio Público por cualquier persona, a quien le consten las circunstancias de verificación de un sedicente delito, en cumplimiento de la obligación que tiene, de colaborar con las autoridades en la investigación y persecución de los delitos; la querrela, formulada por el afectado principal o por su representante, en el caso de los delitos que se persiguen a petición de parte, y la acusación. Con estos requisitos, el Ministerio está legitimado para actuar. No puede alegarse, que despliegue la investigación en forma arbitraria, harto discrecional, atentoria de la seguridad jurídica de los ciudadanos. El Ministerio Público, con el acopio de los elementos suficientes para consignar, se conduce de "buena fe", con la convicción de que representa el interés de la sociedad, y también de que contribuye a la noble tarea atinente al juez, de resarcir el orden jurídico tentativamente quebrantado por

el consignado. El Ministerio Público es de "buena fe" porque así se encuentra en disponibilidad de consignar si cuenta con elementos suficientes para ello, así también se encuentra en disponibilidad para no consignar, cuando no cuenta con los elementos pertinentes.

Y decimos que el Ministerio Público cuenta con la titularidad preeminente de la acción penal, por las facultades-obligaciones que le son conferidas "casi exclusivamente" por dos sendos preceptos Constitucionales, que son el artículo 21 y el 102. El tantas veces citado artículo 21 señala:

"La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y el mando inmediato de aquel..."

El 102 puntualiza lo siguiente:

"Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal, y por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad, para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas, e intervenir en todos los

casos que la ley señale".

En vista de estos dos sendos preceptos Constitucionales, la doctrina asevera que al Ministerio Público, le ha sido otorgado por la Constitución, el llamado "monopolio del ejercicio de la acción penal". Nosotros preferimos decir, que el Ministerio Público cuenta con la titularidad preeminente del ejercicio de la acción y no con el monopolio, porque aparte de que esta idea del monopolio ha dado pábulo para que ciertos malos agentes del Ministerio Público minen la buena fe que debe distinguir a las diligencias de la actuación, el espíritu del constituyente no ha querido que el Ministerio Público detente el monopolio del ejercicio de la acción penal, ni mucho menos. La Constitución ha establecido importantes excepciones a la regla del "monopolio", que a saber son:

a) La del artículo 110, versado en el procedimiento del juicio político, que puede desplegarse contra los altos funcionarios, que nos habla de que "para la aplicación de las sanciones a que se refiere este precepto, la Cámara de Diputados procederá a la acusación -- respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en sesión de aquella Cámara, después de haber sustanciado el procedimiento respectivo y con au--

diencia del acusado". Si el monopolio de la acción penal fuera tal, como muchos aseveran, ¿por qué razón la Cámara de Diputados hace la acusación respectiva ante la de Senadores y no ante el Ministerio Público?

b) La del artículo 107, fracción XVI, que dispone: "Si concedido el amparo, la autoridad responsable insistiera en la repetición del acto reclamado o tratara de eludir la sentencia de la autoridad federal, será inmediatamente separada de su encargo y consignada ante el juez de Distrito que corresponda". En este caso, ¿por qué el juez que conoce del amparo, es quien hace la consignación, y no el Ministerio Público, tal como se estilaría atendiendo al dogma del monopolio de la acción penal?

Estas excepciones, nos demuestran que es incorrecto hablar del "monopolio de la acción penal", y en contrapartida, resulta más apropiado referirse a esta facultad-obligación del Ministerio Público, como titularidad preeminente del ejercicio de la acción penal. De acuerdo a lo anterior, es muy comprensible el comentario que formula Juventino Castro acerca del punto que tratamos:

"Creemos que el acabado del artículo 21 Constitucional es muy completo y conforme a la más acabada doc

trina, y sólo absurdas interpretaciones que de él se han dicho, distorsionan su auténtico sentido, a tal grado, de que se sorprenderían los constituyentes, los cuales nunca soñaron con el " crecimiento tetralógico de la institución " con que ésta deviniera en un órgano hipertrofiado, en un " monstruo de poder ". (3)

Asentados los rasgos distintivos de la actuación del Ministerio Público en la averiguación previa, preguntémos, ¿ Qué es la averiguación Previa y cual es el objeto de ésta ?

La Averiguación Previa es la serie de actos, que realiza el Ministerio Público tendientes a la comprobación del cuerpo del presunto delito cometido, que se hizo de su conocimiento a través de los requisitos de procedibilidad. El objeto de la averiguación, es la comprobación del cuerpo del delito, o dicho en otra forma, la necesidad de poner a disposición del juez, la llamada " verdad histórica ", la información constitucionalmente indispensable, para que esté en aptitud de cumplir con las formalidades que se le imponen en la preparación del proceso. Dicha comprobación se sujeta a los siguientes requerimientos :

---

(3) Castro, Juventino V. El Ministerio Público en México. Pág. 31

- 1.- Que cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el agente de la policía judicial, lo hará constar en el acta que levante, recogiénolos si fuere posible.
- 2.- Cuando se encuentren las personas o cosas relacionadas con el delito, se describirán detalladamente, su estado y las circunstancias conexas.
- 3.- Cuando las circunstancias de la persona o cosa, no pudieren apreciarse debidamente sino por peritos, tan luego como se cumpla con lo prevenido en el artículo anterior, el Ministerio Público nombrará dichos peritos, agregando al acta el dictamen correspondiente.
- 4.- La policía judicial, procederá a recoger en los primeros momentos de su investigación: las armas, instrumentos u objetos de cualquier clase, que pudieran tener relación con el delito y se hallaren en el lugar en que éste se cometió, en sus inmediaciones, en poder del reo o en otra parte conocida, expresando cuidadosamente el lugar, tiempo y ocasión en que se encontraron, y haciendo una descripción minuciosa de las circunstancias y de su hallazgo. De todos estos objetos, entregará re

cibo a las personas en cuyo poder se encuentren, las que asentarán su inconformidad o conformidad.

- 5.- Cuando no queden huellas o vestigios del delito, se hará constar, oyendo juicio de peritos, acerca de si la desaparición de las pruebas materiales o currió natural, casual o intencionalmente; las -- causas de la misma y los medios que para la desaparición se suponga fueron empleados; y se procederá a recoger y consignar en el acta, las pruebas de cualquier otra naturaleza que se puedan adquirir acerca de la perpetración del delito.
  
- 6.- Cuando el delito fuere de los que no dejan hue---llas de su perpetración, se procurará hacer constar, por declaraciones de testigos y por los demás medios de comprobación, la ejecución del delito y sus circunstancias, así como la preexistencia de la cosa, cuando el delito hubiere tenido - por objeto la sustracción de la misma.

Estos son los requerimientos a los que debe sujetarse la averiguación previa, según el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal. Con estos requisitos cumplidos, se puede decir que el Ministerio - Público obra legalmente en su actuación y éstos son cubiertos por la policía judicial, que está bajo el man-

do inmediato del mismo Ministerio Público, y en este tenor, es recomendable señalar, que al referirnos a la policía judicial, no lo hacemos acerca de la serie de agentes de "gendarmería" que estamos acostumbrados a ver, agentes que conforman a la policía preventiva, aquella que está encargada más que nada de evitar la comisión de delitos u otra clase de trastornos que alteren el orden público, no necesariamente constitutivos de delitos, actuando en forma oficiosa, como actúa la Administración Pública, entendida ésta como la directamente vinculada al Ejecutivo. En cambio, la policía judicial, no tiene carácter preventivo por mandato de la Constitución. Esta policía, sólo actúa a raíz de cometidos los sedicentes delitos. La policía judicial tiene una integración sumamente especializada, que implica el concurso de peritos en diversas materias, políglotas, dictaminadores, agentes, etc., a comparación de la policía preventiva, que cuenta con una organización un poco menos compleja.

Sentados los requerimientos a cumplir para desenvolver la averiguación previa, puntualizado el objeto de ésta y perfiladas las particularidades de la policía judicial, es menester aludir a lo que es la susodicha acción penal y la caracterización que de ella hacen los tratadistas:

"La acción penal, es el poder jurídico del propio Estado de provocar la actividad jurisdiccional, con objeto de obtener del órgano, una decisión que actualice la punibilidad formulada en la norma, respecto de un ejecutor de la conducta descrita en ella". (4)

La caracterización de la acción penal que hace la doctrina, nos permite anotar las siguientes particularidades de ella:

- 1.- Es indivisible.
- 2.- Es intrascendente.
- 3.- Es oficial.
- 4.- Es irrevocable.

Entendemos que la acción penal es indivisible, -- porque no sólo alcanza al directamente vinculado por la misma, sino también a todos los que de alguna manera participaron en la comisión del ilícito penal. La indivisibilidad de la acción, implica que abarcará a todos los responsables, aunque éstos no hayan sido involucrados en la querrela o en la denuncia. La indivisibilidad de la acción, supone que en los casos de delitos perseguibles a petición de parte, el perdón del ofendido aprovechará a todos los involucrados.

---

(4) Arillas Bas, Fernando. El Proceso Penal en México. Editorial Kratos, Decima Edición, México, 1986

Comprendemos que la acción penal es intrascendente en la razón de que si con ella se pretende, en nombre y en representación de la Sociedad, la aplicación de la pena para el presunto conculcador del orden jurídico, justo es que reciba de la pena uno de sus rasgos más importantes, el de la intrascendencia, es decir, - la acción penal no se extiende a los familiares o íntimos vinculados al autor o autores; la acción penal sólo se irradia contra los directamente inmiscuidos, en forma personalísima.

Decimos que la acción penal es oficial, porque su ejercicio o no ejercicio se asigna a una institución, en vista de que la experiencia histórica y práctica aconseja que el Estado debe hacerse cargo ineludiblemente de la investigación y persecución de los delitos, - en la inteligencia de que encuentre cabal satisfacción la garantía constitucional, de que nadie puede hacerse justicia por propia mano. La acción penal es "oficial", en vista de la seguridad jurídica con la que deben contar los ciudadanos. La acción penal es oficial, porque sólo al Ministerio Público le corresponde su titularidad preeminente.

Es irrevocable la acción, porque una vez ejercida, el Ministerio Público no puede desistirse de ella. Una vez excitado el órgano jurisdiccional, la ven

tilación del asunto debe proseguirse hasta la dicción del derecho, que se pronuncie en la sentencia condenatoria o absolutoria. Esta irrevocabilidad de la acción, no debe confundirse con una "imposibilidad del Ministerio para no formular conclusiones acusatorias al final del proceso". El Ministerio Público, tiene el pleno derecho de formular o no, conclusiones acusatorias, llegado el momento de éstas, si en su concepto ha prosperado o no la acción penal, pero carece de derecho para suspender el ejercicio de la acción. El procedimiento, una vez echado en marcha por el Ministerio Público, no puede detenerse. Suponer que el Ministerio Público pudiera desistirse de la acción penal, una vez que la ejerció, sería pensar que él puede tener la calidad de juez y parte.

Estudiadas las particularidades de la acción penal, digamos ahora que una vez que el Ministerio fue excitado por denuncia, querrela o acusación, procedió conforme a los requerimientos legales, a comprobar el cuerpo del delito, está en aptitud de ejercitar con -- pleno derecho la acción penal. En estas circunstancias, estará en viabilidad, para dar a conocer al juez la -- verdad histórica del asunto, y que éste la delinie en la preparación del proceso. Si el Ministerio Público, habiendo sido excitado en la forma de rigor y habiendo

procedido como marca el Código de Procedimientos, no logra comprobar e integrar el cuerpo del delito, no debe ejercitar la acción penal. Hay casos en los cuales la institución ha procedido con apego a Derecho y tiene bien comprobado el cuerpo del delito; dicho en otras palabras, está en plena perfilación para hacer la consignación, pero no consigna. ¿Qué se puede pedir, o ante quién se puede ocurrir, en esos casos en que es visible el obrar malintencionado, o en su defecto, torpe e ignorante, del Ministerio Público? Algunos tratadistas opinan, que se le puede exigir reparación del daño en la vía civil, al agente del Ministerio que no consignó. Otros apuntan, que lo que ahí se estila es motivar al Procurador o a los superiores del agente, para que le exijan responsabilidad administrativa interna, o sea, a nivel de la Ley que organiza al Ministerio Público y de la Ley que organiza a las respectivas Procuradurías. En lo que sí coinciden unánimemente los autores, es en que no se puede entablar la acción Constitucional contra la determinación del Ministerio Público. La jurisprudencia de la Suprema Corte ha sido constante en este punto, y aduce, que en caso de que procediere el amparo contra éste tipo de determinaciones del Ministerio Público, se estaría auspicando una invasión de la autoridad jurisdiccional, en una esfera que no le corresponde, que por mandato Constitucional le -

está vedada. El juez estaría asumiendo funciones de -- dictaminador y de parte, y se revivirían aquellos tiempos de inquisición en los cuales el juez se procuraba allegar las pruebas de motu proprio.

Nada más falso que esta tesis, y ésto es demostrable si recordamos el hecho de que en la averiguación - previa, el Ministerio Público actúa como autoridad y - no como parte. Si actuara como parte, como otro particular cualquiera, con toda la razón del mundo podría alegarse que el amparo es improcedente contra sus resoluciones, porque el juicio de juicios no procede contra actos de particulares. Empero, como es una autoridad, no hay razón para alegar esto.

La pluma de los expertos viene en nuestro auxilio, para aclarar el presente detalle que discutimos en esta parte del trabajo:

"El principio de oportunidad siempre obliga al Ministerio Público, a definir discrecionalmente si en cada caso se han llenado los requisitos constitutivos de la acción penal, y esto es verdad; pero esta discrecionalidad, no puede ni debe ser arbitraria, y por ende, necesita sólo de un control interno de orden jerárquico, a que obliga el principio de unidad e individualidad del Ministerio Público, muy deleznable y capricho-

so , sin otro control que en países más afortunados que el nuestro, se ha instituido ; un control externo de la acción penal, o sea el de un órgano distinto ante el - que puedan recurrirse los actos del Ministerio Público que no ejercita o abandona la persecución de los deli\_ tos , una vez ejercitado el proceso . Ya hemos visto añ\_ tes , que la hermenéutica más clara del artículo 21, - la interpretación histórica - legislativa del constitu\_ yente , y la técnica jurídica procesal , condenan de -- consumo , un arbitrio sin límites del Ministerio Públi\_ co , que se manifiesta en posibilidad permanente de ar\_ bitrariedad . Hemos palpado la necesidad , de que exis\_ ta un órgano externo e independiente del Ministerio Pú\_ blico , con relación a su propio ministerio , que auto\_ rice, o bien juzgue , la responsabilidad de la institu\_ ción por el no ejercicio o abandono en todas sus formas de la acción penal; y también encontramos que existió - ese control externo, aunque mínimo , en el amparo de ga\_ rantías , concedido a la víctima o a su representante, - la parte civil, para garantía de sus intereses, como na\_ tural interpretación que se hizo del artículo 21, en el artículo 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público del orden común de 1919 ". (5)

A éstas interesantes observaciones , cabe agregar,

---

(5) Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. Edit. Porrúa, Décimo sexta Edic. México. 1983. Pág 647

que resulta paradójico que el Ministerio Público sea - la "única autoridad contra la que no procede el amparo", y contra las demás sí. Contra todas las autoridades debe proceder el amparo, y así como en algún tiempo se pugló para que todas sin excepción fueran susceptibles de sufrir impugnación de sus actos, incluyendo al poder legislativo (poder que se consideraba "exento" de verse contradicho en el amparo, porque él por antonomasia elabora las leyes, y en teoría sería incapaz de dislocar el mismo sistema que construyó), así también debe pugnarse, para que las resoluciones de consignación no realizada por el Ministerio Público -- sean propensas a la impugnación.

A rasgos generales, hemos hablado ya del papel -- que juega el Ministerio Público en la averiguación previa. Ahora veamos lo relativo a la función jurisdiccional.

## 1.2 La Función Jurisdiccional.

Alguna vez, en la historia, el Ministerio Público era considerado como parte del Poder Judicial. Esa consideración imperó en Francia hasta 1810, cuando Napoleón convirtió al Ministerio Público en un departamento del Ejecutivo. En nuestro país, la adscripción de la "institución de buena fe" al jurisdiccional se estable

ció en la Constitución de Cádiz de 1812, y esta adscripción, permaneció hasta 1836. D. Teodosio Lares, estableció en nuestro país la calificación de "órgano del ejecutivo", dable al Ministerio Público, y desde entonces, ha permanecido hasta nuestros días.

Sin embargo, las circunstancias de que se llame a la policía controlada, práctica y constitucionalmente por el Ministerio Público como policía judicial, y el hecho de que se diga, que "determinado agente del Ministerio Público está adscrito a cierto juzgado", no hacen evidente la filiación del Ministerio Público al Ejecutivo. Por ésto, es conveniente examinar, aunque sea en forma breve, lo que se debe entender por función jurisdiccional.

Cabe añadir, que no sólo el interés de establecer si el Ministerio Público es de índole jurisdiccional, o ejecutiva, opera para que hagamos el estudio de la función jurisdiccional. También opera, la llamada "crisis de la división de poderes". Tradicionalmente se discutía, en el sentido de que a cada poder en particular, le correspondía la realización de cierto tipo de actos, sin que interfiriera para nada en la actividad de los otros poderes. Actualmente, se habla de que la teoría de la división de poderes está en crisis, de que la interdependencia de las diversas conductas es -

cada vez más intensa , y que tanto el poder judicial -- puede desempeñar funciones legislativas en un momento dado , como el poder legislativo puede hacer lo mismo. Concluido el preámbulo , presentamos un pequeño panorama de conceptos acerca de la función jurisdiccional.

" La función jurisdiccional es el puente de paso de lo abstracto a lo concreto , de la ley penal a la ejecución de la ley , lo cual denota una actividad desarrollada por órganos específicamente determinados , que en representación del Estado , y en ejercicio de la jurisdicción , aplican la ley al caso concreto ; éstos casos son distintos de lo que llevan a cabo el Ministerio Público y la Policía Judicial , órganos ciertamente judiciales , pero no jurisdiccionales ". (6)

" La jurisdicción es la potestad soberana de decidir, en un caso concreto, sobre la procedencia de la pretensión punitiva y la del resarcimiento, de acuerdo a la expresión genérica y abstracta de las normas jurídicas, y en caso afirmativo, ejecutar la pena concreta que se inflinge al condenado en la sentencia, función que se garantiza mediante la reserva de su ejercicio exclusivo a los órganos jurisdiccionales del Estado instituidos con sus garantías de independencia e impar-

---

(6) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales . Edit. Porrúa, Octava Edición México. 1984. Pág. 130

cialidad, y con la observancia de determinadas normas, que regulan la conducta de aquellos y de los demás sujetos cuyos actos son necesarios para el cumplimiento de la institución". (7)

De los anteriores conceptos, se desprende, que la jurisdicción es una función soberana, que consiste en aplicar la sanción establecida en la norma penal respectiva, si se comprueba la responsabilidad del inculgado, o en no aplicarla, si no se comprueba ésta, ejercida por órganos estatales, especialmente idóneos para ella como son los jurisdiccionales. También podemos obtener dos criterios básicos, para saber cuándo estamos en presencia del desempeño de una función jurisdiccional y cuándo no: el criterio formal y el criterio material.

Ambos criterios concurren, para ayudarnos a determinar si la labor que lleva a cabo el Ministerio Público es jurisdiccional o no. Debemos decir, que mediante el primero, la función jurisdiccional será aquella que desempeñe el órgano jurisdiccional, del mismo modo que función ejecutiva, es la que realiza algún órgano del Ejecutivo y legislativa la del Legislativo.

Este criterio se formula, en atención a la calidad del órgano que realiza la función y en apariencia constitu

(7) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. pág. 132

ye un fundamento sólido, para precisar la clase de cometido que realiza cierto órgano estatal. En este sentido, como el Ministerio Público depende de las Procuradurías, y éstas del Ejecutivo, resulta obvio afirmar, que la labor del Ministerio Público es esencialmente ejecutiva. Empero, esta obviedad languidece, si retomamos el problema apuntado en líneas anteriores, - el de la crisis de la teoría de la división de poderes, y vemos cómo en ciertos casos el Ejecutivo despliega la función jurisdiccional; cómo en el caso de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, o el Legislativo desarrolla la susodicha función, cuándo la Cámara de Senadores se convierte en Gran Jurado para ventilar el juicio político, o para fallar acerca de la responsabilidad penal del presidente. En vista de estas circunstancias, no es aconsejable atenerse al criterio formal simplemente, y señalar que el Ministerio Público no efectúa la función aludida, porque no pertenece al Poder Judicial, porque no es un órgano jurisdiccional. Este criterio hubiera resultado insuficiente, en aquellos tiempos donde el Ministerio Público integraba al Poder Judicial, para explicarnos por qué a pesar de esta pertenencia, la función del Ministerio no es de carácter jurisdiccional, y por ende, para preconizar la incorporación de éste al Ejecutivo.

El criterio material o sustancial arroja más lu-

ces sobre este asunto, y califica a determinada actividad estatal, o paraestatal, atendiendo a sus peculiaridades esenciales. Este criterio no hace hincapié desmedido en la naturaleza del órgano o institución, permitiéndonos analizar la sustancialidad de la función jurisdiccional, sustancialidad que tiene estas particularidades:

- 1.- La de implicar, que el órgano jurisdiccional sea excitado, para que enfoque su actuación, a la resolución de la controversia que se somete a su potestad y a su competencia.
- 2.- La de suponer una relación triangular, que se establece entre el Estado, el acusado y el ofendido, aunque éste se encuentre lamentablemente "olvidado", en los actos conformantes del procedimiento penal.
- 3.- La de suponer la autonomía de los jueces, porque éstos, al menos nominalmente hablando, son independientes.
- 4.- La de implicar en la mayoría de los casos, salvo los procedimientos ejecutivos, una decisión del conflicto a solucionar y una solución posterior.

Este mismo criterio formal, también nos habilita para ahondar en la sustancia de la función ejecutiva,

función que perfila estas características:

- 1.- No supone su excitación. Se desarrolla en forma -- continua, ininterrumpida, "de día y noche, sin -- cansar", como dicen algunos tratadistas de Admi-- nistrativo. Su despliegue se da, en base a la pe-- renne satisfacción que demandan las necesidades - colectivas que atiende.
- 2.- No implica una relación triangular, sino sólo bi- lateral, exclusivamente entre el Estado y el par- ticular.
- 3.- No supone independencia y autonomía.
- 4.- Importa en la mayoría de los casos, una ejecución primera y una decisión posterior.

