

172
2 ej.



Universidad Nacional Autónoma de México

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
UNIDAD ARAGON DERECHO

LA PRIVACION DE LA LIBERTAD ANTES Y DURANTE LA AVERIGUACION PREVIA

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ADRIAN RAMON ITURBE LARA



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

San Juan de Aragón, Edo. de Méx.

1990



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E .

INTRODUCCION.....	1
I. DESARROLLO HISTORICO.....	5
a.- En el Antiguo Israel.....	6
b.- La Grecia Antigua.....	10
c.- El Imperio Romano.....	12
d.- Derecho Autóctono.....	16
e.- Procedimiento Inquisitivo.....	18
f.- Derecho Colonial.....	23
g.- El Iluminismo.....	25
h.- El Procedimiento en México de 1810-1917...	29
II. NATURALEZA Y FINES.....	35
a.- Pena.....	35
b.- Retribución.....	39
c.- Prevención General.....	44
d.- Prevención Especial.....	47
e.- Teorías Mixtas de la Justificación de la Pena.....	51
f.- Medidas Ad. Cautelam.....	53
III. PRESUPUESTO DE LA PRISION PREVENTIVA.....	66
a.- La Prisión Preventiva.....	67
b.- La Presunción de Inocencia.....	72
c.- Auto de formal prisión.....	77

d.- Actos Preparatorios del Juicio.....	84
e.- El Juicio.....	86
IV. CONSECUENCIAS DE LA PRISION PREVENTIVA.....	88
a.- Duración.....	89
b.- Indemnización.....	92
c.- Derecho en la Privación de la Libertad.....	97
d.- Suspensión de Derecho por la privación de la libertad.....	109
V. MEDIDAS ALTERNATIVAS.....	121
a.- Libertad bajo Caución.....	123
b.- Libertad bajo Protesta.....	129
c.- Limitación de Residencia.....	138
d.- Obligación de Comparecer.....	140
VI. C O N C L U S I O N E S	144
VII. BIBLIOGRAFIA.....	146

I N T R O D U C C I O N

La privación de la libertad, desde su implantación hasta nuestros días, ha sido impugnada en diversos aspectos, teóricamente en cuanto a su justificación, respecto a su regulación legislativa y en su aplicación práctica, de tal modo que su problemática se han planteado indiscutiblemente bajo este triple aspecto.

La presente tesis es producto de mi interés en el estudio del tema, ya que la problemática actual ha sido resaltada en los últimos Congresos de las Naciones Unidas, resulta trágico en Latinoamérica reconocer que en promedio se encuentra sentenciado el 40% de la población privada de la libertad. Más de 65% de las sentencias que recaen sobre delincuentes primarios son de menos de tres años y de esos casos, más de la mitad son penas que no llegan a los dos años, resulta con lamentable frecuencia que por la lentitud del proceso cuando es dictada la sentencia sobre el individuo éste ha permanecido en la prisión más tiempo que el que le corresponde por su delito, constituyendo ella una flagrante violación de los más elementales derechos humanos.

Es una realidad aberrante que se encuentren privados de la libertad esperando sentencia, de la población

penitenciaria el 36% en Francia durante el año de 1972; en Italia llega al 50% en el año de 1970 y en España subió del 36% en 1972 a 58% en 1976.

La situación en América Latina es aún peor; -- pues encontramos países como Colombia, Venezuela en los que llega al 79% durante el año de 1973. En relación a México --- encontramos en el Congreso Internacional sobre prevención -- del delito y tratamiento del delincuente donde se ha resal-- tado el problema del preso sin condena que en el año de 1980 estos sujetos constituían el 74.2% de los individuos priva-- dos de su libertad. Cifra que en ese tiempo era alta, con -- las modificaciones al artículo 20 fracción I de la Constitu-- ción ha sido elevada, lo anterior ha conllevado problemas no sólo al Estado, sino principalmente a la Sociedad. Es por -- ello que últimamente se ha evidenciado la necesidad de modi-- ficar la tendencia a utilizar la prisión preventiva y buscar medidas elternativas que puedan ayudarnos a solucionar el -- problema planteado. Una de las nombradas soluciones es dejar única y exclusivamente la prisión preventiva para los casos-- estrictamente indispensables, otra es tomar medidas para agi-- lizar los procedimientos, lo anterior no sólo se ha plantea-- do en este momento, sino que tiene su fundamento histórico -- en el Iluminismo, con el gran pensador Cesare Beccaria en su famosa obra de los delitos y de las penas, en donde crítica-- que la prisión preventiva largo tiempo antes del proceso, --