Aunque este criterio sustancial es más claro y -- práctico que el formal, aún no acabaría con todos nues- tros problemas, para saber si la actuación del Ministe- terio Público en la averiguación previa, es de índole jurisdiccional o no. Como vimos en líneas anteriores, el Ministerio Público para actuar, necesita ser "exci- tado", y en eso en nada se diferenciaría del órgano ju- risdiccional, que también requiere de excitación. Los jueces, aunque en teoría sean independientes y autóno- mos, sufren cotidianamente un despreciable sometimien- to con respecto al Ejecutivo, al igual que el Ministe-

rio Público.

A nuestro entender, el pábulo que nos posibilitaría afirmar con propiedad, que la función desempeñada por el Ministerio Público no es jurisdiccional, es la relación que se establece en la averiguación previa. No es una relación triangular, como la que se registra en la función jurisdiccional. La actuación del Ministerio Público no converge con la de los particulares, -- porque a él, y solo a él, le compete la verificación de las llamadas diligencias de policía. El Ministerio Público no va a "decir el Derecho", no va a determinar si procede o no la aplicación de la pena contra el inculcado. El Ministerio Público no tiene como cometido principal, restaurar el orden jurídico, aunque indirectamente lo haga, sino lograr la satisfacción del interés social, que afecta la comisión del presumible delito, con estricto apego a los cauces legales preestablecidos. Así, podemos concluir, que la función del Ministerio Público, a pesar de su estrecho emparentamiento y similitud con la jurisdiccional, no es ésta.

La labor del Ministerio Público tiene índole "administrativa", como la tiene también la del cumplimiento de las sentencias (entiéndase por esto, la compurgación de penas y su vigilancia), a cargo de la Dirección General de Readaptación Social, dependiente de la Secre-

taría de Gobernación, órgano eminentemente administrativo, que realiza una función administrativa y no jurisdiccional. La labor del Ministerio Público facilita la del juez, le allega de valiosos elementos de juicio, - le coloca en aptitud de conocer la verdad histórica -- del caso que se le somete y le permite sentar, con apego a Derecho, los cimientos indispensables para iniciar el proceso y conducirlo con toda majestad hasta - el momento culminante de pronunciar la norma concreta, aplicable al asunto, pero de ninguna manera es una labor jurisdiccional.

Hemos delineado ya, el perfil de la función jurisdiccional. Hemos examinado los problemas que se presentan para delimitar su sustancia y extensión, extensión que arranca desde el auto de radicación. Para redondear estas explicaciones, se antoja de rigor, que una idea óptima de la función jurisdiccional no debe ser propensa a confundirse con lo que es la competencia. La observación del experto que citamos, viene a auxiliarnos sobremanera para el efecto:

"Jurisdicción y competencia no son conceptos sinónimos. No obstante, suelen a veces ser confundidos. Esta confusión, se motiva quizá por la íntima relación - entre los dos conceptos. Sin embargo, la jurisdicción, como ya se ha dicho, es una función soberana del Esta-

do , mientras que la competencia es el límite de esa función, el ámbito de la validez de la misma. Comúnmente , un determinado órgano jurisdiccional tiene precisamente jurisdicción y competencia, pero también puede darse el caso de competencia sin jurisdicción , cuando el juez es competente pero no ha conocido el caso , no ha habido todavía el ejercicio de la acción ( juez competente potencialmente ) . También puede haber ejercicio de jurisdicción sin competencia , cuando el juez actúa fuera de sus atribuciones ". (8)

Con éstas palabras culminantes y aclaradoras, terminamos ésta parte del trabajo y pasamos a tratar los períodos del procedimiento penal en México.

### 1.3 Los Períodos del Procedimiento Penal en México.

De conformidad con los cánones sentados por la Teoría General del Proceso, nuestro proceso penal, como también el civil, el laboral, el mercantil, y en general, todo proceso que suponga el desenvolvimiento de la función jurisdiccional, se divide en dos grandes períodos , que caracterizan al proceso en general , son magníficamente descritos en su tendencia globaliza

---

(8) Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso Textos Universitarios, U.N.A.M. Tercera Edición México. 1981. Pág. 155

dora por las siguientes palabras:

"La primera gran fase de instrucción, es aquella en que las partes exponen sus pretenciones, resistencias y defensas y en que, el tribunal y los terceros desenvuelven toda la actividad de información y de instrucción al tribunal, haciendo que éste tenga preparado todo el material necesario para dictar sentencia. Así se llega a la segunda etapa o parte del proceso, - que es el juicio y que entraña el procedimiento, a través del cual se dicta o pronuncia la sentencia respectiva. Como pueda verse, la existencia de éstas dos etapas, de instrucción y de juicio, así entendidas, no sólo son aplicables a los procesos penal y civil, sino a todos los demás imaginables : administrativo, fiscal, - del trabajo, constitucional, etcétera". (9)

Pero a pesar de ésta tendencia global, el proceso penal en nuestro órgano jurídico cuenta con períodos - específicos, y el conocimiento de dichos períodos lo - podemos extrapolar de los Códigos de Procedimientos Pe-  
nales.

En el Código Federal de Procedimientos Penales, - se estila marcar cuatro períodos del procedimiento:

---

(9) Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso.  
Ob. cit. Pág. 126.

- 1.- El de averiguación previa, que comprende las diligencias necesarias, para que el Ministerio Público pueda resolver si ejerce la acción penal, -- hasta la consignación del presunto responsable a los tribunales.
- 2.- El de instrucción, que comprende las diligencias practicadas por y ante los tribunales, con el fin de averiguar la existencia de los delitos, las -- circunstancias en que hubieran sido cometidos y -- la responsabilidad o irresponsabilidad del inculgado o de los inculcados.
- 3.- El de juicio, durante el cual, el Ministerio Público precisa su acusación y el acusado su defensa ante los tribunales, y éstos valoran las pruebas y pronuncian sentencias definitivas.
- 4.- El de ejecución, que comprende desde el momento -- en que causa ejecutoria la sentencia de los tribunales, hasta la extinción de las sanciones aplicadas.

Del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, se pueden extrapolar tres etapas del procedimiento, que son:

- 1.- La de Diligencias de la Policía Judicial y de Ins

trucción, que comprende la sección primera de disposiciones comunes y la sección segunda, de diligencias de la Policía Judicial.

- 2.- La de instrucción, pero contrariamente al concepto que hemos estado manejando de instrucción, el Código nos engloba en esta denominación las llamadas "diligencias de preparación del proceso", que son la declaración preparatoria del inculcado, el nombramiento del defensor y el auto de formal prisión y libertad por falta de mérito.
- 3.- La del juicio.

Podrían objetarse estas extrapolaciones "por su poca técnica". Verdad es que la consideración de la ejecución de la pena no es propiamente hablando, parte del proceso, ya que constituye una secuela muy posterior a éste, en donde no se da la relación triangular que hemos apuntado como distintiva de la función jurisdiccional, aparte de que esa "etapa de ejecución" es de índole administrativa, llevada a cabo por un órgano dependiente del Ejecutivo. Empero, no sería aceptable, a nuestro entender, que se censurara en extremo la conformación de los Códigos, en el sentido de incluir como parte del proceso a la averiguación previa. Sabemos que técnicamente, el proceso arranca desde que se dic-

ta el auto de formal prisión, o el acto de sujeción a proceso, pero de facto, el proceso arranca desde la averiguación previa. No puede entenderse el proceso penal sin la averiguación previa. Como ya dijimos, la averiguación permite que el juez entre al conocimiento del asunto, al conocimiento de la verdad histórica y - que pueda ir perfilando desde los albores del proceso, la correcta individualización de la pena que prescriben y exigen los artículos 51 y 52 del Código Penal. Por si fuera poco, la averiguación previa hace posible que el juez pueda cumplir con las obligaciones que se le imponen en el artículo 19 Constitucional. Los tribunales federales han reiterado, que cuando el Ministerio Público no ejerce la acción, o se desiste de ella, no hay base para el procedimiento, y la sentencia que se dicte sin que tal acción se haya ejercido, es violatoria de las garantías del artículo 21 Constitucional, y en este tenor, a pesar que desde un punto de vista ortodoxo el proceso comienza con el auto de formal prisión o con el de sujeción a proceso y termina hasta el pronunciamiento de la sentencia, no resulta del todo descabellado estimar, que de facto, surge el procedimiento desde la averiguación previa, por las razones expuestas.

En resumen, podemos decir, que el proceso penal -

tiene tres periodos: uno de ellos, de índole preparatoria, digamos que paraprocesal, y los otros dos, esencialmente procedimentales. El primero es el de averiguación previa, que abarca desde que el Ministerio Público es excitado mediante los requisitos de procedibilidad, hasta la resolución del mismo, en el sentido de ejercer la acción penal; el segundo es el de la instrucción, que abarca desde el auto de formal prisión hasta el auto que declara cerrado el proceso. El tercero es el de juicio, que comprende desde la citación de la --sentencia, hasta el pronunciamiento de la misma.

Cabe aclarar, que el segundo periodo se divide en dos fases, que son la postulatoria y la probatoria. En la primera fase, las partes plantean sus pretensiones y resistencias, relatan hechos y exponen todo a lo que -su derecho conviene. En la segunda, se condensan los -momentos de ofrecimiento de la prueba, admisión de la prueba y desahogo de la prueba. En la parte relativa a comentarios de este capítulo, hablaremos algunas cosas acerca de la clasificación de los periodos del proceso, que hacen los tratadistas del Derecho Procesal Penal.

#### 1.4 El Juicio en el Procedimiento Penal Entendido Desde Varios Puntos de Vista.

En el anterior punto del trabajo, vimos como el -

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no hace distinción entre lo que es la instrucción en el proceso (se llama instrucción a la declaración preparatoria y al auto de formal prisión), y el juicio propiamente considerado. Este Código, denomina al procedimiento penal genéricamente como "juicio", denominación de muy poca técnica jurídica, pero demasiado enraizada en muchas conciencias como para tomarla como sinónimo de "proceso". Enclavada poderosamente en la doctrina, esta denominación genérica, conviene estudiar el juicio en el procedimiento penal desde varios puntos de vista, teniendo bien presente que no nos referimos a lo que técnica y debidamente debe entenderse por juicio.

Es clásico que el juicio en el procedimiento penal, sea observado desde tres puntos de vista angulares: desde el punto de vista inquisitorial, desde el punto de vista dispositivo y desde el punto de vista publicista.

Desde el punto de vista inquisitorial, el juicio tiene los siguientes rasgos distintivos:

- 1.- El juzgador tiene a su carga la tarea de realizar la averiguación previa.
- 2.- La potestad del juzgador es ilimitada.

- 3.- No hay la relación de triangularidad característica del procedimiento.
- 4.- El acusado tiene que probar su inocencia . La justicia está " eximida " del deber de probar la culpabilidad del inodado.

Los autores nos ofrecen una excelente perspectiva de éste punto de vista , y de ellos recogemos dos citas:

Lo que caracteriza al principio inquisitivo " es - el acrecentamiento de las facultades del juez , en lo que se refiere a la dirección del proceso , a la selección del material probatorio ofrecido por las partes , a la investigación de los hechos materia de la controversia , a la libre valorización de las pruebas , todo lo cual , se traduce en la preponderancia de otros principios secundarios , tales como la concentración , la inmediación , la oralidad y la pluralidad ".(10)

" El sistema inquisitivo tiene su origen en el año de 1204 , cuando Inocencio III aprueba el establecimiento del instituto que le dió nombre al sistema , representando el poder absolutista de los gobernantes de toda una época en que preponderaba el interés del grupo

---

(10) García Ramírez, Sergio. Principios de Juicios a Menores. Revista de la Facultad de Derecho. UNAM México. 1971. Pág. 167

o casta en el poder, habiendo prevalecido dicho sistema, hasta los siglos XVIII y XIX. Sus características generales son las siguientes: a) Predominio del interés social frente al individual; b) Forma secreta en la tramitación; c) Restricción o anulación del derecho de defensa; d) Limitación de la prueba. Como forma secundaria a éste sistema, se señalan los secretos en la tramitación y la escritura en los actos procesales ". (11)

Este punto de vista del enjuiciamiento en el proceso penal, parece a primera vista, que ha caído en desuso. Empero, ciertas reminiscencias en el Código de Procedimientos Penales del Distrito, le hacen "revivir". En el artículo 4 de éste ordenamiento, se dan facultades al Juez para que, ante la imposibilidad del Ministerio Público, realice las diligencias de Averiguación Previa. En los artículos 135, 314 y 315, se faculta al juez para aceptar pruebas aún sin promoción de las partes. Estas reminiscencias hacen, que éste punto de vista sobre el enjuiciamiento no caiga en el desuso completo.

En contrapartida a éste punto de vista, el dispositivo, o también llamado acusatorio, no se encuentra

---

(11) Piña y Palacios, Javier. Derecho Procesal Penal. Talleres Gráficos de la Penitenciaría, México. 1948. Pág. 33

tan "despreciado" por la doctrina y la legislación. -- Tal punto de vista nos indica, que del juicio o enjuiciamiento se desprenden los siguientes detalles:

- 1.- El acusador es distinto del juez (generalmente la persona ofendida por el delito).
- 2.- El acusador potencialmente está representado por cualquier persona.
- 3.- El acusado es potencialmente representado por -- cualquier persona.
- 4.- El acusador no está representado por un órgano oficial.

Este punto de vista del enjuiciamiento, imperó -- fundamentalmente en las etapas de la historia que fueron más acentuadamente "liberales". En este punto de vista, es plenamente vigente el dogma de que la autoridad sólo puede hacer lo que expresamente le está permitido. Los postulados famosos de la Revolución Francesa, de igualdad y libertad, habilitan a las partes en la contienda para "disponer" del proceso, de ahí su -- nombre de dispositivo que tiene este punto de vista, - desde el cual, el juicio proyecta la relación triangular a la que nos hemos referido anteriormente. El enjuiciamiento ofrece mayor seguridad jurídica, y el "secreto que imperaba en el punto de vista" inquisitivo,

tiende a desaparecer. Sin llegar a extremos francos y abiertos de "difusión y conocimiento público", el juicio, en este enfoque dispositivo, guarda mayor respeto a las mínimas garantías y oportunidades de defensa del acusado. Algunos autores opinan con firmeza, que el -- punto de vista dispositivo es el que se impone en el - juicio de nuestro procedimiento penal.

Pero la mayoría de los autores coinciden, en señá larnos que el punto de vista acogido en nuestro proceso, es el llamado "publicista o mixto". En éste, la au toridad jurisdiccional queda definitivamente desvincu- lada de la averiguación previa. El dogma de la "actua- ción judicial", no es interpretado en forma estricta - por este enfoque; es decir, la actuación de la autori- dad no es tan limitada, como desde el punto de vista - dispositivo. Se dice que desde el punto de vista publi- cista o mixto, se trata de que la verdad material se - anteponga a la verdad simplemente jurídica o formal y encuentre auténtico sentido la misión del Ministerio - Público, de conducir la averiguación previa y de ejer- citar cuando proceda la acción penal. Desde este pun- to, el acusado encuentra, al menos en la teoría jurídi- ca, otorgadora de "mil y un derechos", la plena expre- sión de sus mínimas y fundamentales garantías de defen- sa.

Pasada revista a estos puntos para enfocar el juicio en el procedimiento penal, estimamos que no podemos decir, en forma tajante, que tal o cual apreciación sea la correcta, para analizar los pormenores del juicio en el procedimiento penal. El enjuiciamiento en nuestro proceso penal, puede ser contemplado desde -- cualquiera de los puntos de vista que mencionamos, y - en este tenor, algunos afirman que el enjuiciamiento - tiene rasgos inquisitoriales, otros aseguran que cuenta con matices dispositivas y los demás, detectan en - él, rasgos "mixtos o publicistas". Con esta reserva de criterios, podemos advertir, que los tintes mixtos se anteponen a los otros, en forma muy sensible, en varios aspectos del juicio. Estos tintes, encaminan al enjuiciamiento hacia el máximo respeto por las garantías individuales. Empero, hay que puntualizar que adocelen - de ciertos retrocesos, que son ilustrados espléndidamente por estas palabras:

"Los jueces mexicanos han sido, durante el período corrido desde la consumación de la independencia -- hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial, ellos son los encargados de averiguar los delitos y de buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin -

duda desnaturaliza las funciones de la judicatura. La nueva organización del Ministerio Público , a la vez que evitará este sistema procesal tan vivioso , restituyendo a los jueces la dignidad de su magistratura, - dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde , dejando a su cargo, exclusivamente , la persecución de los delitos , la búsqueda de elementos de convicción , que ya no se hará por medios atentos . Con la institución del Ministerio Público, tal como se propone , la libertad individual quedará garantizada. Porque según el artículo 16, nadie puede ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla sino en los términos y con los requisitos que la ley exige". (12)

En base a lo anteriormente transcrito, en nuestro enjuiciamiento se impone el punto de vista mixto, pero con las reservas de criterio ya apuntadas. Pasemos ahora a la siguiente sección de éste trabajo.

#### 1.5 Comentarios y Aportaciones al Respecto.

A través del desarrollo de éste capítulo , hemos expuesto las ideas generales que orientan a nuestro - proceso penal, y de esas podemos comentar lo siguiente:

---

(12) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, Octava Edición, México. 1985. Págs. 74 y 75

Es menester, como lo anotamos en el primer apartado de este capítulo, denominar a la facultad que tiene el Ministerio Público de investigar y perseguir los delitos, como "titularidad preeminente del ejercicio de la acción penal", y no monopolio de este ejercicio. Esta expresión del monopolio es inapropiada, como lo demuestran las excepciones que puntualizamos a la regla de los artículos 21 y 102 Constitucionales, y la misma excepcional redacción del artículo 21. Hablar del monopolio de la acción penal induce, a que se piense que ésta es "propiedad o pertenencia" del Ministerio Público, y éste puede hacer con ello lo "que se le antoje", lo cual es legal y socialmente censurable. Esta expresión del monopolio, ha motivado un recelo absurdo del Poder Judicial Federal, para conocer de demandas de amparo que se interponga contra el inadecuado no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, pretextándose que de proceder el amparo, la autoridad judicial estaría invadiendo una esfera que no le corresponde. A falta de amparo para este caso, se concede al particular ofendido por el delito, una titubeante posibilidad de que exija reparación del daño al agente del Ministerio, de que pueda exigirse responsabilidad administrativa por vía de sus superiores jerárquicos, y ésto es debido a que se considera que el Ministerio Público tiene el "monopolio de la acción pe-

nal". Desterrando esta concepción nociva de nuestro ambiente doctrinal y legal, muy posiblemente se haga realidad el sueño de los ciudadanos y de los teóricos del Derecho Penal y del Procesal Penal, en el sentido de que la actividad del Ministerio Público sea especializada, intensa y dinámica en la investigación y búsqueda de los delincuentes, participe de los últimos adelantos que hay en técnica policial en los países desarrollados, pero sobre todo, esencialmente respetuosa de los cauces legales que la demarcan, de los derechos elementales de todos los ciudadanos, por muy "presuntos culpables" que sean éstos, y de la seguridad jurídica que debe reinar en nuestra colectividad.

También cabe comentar aquí, que en el desarrollo de este capítulo, nos parcatamos de la tendencia que tienen los autores de Proceso Penal, a referirse en las secciones de sus textos explicativos, de lo que es la jurisdicción, a las tres clases de jurisdicción que, según ellos, existen. Nos hablan de la jurisdicción ordinaria, de la jurisdicción federal y de la constitucional, no diferenciando, como es debido, lo que es la competencia de lo que es la jurisdicción. Es sumamente delicado confundir la jurisdicción con la competencia, porque esta última sólo es una demarcación, una cuestión formal a la que debe ajustarse el e

jercicio de la jurisdicción para su mejor desenvolvimiento práctico, más no algo de fondo, algo esencial. La esencia es la jurisdicción y la forma es la competencia. Ciertamente es, que constitucionalmente, ambas deben fundirse para el cumplimiento de la garantía de legalidad, pero también es cierto, que establecer la sinonimia entre jurisdicción y competencia, es una forma demasiado peligrosa de restar majestad a la función -- del juez. Hablándose de "jurisdicción federal, jurisdicción local y jurisdiccional constitucional", es fácil calificar, sobre todo para los legos, a esas clases de "jurisdicciones" como de "primera", de "segunda" y de "tercera", lo cual es rotundamente falso. La jurisdicción es esencialmente una, ya se desarrolle en el ámbito de la Federación, ya en el de los Estados, - ya a nivel Constitucional. El juicio es esencialmente lo mismo en todos lados, y de acuerdo a esto, la competencia sólo es una exigencia técnica para que todos nosotros nos amoldemos a la vida institucional, problemática y harto dinámica, que tiene nuestra República Federal. A nuestro entender, este pecado de los expertos no se justifica ni por miramientos de orden pedagógico, y con toda propiedad nosotros debemos afirmar que la función jurisdiccional, "es esencialmente una", que se desenvuelve, de acuerdo a ciertos requerimientos de orden técnico, político y cultural de nuestra Repúbli-

ca Federal, en tres niveles o estratos de competencia: el federal, el local y el Constitucional.

Respecto a los periodos del proceso, no estamos de acuerdo en que se considere como jurisdicción a la importante etapa de preparación del proceso, que abarca a la declaración preparatoria y al pronunciamiento del auto de formal prisión. La instrucción, es el período del proceso que transcurre desde que se dicta el auto de formal prisión, hasta el auto que declara cerrado el proceso. Consideramos que es poco técnica la denominación genérica "de juicio", que se hace del proceso penal. Los tratadistas de Procesal Penal son muy reticentes a aceptar, que la etapa de juicio abarca solamente desde la citación para la sentencia hasta el pronunciamiento de la misma. Nosotros consideramos que sólo ese período debe ser llamado técnicamente como juicio, y no todo el proceso en general. Así que desde nuestro enfoque, hay tres periodos del proceso penal, uno de índole paraprocesal, y dos esencialmente procesales: la averiguación previa, la instrucción y el juicio.