dimana del mismo origen aunque no está acompañada de la misma crueldad, pues, en los casos, se empieza por infringir una pena y después se examina con despacio si el desgraciado que la sufre es inocente o culpable. Al cabo de siete u ocho meses que está privada de su libertad, después de haber sufrido en este intervalo todos los horrores de la prisión, el infortunado es conducido al fin delante del juez que sobre sus interrogatorios, le declarará perfectamente inocente. Y la prisión preventiva debe ser la simple custodia de un ciudadano hasta que sea declarado reo; y esta custodia siendo por su naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible y debe ser la menos dura que se pueda. La estrechez de la prisión preventiva no puede ser más que la necesaria o para impedir la fuga, o para que no oculten las pruebas de los delitos.

Anudado a lo anterior, considero también que parte de mi interés por buscar mejores alternativas de solución preventiva, son las recientes denuncias, que se han hecho tanto de la sociedad, como de internos mismos, sobre la corrupción existente de las autoridades en los reclusorios y que se han conocido tanto por nuestros medios de información como por la Cámara de Representantes del Distrito Federal, en donde abiertamente los funcionarios, de estos reclusorios reconocen que en las prisiones preventivas existe corrupción desde el más humilde custodio hasta el más

alto funcionario, por eso creemos e intentaremos que la --- presente tesis se tome en consideración para poder algún --- día mejorar algunos males que causa la prisión preventiva.

En estas condiciones y con el fin de fijar el marco referencial teórico y legislativo de mi estudio, abordaremos inicialmente, de una manera muy breve, el exámen de la noción que se tiene sobre la prisión preventiva, habre -- de referirme a la evolución histórica y al objeto de esta -- medida, así como su naturaleza y finalidad, en búsqueda de -- respuestas a las interrogantes ¿Desde cuando se aplica esta -- medida? ¿Cuál es su función? ¿Quién, cómo y bajo que circun -- stancias puede recurrir a ella? Y, en todo caso ¿Cuáles son -- sus consecuencias?. También habre de analizar la contradi -- cción existente entre la prisión preventiva y la presunción -- de inocencia, así como los presupuestos formales de la ----- prisión preventiva, para posteriormente enfocarme al estudio de las consecuencias de ésta. Terminare examinando lo relati -- vo a las medidas alternativas substitutivas de la prisión -- preventiva.

C A P I T U L O I

DESARROLLO HISTORICO

- 1.- En el Antiguo Israel.
- 2.- La Grecia Antigua.
- 3.- El Imperio Romano.
- 4.- Derecho Antóctono.
- 5.- Procedimientos Inquisitivo.
- 6.- Derecho Colonial.
- 7.- El Iluminismo.
- 8.- El Procedimiento en México de 1810-1917.

1.- En el Artiguo Israel.

Se consideraba a los pueblos del antiguo --- Egipto, Israel, Babilonia, Asiria, las primeras y más desa-- rrolladas civilizaciones, que tenían como base Estados Teo-- cráticos, porque sus normas religiosas y jurídicas se apli-- can y confunden indistintamente. La presencia de la divini-- dad, encarnada en el Jefe Político y Religioso, llena por -- completo la vida individual y colectiva. Nos ocuparemos de - la Sociedad Isrealita.

En Israel, el autor de la Ley Moral es Dios-- que impone preceptos y reclama la obediencia de los hombres. Más el cuarto de las prescripciones divinas no se manifiesta todavía con nitidez, ni en toda su integridad.

No obstante, los patriarcas no ignoran las - transgresiones que violan el orden de la moralidad; la ido-- latría, el homicidio, la impureza bajo todas sus formas, la prostitución, el estupro, el onanismo conyugal, el adulterio el incesto y la sodomía.