**C A P I T U L O   I I .**

**LA PREPARACION DEL PROCESO EN MEXICO**

## 2.1 La Preparación del Proceso en México. Primeras Diligencias del Órgano Jurisdiccional.

Nos referíamos a la averiguación previa, como una etapa "paraprocesal", de indispensable verificación, - para que se lleve a cabo el proceso, y en ésta perspectiva, puede estimársele como preparatoria del proceso. En este capítulo expondremos aquélla serie de actos, - diligencias y resoluciones que en "strictu sensu", se catalogan como la preparación del proceso. Para ello, hablemos sobre las primeras diligencias del órgano jurisdiccional para preparar el citado proceso.

La pregunta necesaria, que se antoja resolver en primer término, antes que la exposición del capítulo, es la siguiente: ¿desde qué momento empieza la actividad del órgano jurisdiccional?

Empieza, desde que el Ministerio Público hace la consignación correspondiente, consignación que por regla general es sin detenido, y excepcionalmente con detenido. El juez comienza a desplegar, aunque no formalmente, su jurisdicción y el Ministerio Público se despoja de su calidad de autoridad, para convertirse en - parte, desde este momento.

El juez analiza todo el legajo que arrojó la investigación previa. Como hemos visto recientemente, en

Los famosos casos de los narcotraficantes y de los políticos improbables, el juez tiene que darse a la tarea de estudiar voluminosos expedientes. Si comprueba que la averiguación previa, practicada por el Ministerio Público adscrito a su juzgado, le arroja elementos su ficientes de convicción y si comprueba que éste observó los requisitos marcados en el Código de Procedimientos, que corresponda para la realización de la averiguación previa y si también comprueba que el Ministerio Público se condujo con estricto apego al Derecho y que de la averiguación se desprende presunción suficiente de la existencia del delito y de la responsabilidad del autor o autores del ilícito penal, le obsequiará orden de aprehensión al Ministerio Público, para que éste efectúe la detención que se amerite. Desgraciadamente, no hay reglamentación constitucional ni legal que controle en forma efectiva esta diligencia que lleva a cabo el Ministerio Público. Grandes tropelías, exageraciones e interpretaciones caprichosas de las normas cubren con un negro y censurable manto, la práctica de la detención. En un intento desesperado -- por poner un control a las prácticas abusivas que se dan, con todo y orden de aprehensión "legalmente otorgada", se invocan los plazos señalados en el artículo 107, fracción XVIII, de la Constitución. En tal artículo, se ordena a quien lleve a cabo la detención, que u

na vez que consume ésta, ponga a disposición del juez al detenido dentro de las veinticuatro horas siguientes. Esta prescripción, en sí misma, no deja margen a dudas en cuanto a su indefectible observancia, porque en caso de no observarse, procede la consignación del agente infractor. Empero la interpretación caprichosa se desata, cuando se alude al último párrafo del susodicho artículo 107. Tal párrafo prescribe esto: "Si la detención se verificare fuera del lugar en que reside el juez, al término mencionado se agregará el suficiente para recorrer la distancia entre dicho lugar y aquel en que se llevó a cabo la detención". Las dudas son tremendas: ¿Qué se entiende por fuera del lugar donde reside el juez? ¿Una cuadra? ¿Una delegación? ¿Cuál es el término suficiente para recorrer la distancia entre el lugar de la detención y el de la residencia del juez? ¿Será, por decir algo, el que establece el sistema de vigencia de las leyes, asentado en el Código Civil? ¿Será el tiempo que "estime pertinente" el agente del Ministerio? ¿Será el tiempo que fijó el juez en la orden de aprehensión? Desgraciadamente, en ésta no se fija nada. La Constitución es muy vaga al respecto y las leyes adjetivas, en vez de ayudar, vienen en forma sensible a fomentar las arbitrariedades de los agentes que llevan a cabo la detención. En estas líneas hemos cumplido nuestra obligación de mencion

nar esta serie de irregularidades, que suelen "manchar" el cabal desenvolvimiento de la preparación del proceso. Retomemos el hilo de las primeras diligencias. Pero antes, es conveniente repasar los requisitos elementales que debe contener la orden de aprehensión, según el artículo 16 Constitucional:

"No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin -- que estén apoyadas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata".

Visto esto, supongamos que se efectuó la detención, independientemente de todas las irregularidades que le acompañan. El delincuente y sus cómplices, o solamente el delincuente, se encuentran a disposición -- del juez que corresponda. Ante esto, ¿qué hace el juez?

El juez dicta el llamado "auto de radicación o ca

beza del proceso". Este auto debe contener los siguientes puntos:

- I.- Radicación del asunto. Señalamiento exacto de la hora en que el detenido queda a disposición del juez.
- II.- Fijación de la actividad del Ministerio Público.
- III.- Orden para que se proceda a tomar la declaración preparatoria al detenido, y señalamiento de la hora y del día para ello, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a que el detenido quede a su disposición. Cabe hacer una aclaración aquí. Ese plazo de cuarenta y ocho horas, no implica - que el juez deba tomar la declaración preparatoria necesariamente a las cuarenta y ocho horas - siguientes. Lo que significa este plazo, es que es el mínimo indispensable, de acuerdo a la Constitución, para que se le hagan saber al acusado sus garantías. El juez no puede pasar de ese plazo, sin verificar la audiencia de declaración preparatoria, pero bien puede aligerar el trámite y realizarla a las veinticuatro horas siguientes, o a las treinta y seis. No hay prohibición para ello. Pero se estiliza y precisa este período la Constitución, en la inteligencia de que el

juez podrá valorar adecuadamente, el caso que tiene en manos. Con la presunción de que es el plazo que necesita el juez para evaluar la situación jurídica del acusado, se estableció el plazo, pero si puede abreviar el trámite, mejor. La teleología de los artículos 19 y 20 Constitucionales, es que las molestias inflingidas por la privación de la libertad, sean las menos posibles, y si se amerita la privación de la libertad para que se desarrolle el proceso, que no quede la mínima duda o inconveniente legal, para concretar este trascendente y embarazoso paso procedimental, para el inculpado.

IV.- Que se practiquen las diligencias necesarias para corroborar o no, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

V.- Que se facilite al detenido los elementos e informes necesarios para su defensa, de acuerdo a lo establecido en la fracción VII del 20 Constitucional.

¿Cuál es la importancia de este auto de radicación? La siguiente opinión experta la ilustra:

"El auto de radicación o cabeza del proceso, fija la jurisdicción del juez. Con esto se quiere indi-

car que el juez tiene facultad, obligación y poder para decir el Derecho en todas las cuestiones que se le plantean. Tiene facultad, en cuanto queda dentro del ámbito de sus funciones, resolver las cuestiones que se le expongan. Tiene obligación, porque no queda a su capricho resolver dichas cuestiones, debiéndolo hacer en los términos que la ley señala. Tiene poder, en virtud de que las resoluciones que dicta, poseen la fuerza que les concede la ley".

" Además, vincula a las partes al órgano jurisdiccional. Con esto se indica que a partir del auto de radicación, el Ministerio Público tiene que actuar precisamente ante el tribunal que ha radicado el asunto, no siéndole posible remover ante otro tribunal. Quedan -- también sujetos al tribunal, el inculpado y su defensor.

El auto de radicación también sujeta a los terceros y abre propiamente dicho, el periodo de la preparación del proceso. El auto de radicación, señala los -- lindes legales que debe tener el periodo de setenta y dos horas, para determinar la situación jurídica del -- detenido ". (13)

Así es que, éste auto de radicación del proceso

---

(13) Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. - Editorial Porrúa. Décima tercera Edición. México 1983. Pág. 156

es propiamente el comienzo de la preparación del proceso y es, la más importante de las primeras diligencias del órgano jurisdiccional. A partir de este auto de radicación, se despliega ya formalmente, la función jurisdiccional del juez, a la manera como la hemos descrito antes. A partir del auto de radicación, se forma la relación triangular entre el juez, el Ministerio Público y el acusado, junto con su defensor. Este auto de radicación, precisa el momento ya definitivo de la conversión del Ministerio Público en parte del proceso y pone en marcha a toda la maquinaria jurisdiccional, para que canalice sus esfuerzos en la intención de determinar la procedencia o improcedencia de la pretensión punitiva del Estado, con respecto al inculcado, particularmente considerado. El auto de radicación es el hito que señala el surgimiento del llamado "drama penal", el drama donde el acusado lleva, en teoría, la peor parte, el juez pone a prueba la probidad de su actuar y el Ministerio Público obra supuestamente en "defensa de la sociedad", además de que hay que recordar siempre, el papel "secundario" del ofendido por el delito, quien se debe contentar, si bien le va, con ser coadyuvante del Ministerio Público en la labor de éste. El auto de radicación nos propulsa al estudio de la llamada declaración preparatoria.

## 2.2 La Declaración Preparatoria.

Llegamos al punto culminante de la declaración -- del proceso. Un buen proceso dependerá de una buena de claración preparatoria, y un mal proceso, penderá de u na mala o ilegal declaración preparatoria. La declara\_ ción preparatoria es, para el proceso penal, el equiva\_ lente al emplazamiento en el proceso civil, o en el la boral, o en el mercantil. Dada ésta tremenda importan\_ cia, es necesario que abordemos con relativa profundi\_ dad todos los pormenores de la declaración preparato\_ ria.

Lo primero que debemos consignar en éste aparta\_ do, es el concepto que se maneja por la doctrina de de claración preparatoria :

" La declaración preparatoria es aquel acto proce\_ dimental por medio del cual, se tiende a enterar for\_ malmente al reo de su proceso y a provocar su confe\_ sión sobre los hechos que se investigan o en todo ca\_ so, las explicaciones que acerca de ellos por su parte quiera hacer constar ". (14)

" La declaración preparatoria no es un medio de in\_ vestigación del delito, ni mucho menos tiende a provo\_ car la confesión del declarante. Su objeto lo define -

---

(14) Acero, Julio. El Procedimiento Penal. Ob. cit. -- Pág. 103.

con claridad la fracción III del artículo 20 Constitucional, y no es otro que el acusado conozca el hecho - punible que se le atribuye y pueda contestar al cargo. Esta diligencia se practica en un local donde el público tenga libre acceso, debiéndose impedir que permanezcan en la misma sala las personas que deban ser examinadas como testigos ". (15)

Como es fácil notar, la doctrina no ofrece un concepto unificado de lo que es la declaración preparatoria. Acero nos dice que ésta declaración tiende a provocar la confesión del declarante, aunque después atenua su aseveración contemplando la posibilidad de que el acusado quiera declarar o no. En el extracto recogido del Prontuario de García Ramírez, vemos precisamente que el provocar la confesión no es el objeto de la declaración, sino el brindarle la oportunidad Constitucional de defensa al acusado. La pregunta se impone : ¿ Cual es el objeto real de la declaración preparatoria ?

Al igual que lo que constatamos que sucedía con la expresión de " monopolio de la acción penal " la idea de la declaración preparatoria es negativa, e induce al grave error de creer que su objeto es "la confe-

---

(15) García Ramírez, Sergio y Adatto de Ibarra, Victoria. Prontuario de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. Segunda Edición, México, 1982. Pág. 128.

sión del acusado". El término de declaración preparatoria, hace pensar a todos nosotros, que la preparación del proceso tiene un carácter inquisitivo, lo cual resulta paradójico, pues la misma audiencia donde se realiza la declaración preparatoria, por definición pública, permite al acusado conocer el nombre de sus acusadores (cosa por demás difícil cuando el procedimiento era inquisitivo) y prepara, en forma razonable, su defensa. El término de declaración preparatoria, con que se designa a esta audiencia, atenta gravemente contra el postulado medular de que la presunción de inocencia favorece al implicado, hasta que no se demuestre lo contrario. El término de declaración preparatoria es, inclusive, incompleto, porque el acusado puede muy bien declarar, pero también puede no declarar. A pesar de estas enormes deficiencias, no debemos perder de vista el hecho, de que el objeto de la declaración preparatoria es el que se apunta en el prontuario: darle a conocer el cargo al acusado y posibilitarlo para que lo conteste.

Los autores nos advierten, sobre el hecho de que con la declaración preparatoria, el juez perfila y conoce la verdad histórica del caso y la personalidad del inculpado. Nos dicen también los autores, que con la declaración preparatoria se definen ya con absoluta

claridad, los papeles que deben desempeñar las partes en el proceso: el Ministerio Público como acusador, como representante de la sociedad y ostentante de la pretensión punitiva del Estado; el juez, como el dictaminador, aquel autorizado por la soberanía para pronunciar el Derecho en el conflicto concreto que se le somete a su consideración, y el acusado, como tenaz impugnador de la pretensión punitiva del Estado, esgrimida por el Ministerio Público. Sin duda son importantes estos efectos de la declaración preparatoria, pero su objeto primordial, es esencialmente, el de poner en adecuada defensa al autor del presunto ilícito penal.

Se dice que la declaración preparatoria está constituida en dos partes:

- 1.- La parte general, donde se le informa al acusado del hecho o hechos que se le imputan, el nombre de sus acusadores, las pruebas que tiene en su contra, el derecho que tiene a nombrar un defensor, etc.
- 2.- Aquella parte en donde el juez incita a declarar al inculpado, para que manifieste los hechos que le consten, o exponga lo que mejor convenga a su derecho. En esta parte, también se le hace saber que tiene el derecho de permanecer callado, que -

es potestativo para él declarar o no.

Hay que consignar el hecho, que es práctica viciosa en los tribunales, advertir al inculgado "que su -- confesión facilita en gran medida las cosas", que con la confesión se atenúa el rigor de la pena. Nada hay -- más falso y espurio que esa práctica. La penalidad de ninguna manera se atenúa con la confesión. La penali-- dad se atenúa debido a que opere una excepción legal o que el juez dictamine en el sentido de que "sea mínima la temibilidad o peligrosidad del implicado", pero no por la confesión.

Esta es una práctica viciosa que debe desterrarse, y cuando se presente en la práctica, debe sancionarse -- con la más extrema severidad.

Esta audiencia, por disposición de la ley, debe -- ser pública. ¿Cuál es el propósito de que se rinda la declaración en audiencia pública, y no privada, como -- podría esperarse si se considera que en esa audiencia se discuten cuestiones sumamente delicadas, que atien-- de al prestigio, honra o reputación del inculcado?

La primera razón que es de pensarse es la de invo-- car el orden público. Como todo proceso, las cuestio-- nes que se ventilan incumben al interés social, y su -- "publicización" debe ser una consecuencia de rigor, --

muy natural. Las palabras expertas vuelven a ilustrarnos sobre este punto:

"Hasta se prescribe que esa declaración se rinda en audiencia pública, no sólo como garantía para el -- reo de que no se violentará ni se alterará lo que diga, sino para la Sociedad, que podrá comprobar también la rectitud de sus jueces, dándose cuenta desde luego de una de las diligencias más importantes del proceso que en muchos casos podrá predeterminar con toda probabilidad la sentencia y siempre dará alguna luz sobre el asunto. Ya quedan indicados, sin embargo, los inconvenientes de una declaración que puede ser ad hoc -- por defensores y parientes o conocida o transmitida a los coautores o cómplices para los que tal vez puede -- servir de señal de fuego". (16)

Si la declaración preparatoria es una cuestión de orden público principalísima, resulta necesario que -- veamos cómo es regulada en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Este ordenamiento adjetivo, reitera la regla fundamental del período Constitucional, para rendir la declaración preparatoria. También reitera la regla elemental de que la audiencia debe ser pública. Las obli-

---

(16) Acero, Julio. El Procedimiento Penal. Pág. 104

gaciones que impone al juez son las siguientes:

- I.- Darle a conocer al acusado el nombre de su acusador, si lo hubiere, el de los testigos que declararen en su contra, la naturaleza y causa de la acusación a fin de que conozca bien el hecho penal que se le atribuye y pueda contestar al cargo.
- II.- La garantía de libertad caucional en los casos - que proceda, y el procedimiento para obtenerla.
- III.- El derecho que tiene para defenderse por sí mismo o para nombrar persona de su confianza que lo defienda, advirtiéndole que, si no lo hiciera, - el juez le nombrará defensor de oficio.

El Código impone también la obligación al juez, de comenzar la declaración por los generales del acusado, cuando éste desee declarar. El juez debe redactar las contestaciones del inculpado, cuando éste no lo hiciere, sin omitir detalle alguno. Si fuera posible, el juez tiene que carear a los testigos, que depongan en contra del acusado. Y a grandes rasgos, así reglamenta el Código de Procedimientos capitalino el trámite de - la declaración preparatoria.

Cabe preguntarse ahora: ¿Cuál es la importancia

de que la declaración preparatoria se rinda conforme a lo que prescriben las leyes?. La importancia radica, - en la manifestación que se hace al acusado de sus garantías Constitucionales. Anteriormente vimos, que el objeto de la declaración, es darle a conocer al implicado el hecho que se le imputa y brindarle oportunidad de defensa. Ahora nos damos cuenta, de que la importancia de la declaración estriba, en la manifestación de las garantías Constitucionales, que tiene el involucrado o a los involucrados.

¿Porqué es importante ésta manifestación de sus - garantías? Porque de ella se hará la determinación, -- para saber si se le concedió oportunidad de defensa al acusado o no. Una incorrecta manifestación de éstas garantías puede servir de pábulo para el acusado, para - que impugne el procedimiento a través del juicio de amparo, en el que haga reivindicar sus derechos.

La procedencia del amparo en materia penal depende, si al quejoso no se le concedieron oportunidades de defensa. La llamada suplencia de la queja del amparo, opera en casos del orden penal, donde el acusado fue privado de toda oportunidad de defensa. El amparo, con éstas violaciones, echaría por tierra éste procedimiento de manera que , queda bien clara la importancia de la declaración preparatoria : ésta declaración, es el-

mejor parámetro con que cuenta el analista, para saber si en x o z procesos se han violado las garantías o -- no. A este respecto, la Ley de Amparo señala, en su artículo 37, la procedencia del amparo, cuando se le me noscaban o no se le informan sus garantías en la de claración preparatoria, prescribiendo que:

"La violación de las garantías de los artículos - 16, en materia penal, 19 y 20, I, VIII y X, párrafos - primero y segundo de la Constitución Federal, podrá re clamarse ante el juez de Distrito o ante el superior - del tribunal que haya cometido la violación".

Con esta última explicación, consideramos que es- tá bien precisada la importancia de la declaración pre paratoria en el proceso penal: en cuanto a su objeto, la declaración es importante, porque da a conocer al sujeto involucrado el hecho que se le imputa. En cuanto a su fundamentalidad, la declaración es importante porque brinda la oportunidad de defensa indispensable al acusado. En cuanto a su índole Constitucional, la declaración es importante porque perfila el apego o el desapego del proceso penal, por los lineamientos cons- titucionales, y en caso de desapego a éstos, la ilegal, arbitraria o "inexistente" declaración preparatoria, - es el pábulo para impugnar constitucionalmente el pro-

ceso penal.

Resta decir, de la declaración preparatoria, lo que puede acontecer en caso de que el acusado no esté disponible para realizar la audiencia. Los tratadistas apuntan que en estos casos, el juez diferirá la verificación del trámite, hasta cuando el acusado se encuentre disponible para llevarlo a cabo, o bien, el juez puede decretar su libertad, si se cumple el plazo de las setenta y dos, o su detención, siempre que concurren los elementos suficientes para tomar una u otra determinación. Los expertos también nos dicen que el juez en la audiencia, tiene la obligación de manifestarle al acusado los hechos que se le imputan de una manera comprensible, que no sea demasiado técnica, para no propiciar en el inculpado, confusiones o dudas que oscurezcan sus posibilidades de defensa.

Aquí, en esta audiencia, es cuando se hace efectivo el derecho a la libertad caucional que marca la --- Constitución para el detenido. Sin duda que la redacción de la fracción I del 20 es engañosa, cuando prescribe que "inmediatamente que lo solicite, será puesto en libertad bajo fianza..."

Esta redacción, puede inducir a que pensemos que el derecho a la libertad caucional se puede dar antes de tomar la declaración, pero esto no es exacto, y el dere-

cho se concreta, en la audiencia, si es que se presentan los mismos requisitos que dispone la fracción I -- del artículo 20. Por último, cabe apuntar que nos hemos referido al aspecto sustancial de defensa, que proyecta la declaración preparatoria al inculpado. El aspecto "formal" de su defensa (válgase la expresión) es también cardinal, y se manifiesta en estos detalles:

"Desde el momento en que se rinde la declaración preparatoria, ya no sólo es potestativo, sino obligatorio para el inculpado tener defensor, y no le vale renunciar a su defensa o negarse a nombrarlo, pues aunque así lo haga, se lo nombrará de oficio el Juzgado y es tan imprescindible esta designación conforme a la doctrina, así como la intervención subsiguiente y constante del designado o quien lo sustituya, que ninguna actuación ni mucho menos fallo condenatorio podrá tener lugar, si se comprobare la carencia de defensor en -- cualquier estado del proceso.

Para sostener esto, se aduce que no solamente el reo sino la sociedad, está interesada en la defensa, - puesto que importa más que el castigo del culpable, la inmunidad del inocente, y no porque en algún caso por abnegación, por interés o por demencia, o por otros motivos, acepte cargar con una culpa, correspóndale o -- no; no puede permitirse que sin más averiguaciones, se

le haga responsable de ella, como si se tratara de intereses privados que pudieran aceptarse o renunciarse a capricho, sino que en todo caso, debe esclarecerse la verdad y oír el pro y el contra de los hechos que en verdadera contienda, para lo cual es indispensable el defensor ". (17)

Pasemos ahora al exámen del siguiente apartado de éste trabajo.

### 2.3 El Término Constitucional.

Aludamos en éste apartado al multicitado término constitucional de las setenta y dos horas, o también conocido como el de los tres días.

El artículo 19 Constitucional, es el basamento máximo por el que aplicamos el término, y tal artículo ordena que :

(Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer

---

(17) Acero, Julio. El Nvo. Procedimiento Penal. Ob. cit. Págs. 105 y 106

probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad -- que ordene la detención o la concienta, y a los agentes, ministros, alcaldes y carceleros que la ejecuten".

De este artículo podemos deducir que el término - de las setenta y dos horas es clave para el desarrollo del proceso, por estas razones:

- a) El período sirve para definir la situación jurídica del acusado. Al decir situación jurídica, no únicamente nos estamos refiriendo a que el sujeto inculcado debe ser declarado sujeto a proceso, - formalmente preso o libre por falta de méritos, - sino a la íntegra acepción de la idea de "la situación jurídica", es decir, a todo el conjunto - de derechos y obligaciones que tiene el sujeto -- dentro del orden jurídico, que le son concedidos por éste. Así, el período sirve para determinar - si al acusado le son suspendidos o no sus derechos ciudadanos, si se suspende o suspenden las - relaciones laborales que haya contraído, si se -- suspende su ejercicio de la patria potestad, etc.
- b) Sirve el período para que el juez cuente, por lo menos en teoría, con mayores y sobrados elementos de convicción de los que le pudo haber proporcio-

nado la averiguación previa.

- c) Sirve el período para obtener la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del acusado, comprobaciones de indefectible observancia para propulsar el proceso.

¿Por qué el término constitucional es precisamente de tres días? Los tratadistas no nos dan razón técnica-doctrinal para contar con una explicación. La tradición e historia de nuestro sistema jurídico nos permite observar que la duración de tres días ha sido una constante en la mayoría de nuestros más importantes documentos, como la Constitución de 1824, la de 1836 y la Constitución yucateca de 1840, antecedentes que to caremos con mayor profundidad. Por ahora, nos bastan estos antecedentes para señalar que en base a ellos, y no a otra razón, es inteligible la constitucionalidad del plazo de las setenta y dos horas.

Es posible interpretar, que el fin del período -- consiste en la necesidad de imponer el menor número de restricciones a la libertad del inculcado, como lo hi cimos en páginas anteriores. Es posible interpretar -- también, que este lapso es el indispensable que debe tener el juez para la determinación de la situación del acusado, ya que, en vista de la tendencia publicis

ta de nuestro proceso, las interferencias de la autoridad en los derechos constitucionales, deben estar altamente justificadas por razones constitucionales o de orden público que se antepongan a éstas. Pero también es posible interpretar, que el período constitucional es insuficiente, que no permite al juez desempeñar con propiedad las enormes encomiendas que le asigna la Carta Magna. Las palabras que transcribimos a continuación hacen pensar seriamente en la posibilidad:

"Frecuentemente en el período de averiguaciones previas, y siendo titular de alguna mesa de trámite, a premiados por las exigencias constitucionales y legales, hemos tenido que hacer consignaciones cuya procedencia no había sido suficientemente esclarecida, si quiera para tranquilizar nuestra conciencia. Sin hablar peyorativamente de las consignas, hay que decir que teníamos que hacerlas por dos motivos principales, a saber:

- a) Porque en el ambiente del Ministerio Público ha flojado siempre la idea de que deben hacerse consignas, a raíz de la presión ejercida por los interesados, no sólo de los querellantes, sino de los indiciados, que quieren estar ante el juez para que se les resuelva su situación, y no soportar las diligencias policíacas;
- b) Porque aún en el corto término para dictar auto de

formal prisión, descansábamos en la convicción de que el juez tiene la oportunidad de hacerse allegar más elementos, y en su caso, reparar la injusticia cometida por nosotros en la consignación". (18)

Verdaderamente el plazo de los tres días es sumamente corto, y hasta cierto punto, incomprensible, en el sentido de que supone un real y verdadero obstáculo material, para el desempeño de la labor del juez, obstáculo que no existe en lo absoluto para que el Ministerio Público despliegue su labor, que se desarrolla con muchas "arbitrariedades", debidas en buena parte, a la no existencia de límite "material-cronológico"; y si el Ministerio Público no puede desplegar su labor con eficiencia, como nos lo revela ésta "confesión" -- que transcribimos, hay que imaginarse los problemas -- que debe pasar el juez para estudiar casos de expedientes luengos en el estrecho plazo constitucional. Empero, en última instancia, creemos que el plazo de las setenta y dos horas es adecuado. El plazo no permite la displicencia del juez, que suele tener cuando se le conceden "amplias e irrestringidas facultades de resolución", y es una magnífica base para predisponer el proceso en la tendencia de "la justicia pronta y expe-

---

(18) Pérez Macías, Humberto. Algunas Consideraciones acerca de la Fracción VIII del Artículo 20 Constitucional. Tesis de la Escuela Libre de Derecho, México. 1961. Pág.65

dita" que exige el 17 Constitucional.

Hay que apuntar dos particularidades importantes de este término Constitucional. Si a la conclusión del término, el juez no ha dictado las resoluciones que -- Constitucional y legalmente debe dictar, los carceleros o autoridades que efectúen materialmente la detención del acusado, deberán dar aviso de esta anomalía - al juez para que la corrija. Si después de tres horas de que han hecho el llamamiento al juez, no les fuera remitida una copia certificada del auto de formal prisión, los carceleros tienen la obligación de dejar en libertad al inculcado, porque no se han cumplido los - requisitos Constitucionales que ameritan su formal prisión. Es decir, que el término, excepcionalmente puede prolongarse hasta setenta y cinco horas en este caso especial citado por la Constitución.

La otra particularidad a destacar, es que el término se computa desde la hora en que el juez registró en el auto de radicación el momento en que había quedado a su disposición el detenido, hasta aquél en que se dicte el auto de formal prisión, el de sujeción a proceso o el de libertad por falta de méritos. El término debe concluir con las resoluciones que el juez está obligado a pronunciar. Examinemos en el siguiente apartado las resoluciones a dictar por el juez.

#### 2.4 Las Resoluciones del Juez en este Período.

Las resoluciones del órgano jurisdiccional en este período, pueden ser el auto de formal prisión y el auto de libertad por falta de méritos, o también llamada por algunos tratadistas como auto de soltura.

Es menester, que puntualicemos los requisitos -- Constitucionales que debe contener el auto de formal - prisión:

- I.- Precisión del delito que se impute al acusado.
- II.- Los elementos que constituyan a aquél, lugar, -- tiempo y circunstancias de ejecución.
- III.- Los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad - del acusado.

El Código de Procedimientos Penales es más explícito, y regulando el ámbito del Distrito Federal, nos dice que el auto debe contener lo siguiente:

- I.- La fecha y hora en que se dicte.
- II.- La expresión del delito imputado al reo por el - Ministerio Público.

- III.- El delito o delitos por los que deberá seguirse el proceso y la comprobación de sus elementos.
- IV.- La expresión del lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y demás datos que arroje la averiguación previa, que serán bastantes para tener por comprobado el cuerpo del delito.
- V.- Todos los datos que arroje la averiguación previa, que hagan probable la responsabilidad del a cusado.
- VI.- Los nombres del juez que dicte la determinación y del secretario que autorice.

¿Qué se entiende en la doctrina por el auto de for mal prisión?

"Es la determinación de la autoridad judicial por medio de la cual, al hacerse en ella el análisis de -- las pruebas con respecto a la existencia del delito y de la presunta responsabilidad, se dan por estableci-- das las formalidades mediante las cuales se prolonga -- la privación de la libertad del responsable, fijando -- las bases del proceso que debe seguirse". (19)

¿Cuál es la importancia de este auto de formal --

(19) Pérez Macías, Humberto. Algunas Consideraciones a cerca de la Fracción VIII del Artículo 20 Constitucional. Pág. 46

prisión?

Mediante el auto de formal prisión se decreta la prisión preventiva del acusado, ordenándose que se identifique al preso por el sistema administrativo que se siga para el caso. Por el auto de formal prisión, o para la regla Constitucional de que la prisión preventiva procede por delito que merezca pena corporal, además de la distinción de lugares donde se verifica la prisión preventiva y la prisión destinada a la extinción de las penas. Con el auto de formal prisión, el juez manifiesta su competencia para conocer el asunto. La necesidad del auto de formal prisión se refleja, en que el acusado no se aleje del proceso, ni vuelva a cometer delito. El auto de formal prisión cambia la situación jurídica del inculcado. De ser indiciado, detenido o consignado, pasa a ser procesado. El auto de formal prisión supone la declaración del juez, de que se ha comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

A partir del auto de formal prisión, el proceso queda a la vista de las partes, para que a partir de los quince días siguientes, aporten las pruebas que estimen convenientes llevar al proceso. Con el auto de formal prisión, se inicia rigurosamente el proceso, y la etapa específica de éste, que conocemos con el nombre

de instrucción; instrucción que de ninguna manera es - la que señalan los Códigos de Procedimientos, o gran - parte de los tratadistas. Desde luego, cualquier vio- lación en el auto de formal prisión es susceptible de impugnarse en amparo, que se sustancia en la vía indi- recta, en la inteligencia de que el caso del auto de formal prisión ilegal, constituye uno de los puntos de excepción del principio de definitividad, que rige al mismo amparo. La procedencia se indica en el artículo 37 de la ley de Amparo que ya citamos. Es optativo -- también, para el defensor y el implicado, seguir el am paro o irse a la apelación, pero si se van a la apela- ción, no podrán interponer amparo. Para interponer el amparo, si ya estuvieran tramitando la apelación, es - necesario que se desistan de la apelación mediante de claración certificada ante la autoridad.

No necesariamente tiene que producirse el auto de formal prisión al final del término Constitucional. -- Puede producirse también, el auto de libertad por fal- ta de mérito. Los requisitos de éste son:

- 1.- La fecha y hora en que se dicte.
- 2.- La expresión del delito imputado al reo por el Mi nisterio Público.
- 3.- El nombre del Juez y del Secretario que autorice.

- 4.- La expresión de que no se comprobó el delito, ni la probable responsabilidad del acusado.

Cabe decir que el proceso se seguirá por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión, cuando se dicte éste. En caso de delito diverso, hay que hacer acusación por separado, sin perjuicio de que se decrete la acumulación.

Con esto hemos terminado la exposición de este apartado.

## 2.5 Comentarios y Aportaciones al Respecto.

En esta parte de comentarios, hay que apuntar lo siguiente:

En las primeras diligencias judiciales, es necesaria una mayor reglamentación, sobre todo en la orden de aprehensión. El juez la extiende, y el Ministerio Público está en posibilidad de llevar a cabo la detención. El Ministerio Público maneja caprichosamente la verificación de la aprehensión, y suele no respetar -- los plazos que tibiamente marca el artículo 107 en su fracción XVIII de la Constitución. No estaría por demás, que en la orden de aprehensión se señalaran los plazos a los que forzosamente debe sujetarse la práctica de la diligencia de parte del Ministerio Público, y

con ello, se tendería a disminuir en grado sensible las arbitrariedades del Ministerio, además de que se salvaría la lógica vaguedad de conceptos que tiene la Constitución al respecto, y el censurable mutismo que sobre este punto acusan las leyes adjetivas.

Resulta necesario, que el objeto de la declaración preparatoria no es la de propiciar la confesión del acusado. El objeto de ésta es el brindar la oportunidad de defensa necesaria y suficiente al implicado. Como sucede en el tópico de la averiguación previa con la expresión del monopolio de la acción penal, así sucede con la de la declaración preparatoria. Es relativo el hecho de que el acusado declare o no. Tiene todo el derecho de no declarar nada en la audiencia.

El término constitucional de las setenta y dos horas es aparentemente corto para que el juez desarrolle sus inmensas tareas Constitucionales. Si con plazos mayores de tiempo, y con amplias facultades discrecionales, la autoridad judicial suele estar abrumada por la carga de trabajo y derrocha mucha apatía, con mayor razón sucederá esto en un plazo casi perentorio. Pero el período Constitucional es suficiente, está ampliamente enraizado en la historia Constitucional de nuestro país, y es un buen pábulo para predisponer al proceso en la directriz de una justicia pronta y expedita. El

término Constitucional es idóneo.

Las violaciones a las garantías del artículo 19 y del 20 dan pie para el amparo. Del contraste entre la Ley Reglamentaria del Amparo con el artículo 20, surge una pequeña discrepancia: la Constitución no nos menciona, que el acusado tenga como garantía, en la declaración preparatoria, la obligación del Juez y del Secretario de comparecer a la diligencia, en contrapartida de la ley de Amparo y del Código de Procedimientos Penales, que sí considera como garantía del acusado esta comparecencia. Sin duda es muy benéfica esta inclusión, pero va más allá de la Constitución, y su consideración como garantía, es muy cuestionable.

### C A P I T U L O   I I I .

#### L A S   G A R A N T I A S   D E L   I N C U L P A D O

### 3.1 Las Garantías del Inculpado. Concepto de Garantías Constitucionales.

Mucho hemos hablado en los precedentes capítulos sobre las garantías del inculpado. Hemos visto, que esas garantías se hacen superlativas al momento de la declaración preparatoria, y que la violación o desconocimiento de las garantías acarrea la impugnación Constitucional del amparo. La llamada "suplencia de la queja" en el amparo, se da en vista de que se hayan registrado o no las violaciones Constitucionales en el procedimiento, particularmente en la declaración. Es tiempo de que expongamos conceptos e ideas acerca de lo que son las garantías del inculpado.

En el ambiente penal, se habla de las garantías del acusado. Para hablar de éstas, resulta necesario primero referirse a su género próximo: las Garantías Constitucionales, las Garantías Individuales o las Garantías del Gobernado.

Sabemos por sencilla experiencia, que las garantías Constitucionales se encuentran en los primeros veintinueve artículos de nuestra Carta Magna, y que muy especialmente, las garantías en el orden penal, están reflejadas por los artículos 13, 14, 16, 17, 18, 19, esencialmente en el 20, 21, 22, 23. También por ex

perencia sencilla sabemos, que las garantías Constitucionales implican "valores sagrados para el particular, que no deben ser pisoteados por las autoridades". El valor preeminente que está en juego en las garantías Constitucionales del orden penal, sin duda es la libertad. Empero, necesitamos un concepto un poco más sofisticado de las garantías, y como siempre, la pluma de Burgoa se ofrece a proporcionarlo :

"La Garantía Constitucional, es el derecho público subjetivo que emana de la relación jurídica de su-  
pra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos), a favor del gobernado, constituyente en la obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo, previsto y regulado en la citación hecha por la --  
Ley Fundamental". (20)

Aclaremos el concepto ya más técnico que nos proporciona Burgoa, acerca de la garantía Constitucional, o garantías Constitucionales, si se pluraliza.

Cuando se menciona que la garantía constitucional, es un derecho público subjetivo, se está querien-

---

(20) Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. 17a. Edición. México, 1983. Pág. 186

do indicar que como derecho que es, resulta potestativo para el gobernado hacer uso de ella o no, invocarla en un determinado acto, demanda, contestación o documento, o no invocarla. El gobernado no puede ser obligado a hacer uso o invocación de la garantía constitucional. Presionar al gobernado mediante la coerción para estos efectos, sería tanto como desnaturalizar el carácter de "derecho" que tiene la garantía constitucional. Como derecho que es la garantía, resulta indispensable la conciencia de quien es su titular, el gobernado, para poder hacer uso de ella o no, y no solamente uso, invocarle por invocarle, en vista de su carácter máximo y supremo, es una triste muestra de que el gobernado está poco enterado de los mínimos derechos que tiene, y sólo alcanza a manejarlos en una forma "visceral", a manera de sentimientos pasionales. El que la garantía constitucional sea un derecho, nos motiva a temprar su uso en el momento y oportunidad adecuados, cuando es notoria y visible la actitud desapegada a Derecho de las autoridades, que tiene la errónea convicción de que su actuación no tiene límites.

Desde el punto de vista de la autoridad, la garantía es un derecho porque equilibra en gran forma la situación de subordinación que guarda el gobernado frente al Estado. Las cargas y obligaciones al particular

en la vida social, impuestas por el Estado, suelen ser abrumantes, y por lo general, con respecto a estas cargas, no se da un derecho a favor del gobernado, tal como sucede en el caso del pago de los impuestos. La garantía Constitucional, viene a ser el derecho que parece que le hace falta al particular en estas relacio---nes. La garantía Constitucional es el derecho que límita la actuación del Estado, que le obliga a circunscribirse al marco legal, y asegura al gobernado, el hecho de que a pesar que la comunidad política organizada en la que vive, le impone muchos deberes, ésta, conciente de que en el gobernado está concentrada una parte de - nuestra soberanía nacional, le brinda el máximo de seguridad para que desenvuelva todas aquellas activida--des encaminadas a la satisfacción de sus intereses vitales; o sea que el Derecho que tiene que respetar el Estado, no imponiendo cargas exageradas ni abusando de su poder, es el Derecho que tiene el gobernado de disfrutar el ámbito mínimo indispensable para su realiza---ción individual, y en ese ámbito, se encuentran las Garantías Constitucionales, y más hablando superlativa--mente, las garantías del gobernado en materia penal.

La Garantía Constitucional es subjetiva, porque - se instituye con la intención de proteger la fuerza y dignidad aislada del gobernado, particularmente consi-

derado, con respecto al poder que el Estado suele desplegar en forma casi absoluta. Es subjetiva la Garantía Constitucional, porque sólo corresponde al titular - de ella, y a nadie más. Si se comete un abuso contra la libertad de nuestro vecino, nosotros no podemos aducir que se nos ha violado una garantía Constitucional. La garantía Constitucional violada por el acto arbitrario es la del vecino, y sólo él, y nadie más que él, puede invocar la reivindicación de sus derechos. Si alguno - de nosotros tratáramos de interponer el amparo contra el acto de formal prisión que se dictara ilegalmente - contra el vecino, nuestra demanda de amparo sería rechazada por improcedente, en la inteligencia de que no nosotros no hemos sufrido el agravio, sino nuestro vecino. Por eso se dice que las garantías Constitucionales son eminentemente subjetivas.

Se habla de que las garantías Constitucionales, - se dan en el marco de las relaciones de supra a subordinación, y por ello entendemos que es la serie de vín culos que se establecen entre el Estado y los gobernados, el Estado, obrando con potestad de imperio, en -- forma coercitiva y unilateral, y el gobernado teniendo el deber de acatamiento a las disposiciones emitidas - por el Estado, so pena de ser compelido por la fuerza pública a obedecer estas determinaciones. En ese mar--

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

co, en esas condiciones, operan las garantías Constitucionales, garantías que no podemos invocar como violadas cuando tratamos con un particular, que se encuentra en igual condición jurídica que nosotros, ni contra el Estado, cuando ésta obra en forma particular, realizando funciones que no corresponden al Derecho Público, cuando el Estado entabla contratos de arrendamiento, hace compra-ventas de inmuebles a los particulares, etc. En el ámbito penal, son claras estas relaciones de supra a subordinación, entre el juez y el acusado. El juez está desempeñando funciones de autoridad: tiene potestad, imperio y posibilidad de hacer respetar sus decisiones por la fuerza pública, si se da el caso de que el acusado tratare de evadir la acción de la justicia y sustraerse del proceso. El acusado tiene deber de obediencia, de soportar la prisión privativa, si se ha comprobado la existencia del cuerpo del delito y su probable responsabilidad. Es en este vínculo, cuando se dan las garantías Constitucionales, las garantías que le aseguran al acusado, recibir el justo tratamiento que marca la ley, y si éste no se produce, las garantías habilitan al gobernado para impugnar los actos arbitrarios en la vía del amparo.

Creemos que hemos explicado lo indispensable, del concepto de garantías Constitucionales. Las ideas que

manejamos, son las que esgrime la doctrina para explicarnos qué son las garantías Constitucionales. Estas ideas se transplantan al campo penal, y los expertos nos suministran una idea o noción de los derechos del acusado. Esta idea o noción no suele ser muy técnica, remarca los aspectos vitales que hemos citado, y al efecto, se brinda para nuestro análisis así:

"La razón por la cual, tanto nuestra Constitución como la de muchos otros países, mencionan principios fundamentales en materia penal, se debe -ya hemos insistido suficientemente en ello-, al hecho de que esta disciplina está relacionada íntimamente con la vida, la libertad, las propiedades y otros derechos vitales del individuo, los cuales en el pasado fueron desconocidos por los soberanos, motivando el que las clases gobernadas materialmente, arrancaran reconocimientos protectores de tales derechos, empeñándose tales grupos en que se plasmaran en la más alta disposición legal que rige a nuestro país."

En las distintas fracciones del artículo 20 Constitucional, se mencionan estas garantías torales, referidas a la forma de proceder de las autoridades judiciales dentro de los juicios penales". (21)

---

(21) Castro, Juventino V. Lecciones de Garantías y Amparo. Editorial Porrúa, Segunda Edición. México. 1974. Pág. 256

Sentado está el concepto y la noción de garantías Constitucionales. La lucha de las clases gobernadas, o mejor dicho, de los gobernados, por imponer las garantías Constitucionales es ardua, ha implicado "ríos de tinta y sangre" abundantes. En nuestra conciencia histórica-legal, siempre ha estado enclavada la convicción, de otorgar al gobernado oportunidades de defensa en el juicio criminal. Han sido otorgadas en mayor o menor medida, pero constantemente han sido otorgadas.

### 3.2 Las Garantías en la Constitución de 1814 Hasta Las de 1917.

Los tratadistas debaten mucho acerca de cuál es el exacto punto de partida de las garantías Constitucionales, y para el caso que nos interesa, de las garantías del inculcado en nuestra historia Constitucional. Algunos dicen que el punto de partida es muy reciente, entre ellos Rabasa, aduciendo que data desde la Constitución Yucateca de 1840. Otros dicen que no, que el punto de partida lo tenemos que tomar desde el Acta de Reforma de 1847.

Estos puntos de vista sin duda son demasiado unilaterales, y desdeñan en forma lamentable, antecedentes que realmente son dignos de ser tomados en consideración como plataformas de lanzamiento de nuestros actuales -

derechos como gobernados, antecedentes como la ley Constitucional de 1835, la misma Constitución de 1824, el Acta Constitutiva, y desde luego, la Constitución de Apatzingán de 1814. Estas apreciaciones limitativas, son inspiradas por la buena intención de no "exagerar en el afán de buscar antecedentes en épocas y documentos que sólo proyectan balbucesos". Son buenas estas limitaciones, para no abusar de las notas históricas en el planteamiento de los orígenes de las garantías. Sin embargo, son erróneas en el sentido de desconocer méritos, en donde era "muy difícil obtenerlos y forjarlos", y sobre esta consideración, resulta necesario remontarse, aunque sea en forma panorámica, al pábulo Constitucional que representó la fabulosa Carta de 1814, para ver cómo, desde aquél entonces, era necesario que la autoridad concediera las mínimas garantías al acusado en el procedimiento criminal.