"Extranjero o indigno, quien blasfemare el nombre de Yahvé morira". 1/

La utilización de la prisión preventiva para asegurar la ejecución de la pena parece confirmarlo la existencia de las llamadas ciudades de refugio o de asilo, introducidas por Moisés para impedir los abusos que pudieran darse en la estricta aplicación de la ley del talión, cuando no es el poder público el llamado a castigar al culpable y se deja esta función a los parientes próximos de las víctimas.

El libro de los números, cuarto del pentateuco, relata que en esas ciudades se refugiaba el homicida que había matado a alguno sin querer y servía de asilo contra el vengador de la sangre para que no sea muerto el homicida antes de comparecer en juicio ante la asamblea.

Su requisito esencial: Que haya matado por azar, sin odio, sin querer. En caso contrario, el vengador de sangre matará por sí mismo al homicida cuando le encuentre. Luego, juzgará la asamblea entre el que hirió y entre el vengador de la sangre según las leyes. La asamblea librará al homicida del vengador de la sangre, le volverá a la ciudad de

1/ Cuestas G, Carlos. Funciones Históricas de la Prisión Preventiva, Anuario de Derecho, Año XIII, No. 13, Panamá, 1984, Página 272.

asilo donde se refugió y allí morará hasta la muerte del ---
sumo sacerdote ungido con el óleo sagrado.

Si bien perdura la rígida ley del talión y --
la composición está prevista sólo para los bienes petrimonia
les hurtados o destruidos, ya encuentre el germen de la pri--
sión preventiva estrictamente a garantizar la ejecución de -
la pena.

En el Levítico, que recoge leyes de género --
diversos, encuentre el pasaje del castigo al joven, de padre-
egipcio y madre israelita, que a blasfemado el nombre de ---
Yahvé al litigar con otro joven.

"Le encarcelaron hasta que Moisés pronunciase
de parte de Yahvé lo que había de hacerse. Moisés, ordena --
sacar del campamento al blasfemo y que toda la asamblea le -
lapide. Y sentencia: Quien blasfemare el nombre de Yahvé ---
será castigado con la muerte: Toda la asamblea le lapidará.-
Si el homicida sale del territorio de la ciudad de asilo, y-
es muerto por el vengador de la sangre, éste no será respon-
sable de esta muerte". 2/

2/. Cuestas G, Carlos. Ibidem, página 272.

En estricta aplicación de la ley del talión-- no podrá haber rescate por la vida del homicida que deba ser condenado a muerte, ha de ser muerto.

Se da una legislación penal extremadamente severa frente a la cual los súbditos no pueden oponer derechos se establece en forma cruda la ecuación prisión preventiva-- igual a pena.

Como vemos con la evolución del Derecho ----- Procesal Penal y enfocado principalmente al isrealita puedo decir que la prisión preventiva en esta época servía para -- dos situaciones, la primera de ellas era la de asegurar la -- integridad física del inculpado contra posibles agresiones -- de los ofendidos o de sus familiares, ya que en esta época-- prevalecía la ley del talión y por otro lado cumplía una --- medida de aseguramiento de la pena que por lo regular era--- siempre, la capital.

2.- La Gracia Antigua.

En Atenas cuna de la civilización occidental-- sólo se decretaba la prisión preventiva del procesado por -- los crímenes de conspiración contra la patria, el orden polí-- tico, los de peculado y en los demás casos se dejaba en li-- bertad al imputado mediante caución o fianza de tres ciuda-- danos que aseguraban bajo su responsabilidad la compare---- cencia de aquél al juicio penal.

En el período de Pericles, el juez supremo -- en la comunidad ateniense es el pueblo, quien vota las leyes los decretos, elige los magistrados y decide sobre la culpa-- bilidad o inocencia y las consecuencias, esto es, son salva-- guardados los derechos del individuo.