Mucho se ha polemizado, sobre la originalidad y validez de los conceptos vertidos en este interesante documento. Algunos autores, le atribuyen únicamente el valor de ser un poderoso instrumento de crítica, contra el orden social colonial, que había perdurado por tres siglos. Según ellos, más que declaración de principios Constitucionales, la Constitución de Apatzingán constituyó una declaración, pero de principios ideoló-

gicos de lucha y combate. Por lo tanto, desde esta visión, representa una aberración grande, estimar a la Constitución de Apatzingán como basamento de nuestras garantías. Abundando en sus opiniones infundadas, estos autores nos dicen, que recordemos que la Constitución nunca pudo estar vigente por las constantes persecuciones que sufría Morelos y su séquito. Es esta circunstancia, para ellos fue un poderoso inconveniente - para aceptar el documento a que nos referimos, como antecedente Constitucional.

Eludamos estas objeciones, y penetremos en lo que nos interesa de la Constitución. En sus artículos 21, 22, 23 y 32, la Constitución nos hablaba de los derechos individuales en materia penal, si bien no en la manera como lo hace nuestra actual Constitución, que tiene una demarcación bien precisa de estos derechos - en los artículos 16, 19, 20 sobre todo y 21. El artículo 21 de la Constitución de Apatzingán, nos decía: "Sólo las leyes pueden determinar los casos en que pueda ser acusado, preso o detenido algún ciudadano". Artículo 22 de la misma Constitución: "Debe la ley reprimir con todo rigor, cualquier acto que no se contraiga a asegurar las personas de los acusados". El artículo 23 estaba versado así: "La Ley sólo debe decretar penas muy necesarias, proporcionadas a los delitos y úti

les a la sociedad". El artículo 32 estaba redactado así: "La casa de cualquier ciudadano, es un asilo inviolable, sólo se puede entrar en ella cuando se registre un incendio, una inundación o con motivo de la reclamación de la misma casa que haga necesario ese acto. Para los objetos del procedimiento criminal, deberá procederse conforme a los requisitos prevenidos por la ley. Todo ciudadano se reputa inocente hasta que no demuestre lo contrario".

Esta es la forma como contemplaba la Constitución de 1814 a las garantías del acusado. Como es muy evidente, no es un dechado de técnica ni mucho menos. Las garantías que nosotros ubicamos en los artículos 16, 19 y 20, según sea el caso, son mixturadas en este documento. Podría ser esta otra razón, que apoyara los argumentos de los detractores de la Constitución. Pero éste y los otros inconvenientes no los aceptamos. La Constitución de 1814, es un claro antecedente de las Garantías Constitucionales, y por ende, las del inculgado, en el sentido de que estaba inspirada en una idea clara de lo que es la seguridad jurídica, idea básica para instrumentar los derechos del gobernado, de manera muy especial, los derechos del inculgado. Los méritos de esta Constitución son subrayados espléndidamente por esta opinión, que viene a reforzar la nues-

tra:

"En nuestra opinión, sin mermar un ápice los méritos de los ilustres miembros de la minoría de 1842, -- creemos justo afirmar que el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814, fue el primer documento Constitucional mexicano que organizó al Estado sobre la base del individualismo; el primero en formular un catálogo de derechos del hombre, fundados deliberadamente en la tesis democrática-liberal - que sustentó, y el primero en postular, la esencia misma del sistema al declarar en su artículo 21 lo siguiente: "La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos, consiste en la igualdad, seguridad y fraternidad. La íntegra conservación de estos derechos, - es el objeto de la institución de estos gobiernos y el único fin de las creaciones políticas". En consecuencia, es precisamente este dispositivo legal, el auténtico e indiscutible antecedente del artículo 4 del proyecto de la minoría del 42 y del artículo 1 de la Constitución del 57. Queda reconocido, de parte nuestra, - el mérito a quien lo merece". (22)

Teniendo presente, pues, que la Constitución del

---

(22) Gaxiola, Jorge. La Lucha del Pueblo Mexicano por sus Derechos a través de sus Constituciones. Publicación de la Cámara de Diputados 1967. XLVI Legislatura. Volumen I pág. 408

14 tuvo una idea clara de lo que es la seguridad jurídica, de lo que debe entenderse por soberanía y las palabras que acabamos de transcribir, se pueden saltar -- las objeciones que quieren restar brillo a la obra de Morelos y sus colaboradores, y se puede aceptar, que la Constitución del 14 es auténtico antecedente de las garantías del inculpado.

Las objeciones contra la Constitución del 24, acerca de su poca proyección para garantizar los derechos del gobernado, son más fundadas. Por razones bien conocidas, la más importante de ellas fue el peligro de desintegración, que pendía sobre la República en aquel entonces, la Constitución no se avocó a consignar y proteger las elementales garantías del particular, y se dedicó más que nada, a precisar los lineamientos -- que regularían la organización jurídico-política del país. A pesar de ello, podemos detectar antecedentes de las garantías del inculpado, en su artículo 148, -- que prohibía ejercer la jurisdicción por Juicios de Comisión y la aplicación de las leyes retroactivas; en su artículo 140, que proscribía las detenciones sin -- pruebas ni indicios; en su artículo 149, que prohibía las penas trascendentales y de infamia, y en su artículo 151, que calificaba como de grave violación legal, a la detención que excedía por más de setenta y dos ho

ras sin justificación. Es obvio que el catálogo de derechos en esta Constitución es menos abundante que en la de Apatzingán, pero no por ello los podemos dejar de conceptuar, como antecedentes de las garantías del inculpado en nuestro sistema Constitucional.

Prosiguiendo con la trayectoria histórica de los derechos del inculpado en nuestro sistema, cabe detenerse en la ley Constitucional del 15 de diciembre de 1835, expedida por el Presidente Barragán. El antecedente de los derechos del inculpado en esta ley, lo encontramos en su artículo 2, que decía:

"Son derechos del mexicano.

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

Segundo.- No podrá ser detenido por más de tres días, por la autoridad política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos para su retención, a la autoridad judicial, ni por más de diez días sin que se provea el auto de prisión. Ambas autoridades serán -

responsables, del abuso que hagan de los referidos términos.." (23)

Notorio es que esta ley, representa ya un avance técnico en la formulación de las garantías del acusado. Raro es este logro, en una época de "supuesta violación de garantías". El fantasma del centralismo amenazaba poderosamente a nuestro sistema jurídico, y se dice, que el régimen central, "restringía mucho las libertades individuales". Pero viendo el catálogo de garantías de la Ley, esta impresión parece un tanto falsa, y la falsedad de la misma se robustece si consideramos que en pleno apogeo del Poder Conservador, se declaraban como fundamentales los derechos del gobernado, de no poder ser privado de su libertad, sino por mandamiento del juez competente y de no poder ser detenido por más de tres días por autoridad política alguna, sin los datos suficientes que ameriten la privación de libertad, aparte de su derecho de que le fuera resuelta su situación jurídica, en un plazo no mayor de diez días.

Siguiendo con la evolución de las garantías del inculpado, llegamos al periodo donde predominaron las ideas liberales. En ese período, englobaríamos a la --

---

(23) Trueba Urbina, Alberto. Apendice de la Nueva Legislación de Amparo Reformada. Editorial Porrúa. Tercera Edición, México. 1981. Pág. 419

Constitución yucateca de 1840, al proyecto de la minoría del 42 y al Acta de Reformas del 47. La consagración de garantías es notable en estos documentos, tal como lo apunta y exagera Rabasa en sus escritos. Empero, esta consagración, no difiere sustancialmente de la que contemplamos en la ley de 1835. Estos documentos, destacan en nuestra historia jurídica como las -- "fuentes por antonomasia de nuestro juicio de amparo", y su mérito sustancialmente es ese. Poco hay que apuntar sobre sus declaraciones de derechos, que en buena parte si tienen la mira de polemizar contra el sistema central imperante, de aquella época, por supuesto.

Llegamos ya a la Constitución de 1857. El sentido "individualista" de esta Carta Magna es pleno, e impulsa a los Constituyentes a dar amplia cabida a la consagración de los derechos del gobernado. La conformación de esta Constitución, se torna paradigmática en la historia de nuestro constitucionalismo, y muchos de los actuales artículos de nuestro texto fundamental vigente, son prácticamente "copias al carbón" de los que -- contenía esta Constitución del 57. Así, el artículo 20 de ésta, puntualizaba que el acusado contaba con las siguientes garantías:

- 1.- La de que se le tome declaración preparatoria.

- 2.- La de que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere.
- 3.- La de ser careado con los testigos que depongan en su contra.
- 4.- La consistente en que se le faciliten los datos - que necesite y que consten en el proceso para preparar su descargo.
- 5.- La de que se le oiga en defensa, por sí o por persona de su confianza, o a ambas, según su voluntad, y en caso de que no tuviera defensor, se le presentaría uno de oficio para que escogiera, o se le nombraría uno en caso de su negativa.

Es interesante detectar, cómo en la Constitución que nos ocupa, no fue abordado el derecho del inculpado a la libertad bajo caución. Esta no era regulada, y en su defecto, el artículo 18 prescribía, que si durante el proceso no aparecieran elementos suficientes para acreditar la pena, se procedería a conceder la libertad provisional al procesado. Y decimos que es interesante percatarse de este dato, porque una de las objeciones típicas que se le hacen a la libertad bajo caución es su "índole eminentemente burguesa", índole que no parece eminente a la luz de este dato y de la consideración de que la Constitución surgió, en la e-

fervescencia del dogma de "dejar hacer, dejar pasar", dogma "burgués por excelencia". En el último capítulo nos ocuparemos de analizar esta y otras implicaciones de la libertad bajo caución.

Particularidad importante de esta Constitución, es el tratamiento especial que dispensó a la garantía del inculpado, de ser juzgado por "un jurado popular". Este celo de los Constituyentes del 57 por la institución del jurado, se alimentó a raíz del caso del diputado Gómez Farías, acusado por "hechos que sólo importaban la simple manifestación de ideas". Para reforzar la necesaria inmunidad que deben tener los funcionarios públicos, sobre todo los altos, para el "mejor de sempño de sus funciones", los legisladores pugnaban por la implantación de la garantía del jurado. Sostenían interesantes debates con sus detractores sobre este punto, y las palabras del cronista del 57, son altamente gráficas del celo por la instrumentación de este derecho:

"Una innovación importante de nuestro sistema de procedimientos penales, se traduce en la garantía previa a favor de todo acusado de que se le juzgue breve y públicamente por un jurado popular.

La Comisión, no quiere molestar la paciencia del

Soberano Constituyente refiriéndose a la historia del jurado. Tampoco dirige sus palabras a quienes combaten la institución o la rechazan. La Comisión se dirige a los elegidos del pueblo, a los ciudadanos ilustrados que comprenden los verdaderos intereses del pueblo y son celosos observantes del dogma de la soberanía. Ellos comprenden, que el jurado es la expresión misma de la sociedad, y la condición misma de su estructura. Es aquella ley de la que habla Cicerón, que no está escrita, sino que es innata, que no hemos aprendido, ni recibido, ni leído, sino sacado y exprimido de la naturaleza misma; es aquella ley, para la que no hemos sido amoldados, sino organizados, y la que nosotros no hemos tomado, sino estamos imbuidos de ella. La soberanía del pueblo, base fundamental de los principios republicanos, pivote de todas las aplicaciones de éstos, regla segura para la solución de todos sus problemas, no se comprende, ni se concibe sin la institución del jurado". (24)

Agotados los puntos más trascendentes de la Constitución del 57, es menester ubicarse en la Constitución actual. Esta Constitución contiene, en su artículo 20, las garantías que también consignaba la del 57- en su precepto 20, con la notable inclusión de la ga-

---

(24) Zarco, Francisco. Historia del Congreso Constituyente de 1857. Colegio de México. México. 1956. Pág. 316.

rantía de libertad bajo caución. Para completar el panorama que habíamos apuntado de garantías del gobernado, consignemos que también tiene las siguientes:

- a) Inmediatamente que lo solicite, será puesto en libertad bajo fianza que fijará el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la grave--dad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, merezca ser castigado con pena, cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años.
- b) No podrá ser compelido a declarar en su contra, - por lo cual queda prohibida rigurosamente la incomunicación o cualquier otro medio que tienda a --tal objeto.
- c) En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago a los defensores de --los honorarios que devenguen éstos, por causa de responsabilidad civil o por cualquier otro motivo análogo, no pudiéndose tampoco prolongar la prisión preventiva, por más tiempo del que fije la - ley para el proceso.

Hay que apuntar que la garantía de la libertad de caución la trataremos más adelante. Por el momento baste exponer que el monto fijado por el Constituyente es en la inteligencia de que el juez tenga libertad dis--

crecional de aceptar o no la caución, pero quedando -- siempre obligado a aceptarla, si se llenan los requisitos para el efecto.

Hemos pasado revista, por la historia constitucional de nuestro país a la evolución que han experimentado las garantías del inculcado. Hemos observado cómo, a lo largo de toda la vida independiente de nuestra nación siempre ha existido celo por parte de los legisladores, de garantizar los derechos mínimos individuales del gobernado. Este celo, se ha dado en mayor o menor medida en la historia, pero siempre se ha dado. Incluso en aquellas épocas, en que se supone reinaron las arbitrariedades, como las del centralismo recalcitrante, el otorgamiento de las garantías fue palpable.

Podemos decir, como se decía antiguamente en Francia con respecto a los países que carecían de Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que sistema jurídico sin catálogo de garantías para el inculcado, no es sistema jurídico. Entremos al análisis del siguiente apartado.

### 3.3 Los Derechos del Inculcado en el Código de Procedimientos Penales.

Bajo el principio de que el Código de Procedimien

tos Penales debe estar subordinado a la Constitución, como toda ley secundaria, so pena de incurrir en franca e impugnabile ilegalidad, el Código de Procedimientos reglamenta los derechos otorgados por la Constitución al inculpado. La reglamentación que hace esta ley adjetiva del Distrito Federal, es escrupulosa, salvo las siguientes particularidades:

- a) El Código otorga una interesante garantía al acusado, garantía que no está contemplada en el artículo 20 de la Constitución, ni en el 19, ni en ningún otro. La garantía de la que hablamos, está implícita en la Constitución, tiene carácter formal, no esencial y se contiene en el artículo 297 del Código, que nos habla de los requisitos que debe guardar el auto de formal prisión. La fracción VI dice: "Los nombres del juez que dicte la determinación y del secretario que la autorice".

Si nosotros revisamos el artículo 19 Constitucional, el que establece los requisitos del auto de formal prisión, no nos señala que el auto deba contener los nombres del Juez y del Secretario. Resulta un tanto paradójico, que la Constitución no consigne este requisito pero así es. El Código de Procedimientos, con lógica jurídica, incluye este requisito, que debemos considerar como u

na garantía más para el inculpado. Sería muy conveniente, que dadas las constantes reformas que - suele sufrir la Constitución, se atendiera este - pequeño descuido del Constituyente, y se subsanara el artículo 19 Constitucional. Este es un pequeño suelto, que con un poco de mala intención, podría causar graves problemas de interpretación, por supuesto.

- b) El Código de Procedimientos tiende a la inconstitucionalidad, cuando regula la libertad bajo caución. Independientemente de tratar el tema con - más amplitud, hay que decir que la regla del 20, fracción I, del término medio aritmético, es vulnerada por el Código en el caso de la acumula- - ción, caso para el que establece que la caución - procede atendiendo a la pena máxima del delito - más grave. La regla Constitucional es clara, y no hay motivo para desvirtuarla. Esta tendencia del Código es peligrosa, y propende a incidir negati- vamente en el criterio del Juez, para cuando éste deba decidir si otorga o no la libertad bajo cau- ción. Con esta regla, el criterio del Juez tiende más a fijarse en los antecedentes del inculpado, o en la gravedad de las circunstancias delito, o en las condiciones económicas del acusado, como -



do base para un proceso, la cual sólo se obtiene acreditándose que en el mundo histórico, se ha presentado un hecho de los que define la ley como delito. Si nada más se probaren los elementos que se perciban con los sentidos, en muchas ocasiones no se podría justificar la existencia de un delito, y en consecuencia, la iniciación del proceso y la actividad jurisdiccional. Si únicamente se comprobaren los elementos materiales, -- desde el punto de vista que acabamos de indicar, se -- llegaría a la absurda posición de procesar por actos, que en esencia, son completamente lícitos, y además, -- de que no se podría precisar el delito que se va a perseguir, en vista de que muchos elementos materiales, -- en muchos delitos, son idénticos, como en el caso del homicidio y el parricidio, delitos sólo diferentes en grado, pero no en materialidad". (25).

Aparte de estos puntos excepcionales, no encontramos otro que refleje notoria disparidad entre el Código y la Constitución. Pasemos al siguiente punto del trabajo, referente a las obligaciones del órgano jurisdiccional en el proceso.

### 3.4 Las Obligaciones del Órgano Jurisdiccional en el Proceso.

---

(25) Rivera Sila, Manuel. El Procedimiento Penal. Pág. 156 Ob. Cit.

Podemos clasificar en tres grupos, las obligaciones del órgano jurisdiccional en el proceso: obligaciones de orden Constitucional, obligaciones de índole sustancial y obligaciones de naturaleza procedimental.

Hablando de las obligaciones Constitucionales que tiene el juez, podemos advertir que son las siguientes:

I.- La que les es impuesta por el artículo 17 Constitucional, en el sentido de que deben estar expeditos para administrar justicia, en los plazos y en los términos que señala la ley. Según este artículo, su servicio será gratuito, quedándoles prohibidas las costas judiciales.

II.- La que les es impuesta por el artículo 19 Constitucional, en el sentido de corregir y reprimir los abusos y molestias que se infieran por las autoridades en las cárceles contra los detenidos y procesados.

III.- Las que le impone el artículo 20, que en contrapartida, son las Garantías Constitucionales del acusado. De estas obligaciones, quizá la más sensiblemente dirigida a la persona del juez, no en forma de garantía, sino en forma de mandato, es la prescrita en la fracción VIII del artículo en cuestión, que consiste en llevar a término, el -

juicio antes de cuatro meses, si se juzgare a un acusado por delito cuya pena máxima no excediera de dos años, y antes de un año, si excede de ese término.

IV.- Las que le son impuestas por el artículo 22 Constitucional, en el sentido de no imponer penas i nstituidas y trascendentales y no infligir la pe na de muerte por delitos políticos.

V.- La del 23, en el sentido de no absolver de la - instancia.

Por supuesto que es fácil desprender de estas o bligaciones constitucionales, la de verificar y conducir la audiencia de la declaración preparatoria.

Las obligaciones de carácter procedimental que tiene el juez, se encuentran en el capítulo de "despacho de los negocios judiciales", que contiene el Código de Procedimientos del Distrito. Las más trascendentes obligaciones de ése carácter, que debe cumplir el juez son las siguientes:

I.- La de mantener el buen orden y de exigir que se les guarde, tanto a ellos como a las demás autoridades, el respeto debido, aplicando por las -- faltas que se cometan, las correcciones discipli

narias señaladas por el Código.

- II.- La de oír al interesado en justicia, si éste lo pidiera, contra la determinación de imponerle alguna de las correcciones disciplinarias señaladas por el Código al día siguiente en que se le hubiere ésta notificado, tramitando el incidente por separado.
- III.- Dictar las providencias necesarias, una vez comprobado el delito, para restituir en el goce de aquellos derechos plenamente justificados al ofendido.
- IV.- La de notificar al Ministerio Público, para que actúe como corresponda, cuando el hecho que se impute al acusado tuviera ramificaciones con otros, o se instruyeren otros con los que aquél tiene relación

El grupo o clase de obligaciones más importante que se le impone al Juez es el de las esenciales. Este tipo de obligaciones esenciales, son una especie de mezcla entre las procedimentales y las constitucionales, pero con finalidad más trascendente. Envuelven consideraciones de tipo ético, político y hasta incluso psicológico. La más importante de ellas, sin duda, es la de pronunciar el derecho aplicable al caso con-

creto que se le plantea, obligación que envuelve también la encomienda de restaurar el orden jurídico, quebrantado por la comisión del ilícito penal y de imprimirle a éste, versatilidad, poder de amoldamiento a -- las circunstancias prácticas y cambiantes de la realidad, que no puede preveer y regular siempre en forma -- concluyente, por su índole preeminentemente abstracta, general, impersonal y permanente. Para el juez, hay -- también otras obligaciones esenciales, que son muy complejas y profundas. Obligaciones que suelen rebasar -- los cauces jurídicos, y que Carnelutti plantea estupendamente en ésta manera :

"De todos modos el cometido histórico del juez no está solamente en reconstruir un hecho; cuando en un proceso por homicidio se ha establecido la certeza de que el imputado, con un tiro de pistola, ha matado a un hombre, no se sabe todavía de él lo que es necesario saber para deberlo condenar. El homicidio no es sólo haber matado, sino haber querido matar. Esto quiere decir, que el juez no debe limitar su investigación, a los aspectos externos o secundarios de las relaciones del cuerpo del hombre con el resto del mundo, sino que debe descender mediante su investigación al alma de aquél hombre". (26)

---

(26) Carnelutti, Francesco. El Problema de la Pena. Ediciones Jurídicas, Cuarta Edición. Buenos Aires, - Argentina. 1959. Págs. 81-82

Ya antes vimos, lo que era la jurisdicción. Observamos la cara de la función jurisdiccional como una potestad. Ahora la podemos observar también como una obligación. Ojalá que así como nosotros, en este modesto estudio, hemos visto que la función pública es una potestad y un deber a la vez, así lo vean también los jueces, agentes del Ministerio, carceleros, etc. La administración pública, con miles de visiones integrales como ésta, mejoraría ostensiblemente.

### 3.5 Comentarios y Aportaciones al Respecto.

A través de este capítulo, hemos visto cómo las garantías constitucionales son derechos públicos subjetivos. Hemos visto cómo estas garantías, más que tener un contenido jurídico, tienen uno vital. De su realización o no depende la conformidad o inconformidad jurídica del gobernado, con el medio que le rodea. La sociedad se interesa, en que el gobernado se encuentre conforme con el orden jurídico existente, y se esmera en controlar a sus autoridades, para que observen las garantías de éste. Este celo ha sido constante, aún en las etapas históricas de aparente arbitrariedad y poco respeto por las garantías. Esta proyección vital, vemos que incide sobre el texto Constitucional, y éste sobre el texto del Código de Procedimientos, donde se

reflejan dos particularidades peligrosas para nuestro sistema legal, tal como lo son, la vulneración que hace el Código del término medio, establecido en la Constitución para otorgar la libertad bajo caución, en los casos de acumulación, y la estrecha concepción de lo que es el cuerpo del delito. Pensamos que la estrecha concepción de lo que es el cuerpo del delito, constituye un poderoso factor que engendra esa camada de jueces venales y de poco criterio, que están ahogando en podedumbre a nuestra actual administración de justicia. Pensamos que de las obligaciones que tiene el Juez en el proceso, la más importante es una que surge como síntesis de las tres clases de deberes que se le imponen: la de entender que la función jurisdiccional no sólo es una potestad, sino también una obligación. Del seguimiento o no seguimiento de dicha obligación, dependerá en buena medida, la concreción del mandato constitucional de que la justicia sea pronta y expedita, y de que en el ámbito penal, la justicia se ventile en un mínimo de cuatro meses y en un máximo de un año.

## C A P I T U L O I V .

### FORMAS DE GARANTIZAR LA LIBERTAD PROVISIONAL

#### 4.1 Los Contratos Accesorios de Garantía.

Utilizaremos este apartado, para formular las con sideraciones preliminares que son necesarias para abor dar el estudio específico de la fianza y el arraigo.

No podemos hablar propiamente de fianza penal y - de arraigo penal. La índole de estas figuras, sobre to do la de la fianza, ha sido tradicionalmente de natura leza eminentemente civil, y así lo sigue siendo en el campo del Derecho Procesal Penal. El Derecho Procesal Penal se ve obligado a recurrir al Derecho Civil, y re mite al Juez, al litigante y al analista, a las reglas del Derecho Civil, cuando se producen problemas de in terpretación con respecto a su otorgamiento, condicio nes de éste y su revocación, tal como se deduce del ar tículo 34 del Código de Procedimientos Penales del Dis trito Federal: "Las fianzas que se deban otorgar ante los jueces y tribunales penales, se sujetarán a las re glas del Código Civil y, en lo conducente, a las pre-- venciones del capítulo de "Libertad bajo caución", de este Código". Es decir, que de acuerdo a esto, no pode mos hablar propiamente de que exista fianza penal, hi poteca penal, prenda penal, sino que estas figuras, - cuando tienen incidencia o aplicación en el proceso pe nal, son manifestaciones de lo que el Código Civil co noce como "fianza judicial", "hipoteca judicial", o di

cho de otra forma, "garantías judiciales". No por ello, la regulación que hace el Código de Procedimientos Penales debe pasar a segundo plano. Lo que pasa es que hay que sentar el hecho de que las reglas de las leyes adjetivas, que hemos venido comentando a lo largo de este trabajo, son manifestaciones de las garantías judiciales. Las reglas del Código de Procedimientos Penales, no deben variar ni contrariar las reglas del Código Civil sobre las garantías judiciales.

Hay que apuntar también, que en la materia procesal penal no tiene cabida la prenda. En el ambiente, se estila otorgar y exigir la fianza, la hipoteca y la caución, pero no la prenda. Esta particularidad suele caracterizar a nuestro sistema jurídico, con respecto a los sistemas jurídicos extranjeros. La razón de no admitir la garantía prendaria es obvia: ésta tiene su fundamento en un bien mueble que empeñe el deudor, tercero o constituidor de la prenda, lo cual no es garantía suficiente. Si de por sí, la aceptación de la fianza, no ofrece seguridad absoluta en el cumplimiento de las obligaciones del fiador ni del fiado, mucho menos la prenda. Además, la máxima garantía de fianza, que representan las compañías especializadas en el ramo, no tiene posibilidad de acción mediante prenda. Dichas compañías, están eximidas de presentar garantía

al momento de afianzar, y pensando que entre esas garantías se encuentra una posible prenda, el hecho de que esté relegada del marco de la libertad caucional, resulta natural.

El fundamento de los contratos accesorios, que garantizan la libertad provisional, es el artículo 20, fracción I, que prescribe:

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

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

También es menester apuntar, que los autores coin

ciden en señalarnos que el sentido del otorgamiento y aceptación de estas garantías no solamente es el de -- constituir un derecho a favor del inculpado, sino también un derecho a favor del ofendido, pues en caso de que no se cumplan las obligaciones garantizadas, se aplican la fianza, la prenda o la hipoteca a la reparación del daño causado, como se contempla en el artículo 29 del Código Penal.

Cabe añadir, que es nota común de estos contratos accesorios, o garantías para obtener la libertad provisional, que su otorgamiento, su aceptación o su no aceptación, deben efectuarse tomando en consideración todos los factores que son señalados por la Constitución y por los Códigos de Procedimientos Penales. Es decir, que el Juez, para aceptar o rechazar las garantías, tiene que ponderar la gravedad del hecho cometido, las circunstancias especiales del caso, las personales del inculpado, sus posibilidades económicas y su mayor o menor temibilidad. Si el juez niega la fianza, la hipoteca o la caución sólo en base a la gravedad del hecho imputado, tal determinación suya constituye una violación directa de la garantía de la primera -- fracción del 20, y como tal, es susceptible de impugnarse en el amparo, sin necesidad de agotar un recurso previo, toda vez que esa negación es una excepción al

principio de definitividad que rige al juicio constitucional.

Para terminar con este apartado, cabe citar una opinión muy ilustrativa, que refleja la esencia de estas garantías como formas de obtener la libertad provisional:

"La caución o garantía, viene a resolver el conflicto de intereses que existe entre la sociedad, por un lado, que pide justo castigo al delito cometido por el presunto responsable, y el inculpado, que no desea ver restringida su libertad. La caución o garantía, -- viene a establecer un punto medio entre ambas intenciones, viene a ser un eficaz sustituto del rigor de la prisión preventiva. La caución viene a amparar los derechos del inculpado y a la vez los de la sociedad, -- que no desea que se torne inoperante la pretensión punitiva estatal, con la libertad de un sujeto presuntamente peligroso, que amenaza la convivencia armónica de la sociedad". (27)

#### 4.2 Concepto de Fianza Penal.

La primera circunstancia que debemos advertir en este punto es que no hay concepto de fianza penal. Si

(27) García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, Tercera Edición. - México. 1980. Pág. 434

recordamos lo dicho, en el sentido de que el Código -- nos remite al ordenamiento civil, tal carencia de concepto es entendible. En vista de esto, resulta indispensable consultar el Código Civil, para lograr una a aproximación al concepto de fianza penal.

El Código señala en su artículo 2794 la defini---  
ción de fianza:

"La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, - si éste no lo hace".

Esta no es una noción altamente satisfactoria, ni mucho menos. ¿Qué contrato puede haber entre la sociedad y el presunto autor del delito? ¿El contrato so--- cial? ¿La sociedad es acreedora del sedicente delincuente? ¿En qué sentido es acreedora suya? Estas son sólo algunas dudas que surgen para tratar de transplan- tar el concepto civil de fianza, al ámbito penal. Serí a aconsejable examinar, el articulado del Código Ci- vil acerca de la fianza judicial, para observar si e xiste alguna <sup>guía</sup> guía conceptual más idónea. Revisamos e se capitulado, y si antes encontramos una definición esquemática, ahora no encontramos siquiera una noción. El Código Civil, únicamente nos habla de requisitos y condiciones que se deben llenar con la fianza judicial,

tal como lo hacen los tratadistas de procesal penal, - que se limitan a citarnos los requisitos para que el juez acepte o no la fianza. En tales condiciones, de ausencia de concepto de fianza entre los tratadistas, y apoyándonos en la esquemática noción del Código Civil, procederemos a formular nuestro concepto de fianza penal, que es éste:

"La fianza penal, es la garantía más socorrida -- por los inculcados al hacer uso del derecho que les -- concede la fracción I del artículo 20 Constitucional, por medio de la cual, logran evitar que se les inflija la prisión preventiva, involucran a un tercero, teóricamente solvente y reputado, en la delicada labor de a segurar su comparencia y contribuyen a que la pre tensión punitiva estatal no se frustre con una posible evasión suya".

Este es el concepto de fianza penal, que nosotros proponemos ante el silencio de los tratadistas. Hicimos hincapié en el hecho, de que la "fianza penal es - la garantía más socorrida por los acusados", porque es notorio que ese hecho es el que diferencia, aparte de sus semejanzas naturales, a la fianza de las otras - garantías que se dan para obtener la libertad provisional. La siguiente opinión experta, nos auxilia para a clarar bien lo que queremos decir, con que la fianza -

es la garantía más socorrida:

"Nadie amortiza su dinero en depósito, ni grava sus bienes con hipoteca a gran costo, pudiendo salir del paso con un fiador, en forma igualmente rápida y con menor costo. Pero esto, en lugar de un defecto, constituye una ventaja, así como la de ponerse la caución en esta modalidad, al alcance de los menos pudientes; si sólo a ellos se limitara potestativamente, en atención a los demás caracteres de su persona, y si -- por consideración a su persona les proporcionase a los fiadores su garantía, a completa satisfacción, en todo caso del juzgado". (28)

Es decir, que la fianza es la garantía más socorrida, por la mayor comodidad que ofrece con respecto a la hipoteca y a la caución, y por la mayor incidencia de presunta criminalidad entre los menos pudientes, que requieren de ayuda solvente y eficaz, para afrontar la carga económica que les representa el obtener la libertad bajo caución. Estas razones, son las que colocan a la fianza en un lugar preferencial con respecto a las otras garantías, y no otras, porque si sólo nos atuvieramos a las diferencias, entre ellas, de que una implica un bien inmueble, otra dinero y la

---

(28) Acero, Julio. El Procedimiento Penal. Pág. 405  
Cb. Cit.

otra la solvencia y acreditación de un tercero, debieramos deducir que la garantía preferida es la hipoteca, cosa por demás inexacta, dada la poca operancia de ésta en la práctica, la actividad de las afianzadoras y las razones antes expuestas.

Este concepto, que presentamos de la fianza penal, quedaría incompleto si no aludimos los requisitos legales que se estilan cumplir, para su otorgamiento y aceptación:

1.- El fiador debe tener bienes raíces, inscritos en el Registro Público de la Propiedad, con un valor bastante para garantizar el monto del daño causado por el autor presunto del delito. La fianza asciende hasta cinco veces el valor de este daño, en la reglamentación del Código de Procedimientos Penales Federal, y hasta tres veces el monto de este daño, en el del Distrito. Las afianzadoras están exentas de cubrir este requisito, y se entiende, que están exentas porque su solvencia está respaldada por la autorización administrativa que les permite funcionar. Empero, aunque a primera vista, esto parece lógico, nosotros pensamos que no lo es tanto, si consideramos el principio de igualdad que deben respetar todos los que intervienen en el proceso, y el juez, desde luego. Ese principio es quebrantado por esa exención, porque si bien es --

cierto que las afianzadoras tienen autorización oficial para operar, también es cierto que esa autorización les sirve para maniobrar en otros campos, que no son precisamente tan trascendentes como este de Derecho Procesal Penal, lo cual hace incongruente su exención, con respecto a la obtención de la libertad provisional. Si sólo se dedicaran a afianzar a inculcados, el principio de su exención tendría sensatez, en la inteligencia de que fueron instituidas para robustecer la garantía del 20, garantía de interés primordial para la sociedad. Pero no tienen este fin exclusivo, de afianzar a los inculcados, y desde nuestro punto de vista, su exención de la obligación que debe dar todo fiador ante el Juez penal es un grave quebranto al principio de igualdad.

2.- El fiador está obligado a declarar, bajo protesta de decir verdad, cuantas y cuales son las anteriores fianzas judiciales que ha otorgado, requisito que es muy prudente por cierto, ya que son frecuentes los casos de fiadores que suelen contraer obligaciones al por mayor, se hacen insolventes posteriormente y motivan que la garantía concedida al inculcado sea totalmente nula. La sociedad está interesada en que el fiador cumpla con su deber, de asegurar la presentación del inculcado, cada vez que se requiera a éste. y en -

esa consideración, es necesario que se indaguen los antecedentes del fiador, para comprobar ya no la solvencia económica de éste, sino su solvencia moral, y para evitar que quede debilitada la pretensión punitiva del Estado, con la indebida libertad del acusado.

3.- Por supuesto que para conceder la fianza, el fiador tiene que asegurar que presentará al inculpado cada vez que sea requerido por la autoridad judicial. El fiador no puede alegar que tiene o tuvo imposibilidad material para presentar al inculpado, so pena de que se revoque la libertad provisional.

Aún con esta visión panorámica, el concepto de -- fianza penal no queda completo. Necesitamos examinar las posibles causas de revocación de la fianza. Las -- más importantes causas de revocación, que menciona -- nuestro Código de Procedimientos Penales del Distrito, son las siguientes:

I.- Que el acusado desobedezca sin justa y debida -- causa, las órdenes legítimas del Juez.

II.- Que solicite la revocación el mismo inculpado, -- presentándose ante el Juez.

III.- Que aparezca en el curso de la instrucción, que se hubieran cometido delitos cuyo término máximo

superior, rebase los cinco años de prisión.

IV.- Que el fiador pida que se le releve de su obligación y presente al efecto al inculcado.

V.- Que se demuestre con posterioridad la insolvencia del deudor.

Ya tenemos la dimensión completa del concepto de fianza penal. Ante el silencio de los tratadistas, debemos formular nosotros un concepto de fianza penal, apoyándonos en la noción del Código Civil. Remarcamos el hecho, de que la fianza es la garantía más socorrida por su preferencia, con respecto a la hipoteca y a la caución, y porque supone el concurso de un tercero solvente, que auxilia al gran conglomerado de inculcados, generalmente insolventes, que no pueden soportar la carga económica que representa el obtener la libertad bajo caución o libertad provisional.

El concepto no era íntegro, sin revisar las condiciones que se fijan para su otorgamiento y aceptación, y sin revisar las causas de revocación.

Las hemos examinado, y la visión es completa. Resta mencionar que se presentan fuertes objeciones para aceptar a la fianza como garantía para obtener la libertad provisional, y esas objeciones, se condensan magistralmente en estas observaciones:

"Las fianzas se permiten generosamente para todos los inculpados, como ya se dijo, y el otorgamiento de las mismas se ha constituido en verdadera práctica comercial. Así como desgraciadamente se encuentran testigos de oficio, disponibles para declarar todas las inexactitudes que se quieran, así se han formado también fiadores para liberar al que lo solicite, de acuerdo a un tanto por ciento del importe de la garantía, sin -- que naturalmente, con ese objeto de lucro pueda servir se a verdaderos indigentes, ni importe mucho la condición moral de los fiados". (29)

Verdaderamente la fianza tiene estos aspectos negativos. No existe un real control sobre el fiador, -- que permita conocer con certeza, su estado de solvencia. Fácilmente puede enajenar sus bienes, comprometer se en otras fianzas judiciales (a pesar de su obligación de declarar los compromisos que hubiera contraído antes), y dejar en el mismo desamparo en que se encontraba al inculpadado, el cual se ve expuesto a que el -- Juez libre orden de reaprehensión contra él. Estos inconvenientes, son algunos de los principales argumentos que se manejan para pedir que se reforme la fracción I, del artículo 20, como luego expondremos.

Ha quedado todavía más completo el concepto de --

(29) Acero, Julio. El Procedimiento Penal. Pág. 406  
Ob. Cit.

fianza penal, que desgraciadamente se tiene que construir a base de recopilar y entender los requisitos legales, que regulan su otorgamiento y aceptación. Falta que digamos que para aceptar la fianza, el Juez no debe aducir en su resolución, agravantes o excluyentes del delito, que sólo se deben ponderar en la sentencia. La fianza se concede o se niega, sin estas ponderaciones, sin perjuicio de que después se hagan manifestaciones en la culminación del proceso. El otorgamiento de la fianza supone, que ésta es declarada procedente, que se fija la cantidad por la cual se concede, -- que es recibida por el Juez y que se decreta la excarcelación provisional del inculpado.

Ya tenemos elementos suficientes para comprender, el concepto de fianza penal. Ahora pasemos a ver la manifestación de ésta en la averiguación previa.

#### 4.3 La Fianza en la Averiguación Previa.

Indispensable es marcar, dos principios que rigen a la fianza en la averiguación previa: uno de ellos es que la fianza, en la averiguación, no tiene carácter judicial, como lo tiene la fianza penal, que se da en el proceso. Esta fianza es de naturaleza administrativa, a resultas de que es fijada por el Ministerio Público, autoridad administrativa, como lo vimos antes,

autoridad que fija la fianza en base a las disposiciones de carácter general, que emite el Procurador, para establecer la caución aplicable en los casos de lesiones y homicidios causados por imprudencia, con motivo del tránsito de vehículos. A diferencia de la fianza penal, en la que el Tribunal Superior de Justicia, se encarga de llevar el índice de fianzas otorgadas ante el mismo o ante los juzgados de su jurisdicción en el Distrito Federal, el Procurador es el que se encarga de fijar y establecer los índices de las fianzas otorgadas en la averiguación previa.

El otro principio, es que la fianza en la averiguación previa procede por delitos de imprudencia, causados por el tránsito de vehículos, por delitos que sean de la competencia de los juzgados mixtos de paz o por delitos cuya pena no exceda de cinco años de prisión.

A diferencia de la caución que es otorgada ante el juez, la fianza en la averiguación previa no es la forma de garantía más socorrida por los "descuidados - automovilistas", que suelen protagonizar los accidentes viales. Esto queda ilustrado en la presente cita:

"Dada la amplitud del concepto de garantía, manejado por la ley, y la variedad de formas o medidas de

cautela, la garantía otorgada en la averiguación pre-  
via podría tratarse de depósito, fianza o hipoteca. Em-  
pero, en la práctica, vistas las circunstancias en que  
se produce ésta libertad provisional en la averigua-  
ción previa, y tratándose de que la garantía no ocasio-  
ne perjuicio al implicado, y en consideración de la in-  
minencia de que el juez otorgará la libertad causal  
llegado el caso ante él, es lógico pensar, que se apli-  
que el depósito sobre las otras garantías".(30)

La obligación que se establece en la "fianza pe-  
nal" al beneficiado, de presentarse a la práctica de -  
las diligencias que ordena el juez, es igual en la --  
fianza que se otorga en la averiguación, con la dife-  
rencia natural, de que el beneficiado se presentará an-  
te el Ministerio Público cuando éste lo requiera para  
el desenvolvimiento de ciertas actuaciones. La obliga-  
ción de presentarse para el beneficiado, proseguirá si  
el Ministerio Público consigna, y el caso pasa al ---  
juez. Como en la fianza penal, la fianza que se otorga  
en la averiguación se hace efectiva y se revoca si el  
beneficiado no comparece, o si desobedece las indica-  
ciones del Ministerio Público. Los requisitos que se -  
estilan para conceder la fianza, son los mismos que pa-  
ra la penal, y en caso de revocación, en vez de emitir

---

(30) García Ramírez, Sergio. La Reforma Penal de 1971.  
Editorial Botas. México. 1971. Pág. 49

se una orden de aprehensión, se emite la orden de reaprehensión que debería librarse hasta que el Ministerio Público consignara, si así lo hubiera estimado conveniente. El mecanismo para conceder la fianza, es similar al de la fianza que se otorga ante el juez: primero se declara su procedencia, luego se fija su monto, se procede a su recepción y se dispone de la libertad del involucrado en estos delitos menores para la averiguación previa. Ha quedado expuesto el panorama de la fianza penal y de la fianza en la averiguación previa. Procedamos a tocar el siguiente apartado de este capítulo.

#### 4.4 Concepto de Arraigo y sus Distintas Formas.

Con el concepto de arraigo, surge algo similar a lo ocurrido con el de fianza. Los tratadistas de Derecho Procesal Penal no nos proporcionan un concepto de arraigo, y éste se tiene que desprender de los requisitos legales que se marcan para decretar el arraigo, y de las finalidades que los autores nos dicen que se lo gran con esta medida cautelar.

Antes que nada, digamos que el arraigo constituye una excepción a lo prescrito por el artículo 11 Constitucional, que ordena:

"Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar su residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos similares. El ejercicio de este derecho, estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad civil o criminal, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país".

El arraigo penal, a la luz de este artículo, es una excepción a la libertad de tránsito, libertad que se restringe por determinación del juez correspondiente, en base a fundado temor de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia, y no encare la responsabilidad criminal que adeuda a la sociedad.

El arraigo penal responde a la siguiente necesidad:

"El peligro de no conseguir jamás, o al menos oportunamente, el bien garantizado por la ley, o el temor de que se aplaze su obtención, mientras el proceso se tramite, con daño de quien lo reclama, conducen a la disposición o medida cautelar o de seguridad, dispo

sición que tiene una acepción bien diversa de la que posee en Derecho Penal Sustantivo". (31)

El arraigo penal, no puede ser considerado como una garantía de la libertad provisional, sino más bien el efecto de las diferentes garantías que se otorgan para obtener la libertad provisional. El arraigo se produce, con la orden que el juez da al beneficiado con la garantía para que no se ausente del lugar donde se lleva a cabo el juicio. El arraigo se produce, con la obligación que tiene el beneficiado con la garantía de informar al juez sobre los cambios de domicilio que haga, o sobre los desplazamientos físicos de alguna entidad a otra que él efectúe. El arraigo debe ser una determinación bien justificada, con pruebas y elementos bastantes para ordenarla, so pena de que el arraigado puede impugnar el arraigo, y exigir daños y perjuicios, si procede el caso.

A diferencia de las garantías, el arraigo es pedido por el Ministerio Público, o bien, el juez lo decreta de oficio. Podemos decir, que existen dos formas de arraigo: el que se da durante la averiguación previa y el de testigos. El arraigo de la averiguación previa lo tocaremos en el siguiente apartado. El arraigo de testigos, consiste en la determinación que tome el --

---

(31) García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Pág. 377. Ob. Cit.

ju<sup>z</sup>, a petici<sup>o</sup>n de cualquiera de las partes, de arra<sup>i</sup>gar a cierto testigo en el lugar donde se lleva a cabo el juicio, cuando pueda declarar acerca del delito, de sus circunstancias o de que la persona del acusado y su declaraci<sup>o</sup>n sea imprescindible. El testigo tambi<sup>en</sup> tiene derecho a demandar por da<sup>o</sup>os y perjuicios, si fue arraigado indebidamente. El supuesto de este arraigo, es que el testigo pueda ausentarse del lugar del juicio, no proporcionando su valioso testimonio y faltando a su ineludible deber de colaborar con las autoridades en la averiguaci<sup>o</sup>n, persecuci<sup>o</sup>n y castigo de los delitos, adem<sup>as</sup> del que tiene como testigo, de manifestar a la autoridad judicial los hechos que de alguna manera le constan.