Sólo la precisa acusación de otro ciudadano - puede producir, efecto la incriminación de un ateniense, que en el tribunal es tenido a defenderse directamente, cara a - cara con el acusador. No existe un Ministerio Público que -- tome directamente la iniciativa como representante de la so-- ciedad, así también a los magistrados sólo le es permitido - preparar las sumarias y presidir el plenario en el tribunal.

Si el acusador decide posteriormente retirar-- se del proceso y no obtiene por lo menos un quinto de los --

votos, es condenado a una gravosa multa de mil dracmas y ---
pierde el derecho de presentar acusaciones del mismo género.

Para fundamentar el hecho, que la prisión pre-
ventiva sólo procede como medio de ejecución de la pena, ---
basta recordar uno de los procesos que más ha impactado, la-
conciencia de los hombres en todos los tiempos el proceso --
de Sócrates.

El filósofo ha sido acusado por Melito de ---
impietad a los Dioses de Atenas de corromper a su juventud.

El acusado no ha sido conducido por la auto--
ridad ante los quinientos jueces reunidos en la asamblea.

Se ha presentado voluntariamente, junto a---
algunos de sus discípulos entre los que se encuentran Lisias
el gran orador. Este ha intentado la noche anterior, un plan
de defensa, pero el maestro lo ha interrumpido,

Sólo cuando la acamblea lo condena y el mismo
acusado ratifica la pena de muerte, al negarse a escoger la-
alternativa del destierro, es que se decreta la prisión pre-
ventiva para que la sentencia se ejecute legalmente, median-
te la cicuta.

Concluyo que en Grecia la prisión preventiva contempla dos papeles; el primero, consistente en asegurar la presencia del inculcado en el proceso; y el segundo, que servía para asegurar la ejecución de la posible pena.

3.- El Imperio Romano.

La ciencia jurídica de los romanos dividía el sistema total del derecho en dos mitades, a saber: en derecho público, la cual se refería a los organismos y órdenes interiores de la comunidad y a sus relaciones con los dioses con otros Estados y con los miembros pertenecientes a la comunidad misma, organismos y órdenes a los que esta daba vida y en derecho privado, que comprendía los organismos y órdenes tocantes a la situación jurídica de los particulares individuos que formaban parte de la comunidad y a las relaciones de unos con otros, relaciones que determinaba y regulaba la propia comunidad.

El Imperio Romano en lo referente al proceso penal se dividía en dos tipos de procedimientos el penal público y el penal privado: del primero se hacía uso cuando se trataba de daños inferidos a la comunidad y la forma en que se realizaba era la de la inquisición; el segundo se utilizaba en los casos de daños contra particulares individuos, era un procedimiento contradictorio, entre dos partes, ----

dañado y dañador, bajo un pie de igualdad, sometidas ambas-- al arbitraje de un magistrado.

Conforme al procedimiento penal público, los medios activos empleados para incoar y para substanciar las causas criminales eran:

- a) La citación personal.
- b) La comparencia forzosa, para lo que podía emplearse la captura.
- c) El arresto, y en ciertos casos el auto de constitución de fianza.
- d) La citación no personal, verificada sobre todo, por edictos.
- e) La incoación y sustanciación del procedimiento penal contra los ausentes.

El medio coactivo que me interesa analizar es aquél que se refiere a la prisión preventiva.

En Roma, la Institución de la prisión preventiva encuentra una regulación jurídica más estructurada que en los otros pueblos de la antigüedad.

A diferencia que en Atenas, la prisión puede decretarse antes de iniciarse propiamente el proceso y esto-

se aplica con el carácter eminentemente extraprocesal de la medida.

El arresto es una manifestación autónoma del poder del Imperium del cual están facultados los magistrados romanos y su fundamento jurídico lo es del propio magistrado

"De acuerdo a MOMSEN en caso del que citado-- no obedeciera la citación, podía el magistrado emplear contra él medios coercitivos sobre todo, los depositarios de-- Imperium y los tributos del pueblo podían hacerse uso en ese caso de sus aparatires para hechar mano a los rebeldes y--- hacerles por la fuerza". 3/.