El arraigo tambi<sup>en</sup> est<sup>a</sup> inspirado en otro hecho elemental: el evitar la venganza privada contra el estado de hechos, que no son conforme a Derecho. No es conveniente para el desenvolvimiento del juicio que se cometan manifestaciones contra la posesi<sup>o</sup>n o se generen connatos de defensa privada. Estos hechos, se reputan socialmente nocivos para el Estado, y est<sup>e</sup> apresta los medios para combatirlos, con las medidas cautelares como el arraigo, porque est<sup>e</sup> evita, situaciones de hecho, que puedan aumentar el da<sup>o</sup>o causado por el presunto delito, o que menguen la informaci<sup>o</sup>n indispensable para la tramitaci<sup>o</sup>n del juicio, como en el caso de los deli

tos, o intentos de los ofendidos por el delito, de hacerse justicia por su propia mano. El arraigo, en conclusión, impide que el arraigado no encare sus obligaciones en el proceso, sea respondiendo ante la autoridad por el quebranto que presuntamente causó al orden jurídico, sea respondiendo ante la autoridad, en vista de su deber de colaborar con la administración de justicia, o sea, respondiendo ante la autoridad administrativa por su culpa en delitos menores, como lo veremos a continuación en el siguiente apartado.

#### 4.5 El Arraigo en la Averiguación Previa y en el Proceso.

En la averiguación previa, el arraigo es la mayor seguridad que tiene el arraigado de que no sufrirá la privación de su libertad corporal en los lugares ordinarios de detención, máxima seguridad que incluso, llega a superar a la fianza que se otorga en este período de indagaciones policiacas-administrativas.

Esta posibilidad de quedar arraigado sin sufrir detención, y la posibilidad de poder otorgar fianza, - que ya estudiamos, son producto de consideraciones sociojurídicas, que vinieron a innovar nuestro Código de Procedimientos Penales del Distrito y el Código Penal, también distrital, en 1971, consideraciones por demás

atinadas, que quedan espléndidamente ilustradas en la siguiente cita:

"El tránsito de vehículos, que presenta un alarmante desarrollo en la gran capital de la República Mexicana, origina múltiples y delicados problemas. El solo hecho de conducir un automóvil, produce una inusitada reacción del conductor; su sistema nervioso y sus reflejos se alteran. ¿Como ha de influir esto en la concepción y tratamiento de la culpabilidad? Nuestra ley penal, apenas se asoma a tal clase de problemas, porque es un hecho que la personalidad se afecta, se desvirtúa, cuando el hombre o la mujer toman el volante entre sus manos (en una ciudad congestionada e histérica) y comienza una aventura, que lo mismo puede terminar tranquilamente en el lugar de arribo, que en la Delegación más proxima o en el enfrentamiento más desagradable con otros seres humanos".(32)

Esa necesidad de la ley, de asomarse a éstos problemas, motivó que el Código de Procedimientos otorgara el máximo de condiciones y facilidades al involucrado en éste tipo de delitos imprudenciales, que hemos estado mencionando, y los requisitos que el Código de Procedimientos marca para arraigarle, y librarle de pa

---

(32) Carrancá y Trujillo, Raúl. El Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. Octava edición. México. 1957. Pág. 172

so, del rigor de la prisión preventiva, son los que a continuación enlistamos:

- a) Que proteste presentarse ante el Ministerio Público que tramite la averiguación, cuando éste lo -- disponga.
- b) Que no existan datos de que pretenda sustraerse - de la acción de la justicia.
- c) Que realice convenio con el ofendido o sus causa-habientes, ante el Ministerio Público, de la forma en que se reparará el daño causado, pero cuando en su caso no se convenga sobre el Ministerio Público, éste, en base de los daños causados, en la inspección ministerial que practique, en las - versiones de los sujetos relacionados con los hechos y en los demás elementos de prueba de que -- disponga, determinará dicho monto.
- d) Que tratándose de delitos por imprudencia, ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, el -- presunto responsable no hubiese abandonado al leisionado, ni participado en los hechos en estado - de ebriedad o bajo el influjo de sustancias ener-vantes o psicotrópicas.

Cabe anotar también, que el Ministerio Público, -

en el arraigo, debe ser comunicado y a todos los complicados en el caso, en diligencia por separado. El arraigo no puede prolongarse por más de tres días, y al llegar el término del tercer día, la excepción que constituye del artículo 11 esta disposición administrativa, se disipa. El arraigado recobra su libertad de tránsito, pero sin perjuicio de que el Ministerio Público -- considere pertinente ejercer la acción penal, y el juez le obsequie orden de aprehensión.

El arraigo en el proceso se da cuando el inculcado obtiene el beneficio de la libertad provisional bajo protesta, que se le concede siempre "que tenga domicilio fijo y conocido en el lugar del juicio". El arraigo en este caso, se produce en razón de la mínima temibilidad que muestra el inculcado. Este tiene antecedentes personales, que hacen suponer su honradez y probidad esenciales, y por eso se le arraiga en el lugar del juicio, en la inteligencia de que enfrentará -- con máxima responsabilidad, su cuenta frente a la justicia, y no escogerá el camino que le presentaría más problemas: el camino de su evasión.

El arraigo también se da en el proceso, cuando al inculcado se le concede el beneficio de la libertad -- caucional, como lo vimos ya, y en tal sentido, el beneficiado queda explícitamente obligado a presentarse an

te el órgano jurisdiccional, cuando éste lo requiera y en los días preestablecidos, e implícitamente obligado "a no ausentarse del lugar del juicio".

Su "arraigo en el lugar del juicio", lo constriñe a in formar a la autoridad sobre los cambios de su domici--  
lio.

Procedamos ahora a plantear nuestros comentarios.

#### 4.6 Comentarios y Aportaciones al Respecto.

De este capítulo podemos comentar lo siguiente:

Notoria es la falta de concepto entre los trata--  
distas, sobre la fianza penal. Quien quiere tener un -  
concepto de ésta, debe necesariamente remitirse a las  
naciones civiles y a los requisitos que consagra el Có  
digo de Procedimientos Penales para su otorgamiento y  
revocación. El aspecto más positivo de optar por la -  
fianza, es la poca onerosidad que representa, compara-  
da con la hipoteca y el depósito, que comprometen sen-  
siblemente parte del patrimonio del que solicita su -  
libertad bajo caución, además de que la fianza involu-  
cra, la actividad de un tercero solvente, que auxilia  
(al menos es lo que se supone en teoría) en forma plau  
sible, a soportar la carga económica de su libertad ba  
jo caución. La fianza ofrece el punto positivo, de que

está obligando a ese tercero, a cumplir con su deber - de colaborar en la persecución, búsqueda y justa sanción a los delitos; convierte a este tercero, en el -- más interesado promotor de la vigilancia del cumplimiento de los deberes del inculpado. Empero, el lado - negativo de la fianza, es el control poco efectivo que se tiene de la solvencia del fiador.

Independientemente de las afianzadoras, ninguna otra - persona física o moral ofrece absoluta seguridad de - que cumplirá con sus obligaciones, a pesar de satisfacer, en apariencia, los requisitos formales que se le plantean, para que pueda otorgar fianza, y ésta se le conceda. Se necesita que estos sean más rígidos, que impliquen exigencias que no sean de naturaleza meramente administrativa, en la intención de evitar que a capricho, los fiadores puedan colocar un terrible estado de indefensión a su fiado, que confiaba en la solvencia de ellos, cuando les venga en gana declarar que -- "ya no pueden seguir sosteniendo su compromiso". Esa causa de revocación, la de que el fiador pida que se - le releve de la obligación y presente al reo, debería desaparecer. Contraría francamente la regla que se establece en las fianzas judiciales, de "privar del beneficio de excusión al fiador".

El arraigo no puede ser considerado como una for-

ma de garantizar la libertad caucional, sino más bien un efecto de las garantías que se otorgan para obtener ésta. La máxima consideración que motiva la práctica del arraigo es el afán de hacer efectivo la administración de justicia, evitando el frustramiento de la pretensión punitiva del Estado, por una lamentable sustracción del acusado, presunto a la acción de la justicia, y evitando la comisión de venganzas privadas por el ofendido del delito, que tratara de obtener satisfacción de su justicia por propia mano. El arraigo en la averiguación previa, es una acertada medida que muestra la sensibilización de la justicia, para atender de la mejor manera posible, los frecuentes accidentes menores que se dan en la gran urbe y que producen ilícitos penales. La prisión preventiva, cada vez más está siendo contemplada, con estas innovaciones y derechos constitucionales, como una medida en antaño venial, pero que ahora es altamente "justificada e inoperante, para lograr el anhelo constitucional del artículo 17: el desenvolvimiento de una administración pronta y expedita a impartir justicia.

## C A P I T U L O V.

### LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EL PROCEDIMIENTO

### 5.1 Concepto de Libertad Provisional.

Un concepto claro y preciso de libertad provisional nos lo proporciona Carnelutti:

"La libertad provisional, es la providencia por medio de la cual el Ministerio Público o el juez, conceden eventualmente al inculcado detenido, bajo ciertas condiciones".(33)

Antes de explicar este concepto, necesitamos decir que la libertad provisional, es la gran figura jurídica donde se enclavan otros dos tipos de libertades: la caucional y la protestatoria. La libertad caucional, que estudiamos en el capítulo que antecede, y en especial la fianza, gira en función de que el inculcado se libere de los rigores de la prisión preventiva. La libertad protestatoria está trazada con el mismo objeto. Entonces, la libertad provisional es una figura jurídica, que no puede entenderse sin la libertad caucional, ya expuesta, y sin la libertad protestatoria. Falta que estudiemos esta modalidad de la libertad provisional. Lo haremos en las próximas líneas, -- después de apuntar otras consideraciones.

Sentada esta circunstancia, de que la libertad --

---

(33) García Ramírez, Sergio y Adatto de Ibarra, Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Segunda edición. México. 1982. Pág. 139

provisional cuenta con dos manifestaciones, procedamos a explicar el concepto de Carnelutti.

La libertad provisional, dice él, es una providencia que toman el juez y el Ministerio Público, según corresponda a sus respectivas esferas. Es una providencia, porque a diferencia de la libertad preparatoria o de la libertad condicional, la libertad provisional se concede en el proceso o en la antesala de éste. Sólo en el proceso, se pueden tomar providencias, y no al culminar éste. La libertad preparatoria o la condicional, se otorgan después de que culminó el proceso, como beneficio para aquellos que han cumplido con ciertas condiciones o han observado buena conducta en la compurgación de sus condenas. Este tipo de "libertades", no se conceden por el juez o por el Ministerio Público, sino por las autoridades encargadas de administrar el sistema penitenciario y de prevención social.

Estas libertades no se conceden en el proceso, ni se conceden en una providencia, y tenemos explicada así la importancia de un punto fundamental de la definición: la naturaleza de providencia, que tiene la libertad provisional, naturaleza que le distingue de otro tipo de libertades que se conceden después de terminado el proceso.

La conceptualización estúpida de Carnelutti, dice también que el Ministerio o el juez, conceden eventualmente al inculcado detenido la libertad provisional. Al decirnos que "la conceden eventualmente", el concepto se está refiriendo a que el Ministerio Público o el juez, no están compelidos por mandato legal a concederla indefectiblemente. Está a su discreción, de terminar si operan o no los supuestos legales básicos, para brindar el beneficio al inculcado. Si operan los supuestos (algunos de ellos ya los tratamos cuando mencionamos los requisitos que se piden para otorgar y -- conceder la fianza), proveen lo que sea conducente, para que el acusado no sufra la prisión preventiva. Si no operan los supuestos, proveen todo lo conducente, para que el inculcado se le prive preventivamente de su libertad.

Por eso, el concepto advierte, que el Ministerio y el juez conceden "eventualmente la libertad preparatoria".

La estúpida concepción de Carnelutti también añade, que la libertad provisional se concede "bajo ciertas condiciones". Parte de estas condiciones las conocemos ya, al tocar el tema de la fianza. Es indispensable, que veamos el panorama completo de estas condiciones, abordando el punto de lo que es la libertad bajo protesta.

Esta libertad, manifestación de la libertad provisional, es contemplada en y para los casos de conductas delictivas, que no ameriten pena mayor de dos años de prisión. Procede, bajo la presunción, que se forme el juez de la mínima temibilidad del involucrado o involucrados. Se supone que el presumible autor del ilícito penal, transluce una actitud responsable, consciente y honesta, propia de una persona que por circunstancias azarosas, se vió comprometida en estas circunstancias delictuosas de mínima envergadura. La ley considera, que si a aquel individuo que potencialmente cometió un delito, cuyo término medio aritmético de penalidad es menor de cinco años, se le concede libertad provisional, con mayor razón debe concedérsele libertad provisional, al autor sediciente de un delito con penalidad menor de dos años, y no por medio de la caución, sino en base a su simple, pero trascendente para estos efectos, palabra de honor. De estas consideraciones, la ley, para brindar el beneficio de la libertad bajo protesta, establece los siguientes requisitos que debe cumplir el inculpado:

- a) Que tenga domicilio fijo y conocido, en el lugar en que se siga el proceso.
- b) Que su residencia en dicho lugar sea de un año, - cuando menos.

- c) Que a juicio del juez, no haya temor de que se fugue.
- d) Que proteste presentarse ante el Tribunal o juez que conozca de su causa, cuando sea requerido para ello.
- e) Que sea la primera vez que delinque el inculpado.
- f) Que se trate de delitos, cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión.

Atendiendo a estos requisitos, y asociándolos con los que se exigen para el otorgamiento y concesión de la fianza, se comprenderá por qué Carnelutti habla de que la libertad provisional se concede bajo ciertas -- condiciones.

Este concepto de libertad provisional, estaría -- trunco si no consignáramos las razones esenciales, que motivaron el establecimiento de esta figura jurídica. Con el propósito de hacer gráficas estas razones, transcribimos esto:

"La prisión preventiva tiene por objeto, evitar - que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la - justicia, pero si esto se puede lograr sin necesidad - de privar de su libertad al presunto responsable, dada la importancia que a ésta le conceden el inculpado y -

la misma sociedad, mediante la libertad provisional, - debe procurarse así, y este es el raciocinio que alimenta a esta figura jurídica".(34)

Resta añadir a la explicación de éste concepto de libertad provisional, que ésta tiene por regla general su centro de crítica, en la modalidad de la libertad caucional. En cambio, su eje de alabanza y comentario favorable, se condensa en la modalidad de la libertad bajo protesta.

Analizaremos el alud de críticas que se desatan, contra la libertad caucional en otro apartado de éste capítulo. También cabe anotar, que la libertad provisional en el Código de Procedimientos Penales no se "manifiesta como un trámite incidental", a pesar de que el encabezado de la sección que le contiene en el Código lo indique aparentemente así. Y la libertad provisional no se manifiesta incidentalmente, porque el mismo ordenamiento adjetivo le manda al juez, que cuando proceda la fianza, reunidos los requiritos legales, debe decretarle inmediatamente en la misma pieza de autos. Al decir el ordenamiento adjetivo que debe decretarla "inmediatamente que proceda", no se está refiriendo de ninguna manera a un incidente. El incidente supone, --

---

(34) Sánchez Arguello, Roberto. La Libertad en el Proceso Penal. Tesis. Facultad de Derecho U.A.M. -- México. 1960. Pág. 85

que su tramitación se realiza por separado del juicio, además de que se cite a la contraparte (que en el proceso penal, es el Ministerio Público) para la ventilación de la procedencia o improcedencia del incidente, cosa que desde luego no es inmediata. Además, el juez no se opondrá a la improcedencia o procedencia de la libertad provisional (en su modalidad de libertad cautiva, de acuerdo a la ejemplificación que estamos haciendo) en base a una mini-audiencia entre él y las partes, sino en base al dictamen y examen que practica de los documentos que obran en el expediente, examen que él únicamente efectúa.

La Corte, en sus ejecutorias, ha asentado el hecho de que la libertad provisional procede exclusivamente, en base a la evaluación del juez, de que concurren las condiciones fijadas por la Constitución y el Código. En atención a lo anterior, se puede afirmar tranquilamente por cualquiera que analice la naturaleza de la libertad provisional, lo siguiente: ésta no tiene ningún viso de ser un trámite incidental.

El concepto de libertad provisional, nos dice que su determinación, puede ser emitida por el Ministerio Público. Esto indica, que la libertad provisional también procede en la averiguación previa. La indicación nos sirve para meternos de lleno en el próximo aparta-

do del trabajo.

## 5.2 La Libertad Provisional en la Averiguación Previa.

Anteriormente vimos el arraigo y la fianza, en la averiguación previa.

Ahora, en este apartado, podemos aseverar que ambas figuras son formas de obtener la libertad provisional en la averiguación previa. Dicho de otra forma, la libertad provisional en la averiguación es efecto o consecuencia de la fianza o del arraigo.

La libertad provisional en la averiguación previa, procede y se concede en vista de dos consideraciones - medulares; una de ellas de carácter estrictamente jurídico y otra de carácter socio-jurídico.

La consideración de carácter estrictamente jurídico es ésta: Los casos que orillan al Ministerio Público a conceder o no la libertad provisional, son los originados por delitos imprudenciales, ocasionados con motivo del tránsito de vehículos y por delitos cuya pena no exceda de cinco años de prisión. Estos casos, al llegar a manos del juez, seguramente recibirán el beneficio de la libertad caucional, dada la penalidad menor que conllevan. El hecho de que lleguen a manos del juez, implica que el involucrado tenga que ser consig-

nado a él, implica también que el Ministerio Público -deba hacer la consignación, y todo ello trae aparejado, para el inculpado, el problema de soportar prisión preventiva e incertidumbre en el período constitucional de las setenta y dos horas, que determinará su situación jurídica. ¿ Todo esto para qué ? Para que el juez le diga al involucrado, que tiene derecho a la libertad provisional. Esto era algo que se preveía desde la misma averiguación previa. En la averiguación previa, es posible estimar toda esta serie de consecuencias para el implicado, y en este sentido, es sumamente conveniente, que la libertad provisional se otorgue en la misma averiguación previa. En suma, jurídicamente, proceda la libertad provisional en la averiguación previa por razones de economía procesal. No tiene coherencia el hecho, de que el Ministerio Público consigne, a sabiendas de que es inminente para el inculpado obtener la libertad provisional, cuando su caso llegue al juez. El inculpado sufrirá tremenda molestia, en ese camino de consecuencias obias, y para evitarlas, el Ministerio Público le concede la libertad provisional.

La otra consideración que inspira la concesión de la libertad en la averiguación, es de índole sociojurídica: La necesidad de que se abata el alarmante índice de accidentes, producidos por los delitos imprudencia-

les de tránsito de vehículos. El siguiente raciocinio que transcribiremos, ilustra magníficamente la con ce de ra ci ón:

"Se ha tratado aquí de afrontar, desde cierta ver ti en te, los problemas que causa la moderna y extendida delincuencia culposa, con motivo del tránsito de vehículos. No hay en la especie, una criminalidad peligrosa, que amerite sanciones severas y regímenes cautelares rigurosos. Es indispensable, no amedrentar a estos "automovilistas culposos", y no inducirlos a que abandonen su deber, de auxiliar a los accidentados con sus per ca nc es".(35)

Es natural que los que se ven envueltos en este tipo de accidentes, destilen temor a someterse a la ac ci ón de la justicia. Piensan que la sanción será extre ma, que los tratos policiacos serán insufribles, y de ja n en el abandono extremo a los accidentados. Estos hechos aisladamente contemplados, no son tan revelado res como lo son visualizados en conjunto. En conjunto, constituyen una importante causa de mor tan dad, y para controlarla, se ha pensado en conceder máximas facilidades a los involucrados. Por esto, es por lo que se concede la libertad provisione

---

(35) García Ramírez, Sergio. La Reforma Penal de 1971.  
Editorial Botas. México. 1971. Pág. 420

nal.

Esta libertad provisional en la averiguación previa, se ha enfrentado con graves inconvenientes. El más importante de ellos, es su tildamiento de inconstitucional. Se alega que la libertad provisional es inconstitucional, en la averiguación porque la fracción I no nos habla de que el derecho del inculpado sea validero en la averiguación previa (fracción I del 20 -- Constitucional, por supuesto). La misma fracción I, no concede facultades al Ministerio Público para que éste determine si procede o no la libertad provisio--nal. Las facultades son otorgadas al juez, y en este sentido, se quiere ver una arrogación ilegal de atribuciones jurisdiccionales de parte del Ministerio Público.

Tales objeciones parecen consistentes, pero no lo son. Cierto es que la Constitución instituyó, como garantía del acusado, que la libertad le fuera asentida por el juez, y no por otro funcionario. Pero También es cierto, que esta garantía es un derecho mínimo del acusado, y no un derecho máximo. La Constitución no pone límites a los derechos de los gobernados. La Constitución no prohíbe que se prodigen máximos beneficios a los gobernados. Lo que prohíbe es, que se les restrinjan los mínimos que ella le consagra, y en tal pers

pectiva, surge algo parecido aquí a lo que acontece en el Derecho del Trabajo: la jornada mínima es de ocho horas, pero puede ser menor. El salario mínimo es el que fija la Comisión Nacional de Salarios, pero este salario puede incrementarse. Igualmente, el juez, en el proceso penal, le brinda el beneficio de la libertad provisional, pero no está prohibido por la Constitución, que el Ministerio Público pueda concederle la libertad provisional en la averiguación, si procede ésta, en consideración de que el espíritu del precepto Constitucional (20) es librarle de los rigores de la prisión preventiva, porque su poca temibilidad así lo amerita. Entre menos molestia de "prisión preventiva" se le cause al inculcado, que todavía no es declarado plenamente culpable por sentencia, como para merecer prisión, es mejor. Así que la Constitucionalidad de la libertad provisional, en la averiguación, se encuentra totalmente demostrada por los argumentos que aquí exponemos.

Recordando los requisitos y los pormenores del arraigo, se plantea la regulación legal de la libertad provisional en la averiguación. Hay que tener presente, que la libertad provisional en la averiguación es un efecto de la fianza o el arraigo que se producen en ésta.

### 5.3 La Libertad Provisional en el Proceso.

Esta cita que transcribimos nos sirve para introducirnos en el contenido de este apartado:

"Con el nombre de libertad provisional, se conoce en el Derecho Procesal Penal una situación jurídica -- bien definida por su carácter y por el momento procesal de su acaecimiento. Puede definirse esta situación como aquella en que se condiciona el disfrute natural de un reo, expreso o presunto, al ampliamiento de una determinada conducta personal. Si esta condición se impone a un inculpado o procesado, esto es, un reo presunto, la condición consiste en que deberá comparecer al llamamiento judicial de modo regular y continuo, -- cuantas veces fuera llamado o en los plazos que le impusiesen. Tiene por finalidad asegurar, la comparecencia del mismo a responder de los cargos que se le hicieren, y en último término, el ampliamiento de la sancción a que se hubiere hecho acreedor, y su carácter es marcadamente procesal".(36)

La libertad provisional en el proceso, responde - al dogma liberal de que el acusado es inocente hasta - que se le demuestre lo contrario y responde a la necesidad de que no se aplique la prision preventiva, en -

---

(36) García Ramírez, Sergio y Adatto de Ibarra, Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Ob. - cit. Pág 150

caso de ser ésta estrictamente indispensable. La libertad provisional en el proceso, es consecuencia de la libertad caucional que otorgó el inculpado, o de la protesta que rindió, para prometer solemnemente su comparencia al juicio, y fijación en el lugar que éste efectúe. Es la máxima ampliación que logra alcanzar en nuestro sistema procesal penal, la garantía del artículo 20, fracción I, pero a la vez, es la máxima obligación que contrae el beneficiado con la libertad, en vista de la fianza, depósito, hipoteca o protesta que previamente otorgó. La libertad provisional en el proceso se basa en tres presupuestos fundamentales: uno de ellos es el otorgamiento de la garantía o protesta previa para obtenerla; el otro es la suposición de que el inculpado no querrá perder su garantía o quebrantar su promesa, y el otro, consiste en suponer que el acusado afrontará con más aplomo, sin presiones ni vejaciones, su responsabilidad ante la sociedad, gozando del beneficio de la libertad provisional. Podemos decir, a manera de conclusión de este apartado, que todas las consecuencias, requisitos y condiciones que hemos venido estudiando en estos dos últimos capítulos, vuelcan su importancia, la razón de ser que les detectamos para hacer posible, que el inculpado tenga el máximo goce de su garantía, y para que se colme el anhelo social de que la justicia sea pronta, expedita e i

gual para todos.

#### 5.4 Sistema de Libertad en el Derecho Comparado.

Haremos un breve examen a los puntos más destacados que nos ofrece el Derecho Internacional Penal, o Derecho Comparado, sobre el sistema de libertad para el acusado.

El sistema de libertad para el inculpado, en el plano internacional, tiene su fundamento en el artículo 9, párrafo tercero, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Ese artículo 9 nos dice que:

"Toda persona detenida o presa, a causa de una infracción penal, será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada, dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto de juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales, y en su caso, para la ejecución del fallo".(37)

---

(37) Rodríguez y Rodríguez, Jesus. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. U.N.A.M. Número 42. 1981. Pág. 1411

Este es el punto de partida que inspira a las legislaciones, a reglamentar su sistema de libertad. Todos los países, en sus respectivas legislaciones, reconocen este derecho del acusado a su libertad provisional -- cuando así lo ameritan las circunstancias de su caso. Estados Unidos, Inglaterra y Argentina, por mencionar algunos países, son celosos observantes de estas garantías del inculpado, y acatan casi fielmente, las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Empero, hay países como Brasil, que no han implantado un adecuado sistema para que los acusados puedan lograr el beneficio de la libertad caucional. En el procedimiento brasileño, aparentemente se consagran los elementales derechos de defensa del inculpado: el derecho a que la detención se haga por medio de mandamiento escrito, el castigo de abusos de autoridad, incluso el recurso del habeas corpus, y por supuesto, la libertad provisional en el proceso, de reciente instauración en aquel sistema jurídico. No obstante, al parecer en esencia tales derechos, son coartados en forma notable por las facultades hipertróficas que se le conceden a su policía judicial y por una supresión de hecho que se hace, del recurso de habeas corpus. Así que con algunas pequeñas excepciones y máculas, la libertad provisional es ampliamente consagrada por la legis

lación de los diversos países.

Cabe apuntar, que en las legislaciones extranjeras se estila otorgar garantía prendaria, para obtener la libertad provisional. Tal garantía, no es acogida por nuestro sistema jurídico. Empero, la posibilidad de que se otorgue esta garantía está latente, toda vez que las reglas del Código Civil, que también rigen a la fianza penal, preveen la potencial sustitución de la fianza judicial por la prenda o por la hipoteca. Del Derecho extranjero, nuestro sistema legal recibe los fundamentos o hipótesis que justifican la sustitución de la prisión preventiva por la libertad provisional. Particularmente de la doctrina italiana, tal como se refleja en la siguiente cita:

"En reemplazo de la prisión preventiva, podemos proponer las siguientes obligaciones particulares: no ausentarse de determinado lugar; no concurrir a determinado sitio; presentarse a las autoridades los días que se le fijen; no salir de su domicilio o no hacerlo a determinadas horas. Si es aplicable también alguna inhabilitación especial, podrá disponerse además, de que se abstenga preventivamente de esa actividad. Las obligaciones indicadas se asentarán, en el auto de procesamiento o posteriormente.

Dichas obligaciones, no podrán imponerse sin que se ha

ya llamado al imputado para el efecto. A los fines de vigilancia, se remitirá el auto a la policía. El auto no causa estado (así como en nuestro Derecho, en el amparo puede solicitarse la libertad provisional): el juez puede, con arreglo a su criterio, eximir al imputado de las obligaciones que se le han impuesto, o atenuarlas, o agravarlas o dictar prisión preventiva".(41)

Como es evidente, la influencia doctrinaria extranjera es notable en nuestro dispositivo para conceder la libertad provisional.

Ha quedado completo nuestro panorama de Derecho Comparado. Aprestados estamos para abordar el último y quizá más interesante apartado de este trabajo.

#### 5.5 La Necesidad de Reformar la fracción I del Artículo 20 Constitucional.

Esta fracción I del artículo 20 Constitucional ya ha sufrido reforma. Se introdujo la innovación en la Carta Magna, y el antiguo monto señalado por ésta para conceder la libertad bajo caución se incrementó del tope máximo de \$10,000.00 al tope máximo de \$250,000.00

La razón de la reforma fue, el plausible propo-

---

(38) Finzi, Marcelo. La Prisión Preventiva. Editorial Santiago Senties. Cuarta Edición, Buenos Aires, - Argentina. 1969. Pág. 6

to del Constituyente de poner un presunto dique a una fácil obtención de la libertad bajo caución, no haciendo que la libertad caucional, fuera privilegio de unos cuantos, los más pudientes, que fácilmente satisficieran el monto de la caución de \$10,000.00 La reforma a la Constitución, fue razonable en cuanto al monto que se debía fijar para la caución. Traer a colación este antecedente es bueno, para que nos convenzamos de que este artículo 20, fracción I no es intocable, y que las inconveniencias que enlistaremos a continuación, que conlleva su conformación, ameritan su reforma.

1.- La fianza o caución en sí, es la forma más efectiva y práctica para obtener la libertad provisional. Resulta difícil pensar en otra forma más efectiva para sustituirla. Empero, su uso frecuente por compañías afianzadoras, por los mismos inculpados, y la imposibilidad de contar con otra forma de garantía más eficaz, son circunstancias que provocan su enviciamiento en los procedimientos penales. Otorgar una fianza o caución significa, en la jerga penal, "una mercantilización del sagrado valor de la libertad". Este enviciamiento se encuentra magníficamente censurado en la siguiente cita:

"La libertad es lo más preciado para el hombre. El liberalismo le dió tónica privilegiada, y a partir

de esa corriente histórica, todas las Constituciones - basadas en la corriente liberal, luchan por protegerle. Pero a partir del liberalismo, el dinero llega a - adquirir un rango semejante al de la libertad. Spen--- gler con mucha razón, manifiesta que el símbolo de "la sangre ha dejado paso al símbolo del dinero". Esta im\_ portancia que adquirieron los factores económicos, a raíz de la Revolución Francesa, se subraya en la insti\_ tución que estamos estudiando, en donde un valor tan a\_preciado como es la libertad, es sustituido por otro - muy apreciado, que es el dinero. La situación indicada provoca, que los depauperados lancen una fuerte protes\_ ta contra la libertad bajo caución, fiel reflejo del - sentir burgués". (39)

2.- La Constitución habla, de que el juez se avocará a determinar la procedencia o improcedencia de la cau\_ ción, inmediatamente que lo solicite el inculpado. Esa expresión de "inmediatamente", constituye otro punto - de censura para la fracción I del artículo 20 porque e\_ so debe entenderse como un imperativo para el juez, y en ese sentido, el juez se ve forzado a conceder la li\_ bertad bajo caución, a "todo el que lo solicite". De la manera como está redactada nuestra Constitución, -- siempre que el delito no tenga un término medio aritme

---

(39) Arillas Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. Ob. cit. Pág. 185

tico de la penalidad de cinco años o más, todo inculpado alcanza la libertad sin más trámite, que poner la -  
garantía a disposición del juez. El criterio para otorgar  
la libertad provisional, con el imperativo de inmedi  
atamente, no es integral por parte del juez, que se  
olvida que tiene que tomar en consideración no sólo la  
penalidad del hecho cometido y el monto de la caución,  
sino también circunstancias personales, como los anteced  
entes del inculpado, que sea la primera vez que éste  
delinque, que pueda tener mayor o menor oportunidad  
de sustraerse a la acción de la justicia, etc.

3.- La fracción I del artículo 20, fue diseñada pens  
ando en los mismos presupuestos que inspiran al otorga  
miento y concesión de la libertad protestatoria, y -  
nada más erróneo que esto. Por las mismas condiciones  
objetivas de la libertad bajo protesta, es más factible  
que el beneficiado opte en afrontar clara y respons  
ablemente su obligación con la justicia, que evadirse  
se. Sin duda, que el beneficiado no se atreverá a carga  
r los mayores peligros de la evasión, y prefiere sopo  
rtar incluso, la mínima penalidad del delito que se  
le atribuye. No sucede lo mismo en la caución, y el bene  
ficiado suele evitar su obligación, con muchos artilu  
gios y mañas, que llegan a inducirle hasta la intenci  
ón de sustraerse de la acción de la justicia. Los modo

tivos que inspiraron a la fracción I tuvieron, pues, - un cálculo erróneo como punto de partida de su redacción.

4.- Como lo anotamos en el estudio que practicamos de la fianza, no hay suficientes requisitos para asegurarse de que el fiador es solvente, y todavía más que esto, de que el otorgante de la fianza o caución cumplirá con su obligación. El otorgante de la caución, sobre todo cuando es un fiador, puede en todo tiempo dejar en estado de indefensión a aquel por quien contrata la obligación. El otorgante de la caución puede, de un día para otro, devenir en la insolvencia, contraer obligaciones judiciales al por mayor, no cumpliendo al final, con ninguna o pedir que se le releve de su obligación, presentando ante la autoridad a aquel por quien hubiera otorgado la caución.

Estos inconvenientes principalísimos, hacen necesario que se reforme la fracción I del 20. ¿Cómo podría reformarse ésta?

Desterrando de la Constitución, la expresión de "inmediatamente".

Sólo así, creemos que mejoraría el criterio de selectividad del juzgador, para aceptar las fianzas o cualquier otro tipo de cauciones. Sólo así, el juez formu-

laría criterios menos presionados, y más integrales sobre la persona del beneficiado con la caución. Esta -- fracción, también podría reformarse en el sentido de -- que prescribiese que la libertad caucional se otorgará mediante la tramitación incidental que marque el Código de Procedimientos, y no en base al simple pedimento del inculpaado. Es necesario que así como se conceden -- amplias facilidades para obtener la libertad provisional, así se exija la plena seguridad de que la liber-- tad provisional que se conceda, sea meritoria y alta-- mente justificada. Es necesario que se reforme esta -- fracción, para dar una impresión "menos objetiva y ma-- terialista" del espíritu que la alentó. La fracción -- nos habla de la fianza que se triplica, en los casos -- de delitos que ocasionen un daño patrimonial, o que re-- porten un beneficio económico para su autor.

Esta consideración, no es en sí censurable. Pero si lo resulta cuando no se asocia con valores que merecen mu-- cha mayor protección que los patrimoniales, y en ese -- sentido, la reforma consistiría en que la fianza no so-- lamente se triplicara en el caso de daños patrimonia-- les, sino que se triplique en el caso de lesiones, -- muerte o cualesquiera otros ataques contra la integri-- dad corporal. Con este giro, la redacción del 20 en su fracción I tendería en menor proporción, a la "mercan-- tilización de valores supremos". Para concluir con es--

te tema de la necesidad de reforma del 20 en su fracción I, proponemos, haciendo eco a lo que alguna vez - dijo Ferri, que "la libertad bajo caución se prohíba - terminantemente para aquel que es sorprendido en flagrante delito, a los condenados en primera instancia, a los prófugos y delincuentes habituales, y en aquellos casos en que el afianzamiento sería notoriamente inefectivo, en vista de la amenaza social que representa el inculpado".

#### 5.6 Comentarios y Aportaciones al Respecto.

En el desarrollo de este capítulo, vimos el espléndido concepto que nos proporciona Carnelutti, acerca de la libertad provisional. Este concepto, nos permite tener una concepción exacta de la libertad provisional, que difiere de la condicional y de la preparatoria, en vista de su carácter eminentemente procedimental, a contraposición de éstas, que son post-procesales, y que no son determinadas ni por el Ministerio Público, ni por el juez, sino por las autoridades administrativas que rigen el sistema penitenciario y de prevención social. Vimos en este capítulo la libertad provisional en la averiguación previa, y como esta es una excelente medida, que libera al inculpado de los rigores de la prisión preventiva, y contribuye en cier

ta medida a frenar el alto número de accidentes vehiculares. Sobre este último punto, nosotros pensamos que sería muy conveniente reducir un poco el gran número de requisitos que se piden, para conceder la libertad provisional en la averiguación previa. Esta reducción, creemos que sería valioso acicate para que los individuos tuvieran menos temor a la acción de la justicia policiaca, y consecuente estímulo a los involucrados para que prodigan un poco más de sentimiento solidario a las víctimas de los accidentes que sufren.

En el desarrollo de este capítulo, comprobamos cómo casi todos los países, son celosos observantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, para instrumentar su sistema de libertad provisional, con excepción de algunos países latinoamericanos, como Brasil, por ejemplo.

Constatamos, cómo nuestro sistema de libertad provisional está profundamente influido por la doctrina italiana. Y entramos al examen de la polémica fracción I del 20, la cual requiere reformas, como la de suprimir la obligación del juez de "conceder inmediatamente" la libertad caucional, si ésta procediera. Esa "obligación de inmediatez", deteriora gravemente el criterio valorativo del juez, que no atiende conjuntamente a la persona ejecutora del hecho y el hecho a la vez, sino so-

lamente atiende al hecho, considerado llana y escuetamente. Una buena medida para quitar ese "tinte" materialista al artículo 20, fracción I, es la de triplicar la fianza, no sólo en el caso de daños patrimoniales, sino también cuando la comisión del delito importe lesiones, muerte, o en general, ataques a la integridad personal. Pensamos que debería proscribirse del beneficio de la fianza, al que es sorprendido en flagrante delito, al condenado en primera instancia, a -- los prófugos y reincidentes, y cuando la fianza sea inefectiva, para controlar la amenaza social que representa determinado sujeto.

## CONCLUSIONES .

## CONCLUSIONES

1.- En principio, la Institución del Ministerio Público, tiene la exclusividad relativa al ejercicio de la acción penal según lo dispone el artículo 21 Constitucional que a la letra dice: La persecución de los delitos incumbe - al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual - estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel.

2.- La Institución del Ministerio Público, al representar la titularidad del ejercicio de la acción penal en - el artículo 21 Constitucional, protege la garantía establecida en el citado precepto, al optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.

3.- Considero que, en la Averiguación Previa, el Ministerio Público realiza una verdadera representación social al determinar en su caso, el no ejercicio de la acción - penal, cuando no se reúnen los elementos de prueba indispensables para conformar el delito y la presunta responsabilidad.

4.- La intervención de la Institución del Ministerio Público en la Averiguación Previa, en ningún momento deja en estado de indefensión al presunto responsable, ya que permite la intervención del defensor de éste, porque no esta juzgando, sino investigando, si se cometió o no, al gún hecho delictuoso.

5.- La Institución del Ministerio Público, debe considerarse como tal, y no atender a su representación que es la persona física, de aquí que, al ejercitar la acción - penal debe fundamentarla de acuerdo a derecho, justifi--

cándose con éste hecho de improcedencia al Amparo en la Averiguación Previa.

6.- A la fecha, nuestra Ley fundamental no consagra los derechos del presunto responsable en la Averiguación Previa; al respecto el artículo 2o Constitucional se refiere a los derechos del inculcado, pero solo dentro del periodo de preparación del proceso, al establecer que: En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías.

Por lo tanto, considero, debe reformarse el encabezado de tal precepto, quedando de la siguiente manera: En todo procedimiento del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías.

7.- En la primera fase del procedimiento, el inculcado tiene diversidad de derechos que la Institución del Ministerio Público le concede y que son en la mayoría más propios que los derechos de los que gozan los inculcados en otros sistemas, tal es el caso de exorto al declararlo y de la propia función de la Institución del Ministerio Público al decidir éste, el no ejercicio de la acción penal.

8.- La Libertad provisional en la Averiguación Previa es una excelente medida en favor del inculcado, sin embargo éste derecho se debe ampliar concediéndolo también, no solo en relación a las personas que hayan delinquido con el motivo del tránsito de vehículos sino a todas aquellas personas que en un momento dado han cometido un delito imprudencial sea cual fuere su naturaleza.

9.- Considero que el término medio aritmético que establece la Constitución de cinco años, no debe de proceder en relación a lo que establece la fracc. I del Art. 2o - Constitucional, debiéndose de reformar tal precepto para conceder la libertad provisional a todas las personas -- que hayan cometido delitos imprudenciales sea cual fuere la penalidad.

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

## BIBLIOGRAFIA

- 1.- Acero, Julio. Nuevo Procedimiento Penal. Editorial - Casa Editora de fortino Jaime, Segunda Edición, Guadaluajara, Jal. México. 1935
- 2.- Antlisei, Francisco. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Uteha, Buenos Aires, Argentina. - 1960
- 3.- Arillas Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. Editorial Kratos, Decima Edición. México, D.F. 1986
- 4.- Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa, Décimo Septima Edición, México. 1983
- 5.- Burgoa, Ignacio. El Juicio de Amparo. Editorial Porrúa, Segunda Edición, México 1983
- 6.- Carnelutti, Francesco. El Problema de la Pena. Ediciones Jurídicas, Cuarta Edición, Buenos Aires, Argentina. 1959
- 7.- Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano.- Editorial Porrúa., Decima segunda Edición., México - 1978
- 8.- Carranca y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. Octava Edición. México. 1980
- 9.- Castro, Juventino. El Ministerio Público en México Editorial Porrúa, Sexta Edición. México. 1985
- 10.- Castro, Juventino. Lecciones de Garantías y Amparo Editorial Porrúa, Segunda Edición. México. 1974
- 11.- Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. Octava Edición. México. 1984

- 12.- Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Procesal Penal --- Editorial Porrúa. Segunda Edición. México. 1978
- 13.- Chichizola I, Mario. La Individualización de la Pena Editorial Abeledo-Perrot, Segunda Edición, Buenos Aires, Argentina. 1970
- 14.- Finzi, Marcelo. La Prisión Preventiva. Editorial Santiago Senties, Cuarta Edición, Buenos Aires, Argentina. 1969
- 15.- Florian, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Editorial Madrid,. Barcelona, España. 1934
- 16.- García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. Tercera Edición, México -- 1980
- 17.- García Ramírez, Sergio. Principios de Juicios a Menores. Revista de la Facultad de Derecho. U.N.A.M. México. 1971
- 18.- García Ramírez, Sergio. La Prisión Preventiva. Fondo de Cultura Económica, UNAM. México. 1975
- 19.- García Ramírez, Sergio. La Reforma Penal de 1971.-- Editorial Botas, México. 1971
- 20.- García Ramírez, Sergio y Adatto de Ibarra, Victoria Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Editorial Porrúa, Segunda Edición. México. 1982
- 21.- Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. - Téxtos Universitarios, UNAM. Tercera Edición. México. 1981
- 22.- González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. Octava Edición México. 1985

- 23.- Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa, Tercera Edición. México 1984
- 24.- Piña y Palacios, Javier. Derecho Procesal Penal. Talleres Gráficos de la Penitenciaría. México. 1948
- 25.- Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa, Décima Tercera Edición, México. 1983
- 26.- Rodriguez Manzanera, L. La Crisis Penitenciaria y los Sustitutos de la Prisión. Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, Talleres Gráficos de la Nación, México. 1984
- 27.- Trueba Urbina, Alberto. Apéndice de la Nueva Legislación de Amparo Reformada. Editorial Porrúa, Tercera Edición. México. 1981

#### LEGISLACION

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Teocalli, México 1987
- 2.- Código Penal para el D.F., en materia común y para toda la República en materia Federal. Editorial Teocalli, Sexta Edición. México 1986
- 3.- Código de Procedimientos Penales, Leyes y Códigos - de México, Editorial Porrúa. México 1986
- 4.- Código Civil para el D.F. , Leyes y Códigos de México, Editorial Porrúa. México 1986
- 5.- Código de Procedimientos Civiles. Leyes y Códigos - de México, Editorial Porrúa. Mexico 1986

#### OTRAS FUENTES

- 1.- REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA, No.9, Vol. II, Sep -- tiembre-October 1980, " Antecedentes Prehispánicos y Coloniales de las Funciones del Ministerio Público " Antecedentes.

- 2.- Suárez Arguello, Roberto. La Libertad en el Proce-  
dimiento Penal. Tesis de la Facultad de Derecho. U.A.M.  
México. 1960
- 3.- Gaxiola, Jorge. La Lucha de los Derechos del Pueblo  
Mexicano a través de sus Constituciones. Cámara de  
Diputados XLVI Legislatura. México. 1967
- 4.- Pérez Macías, Humberto. Algunas Consideraciones so-  
bre la Fracción VIII del Art. 20 Constitucional. Tê-  
sis de la Escuela Libre de Derecho. México. 1961
- 5.- Rodríguez y Rodríguez, Jesús. Boletín Mexicano de  
Derecho Comparado. U.N.A.M. No.42. México. 1981