El arresto o prisión preventiva, podía decretarse contra aquel que fuese citado en calidad de inculpado al juicio y compareciese ante el magistrado o bien fuese conducido por la fuerza a su presencia. Se extiende además al-- procedimiento penal público, la constitución de fianza de--- naturaleza civil, para lograr la excarcelación del arrestado

En el siglo último de la República los magistrados van siendo disminuidos en su facultad de ordenar el--

3/ Cuestas G, Carlos. Idem, página 275.

arresto paulatinamente se consolidan el derecho de excarcelación, mediante fianza personal o fiduciaria. Sin embargo; -- el desarrollo fue aún más allá ya que a partir de la ley --- Julia de VI, los ciudadanos estaban libres, por prescripción legal, de sufrir arresto preventivo, por lo que en ningún caso era necesario la constitución de fianza.

Desde ese momento no puede saberse realmente, con relación, al ciudadano Romano, ni de arresto preventivo, ni de fianza.

Durante el principado volvió a hacerse uso--- del arresto preventivo y de la fianza, aquí la prisión preventiva comienza a estructurarse en forma tal de exigir ---- ciertos presupuestos, que vienen a confirmar su naturaleza-- de medio destinado a garantizar la ejecución de la pena.

Los Romanos consideraron a la prisión preventiva una medida excepcional. Solamente los más graves delitos y una elevada probabilidad de condena, por confesión del reo, justificaban el decreto de la prisión preventiva.

El resumen conforme a la prisión preventiva-- en el procedimiento Romano esta tuvo dos funciones; primero-- el referente a la República en donde se consideraba a la --- prisión preventiva como medio coactivo; segundo, en una etapa

posterior cuando surgió el principado cambió a una nueva----
función que tenía como finalidad la de garantizar la ejecu-
ción de la pena y ya no como medio coactivo.

4.- DERECHO AUTOCTONO.

Entre los Aztecas, cuyo derecho se conoce con
más detalle, las prisiones preventivas eran oscuras, estre-
chas, con pésima alimentación, en una palabra de las misera-
bles condiciones, se llamaba quauhcalli, la destinada a los-
presuntos responsables de delitos graves; petlalcalli, la---
destinada o reservada a los inculpados de infracciones leves
y teilpiloyan, donde eran reclusos los acusados de deudas.-
La detención de los nobles se cumplía en su domicilio; la --
persecución de ciertos delitos se llevaba a cabo de oficio,-
es decir aunque no mediara acusación, pues bastaba el simple
rumor público para proceder a la indagación; eran los capul-
elque los encargados de arrestar a los delincuentes; los ---
delitos graves eran sentenciados inmediatamente después de--
la rendición de pruebas, las cuales podían consistir en el -
testimonio, la confesión o los indicios, a través de las ---
cual se buscaba establecer la verdad; únicamente en el caso-
del adulterio podía recurrirse a la tortura para obtener la-
confesión del inculpado y ello solamente, si existían graves
sospechas. En el proceso penal Azteca, las partes podían ---
hacer su propia defensa, si bien se ha firmado que, de -----

acuerdo con el código matritence y según las narraciones de los historiadores, podían ser auxiliados por patrones ---- (tepantlatloani) o por representantes (tlaneminiali); cada -- ochenta días, todo los jueces del reino, bajo presidencia -- del monarca, se reunían en audiencia suprema (nappoal-latolli) o tribunal de los ochenta días en prisión preventiva, el cual debía decidir especialmente sobre los delitos graves--- durante cada sesión que se prolongaba de diez a doce días.

Entre los texcocanos, cuyo procedimiento penal presentaba notables semejanzas con el del pueblo azteca, había jueces ordinarios dotados con poderes restringidos, -- pero que, sin embargo, podían detener preventivamente a los delincuentes debiendo informar de ello a los jueces superiores, o bien turnarles los asuntos para su decisión en el --- nappoal-latolli.

En Michoacán, entre los Tarascos, tal parece que el encarcelamiento preventivo era más frecuente que otra partes; los jueces locales practicaban la investigación de-- los delitos; existía un tribunal penal supremo (ptamuti); -- sin embargo, los casos más graves eran turnados al rey para su decisión (cazonzi).

De lo anterior puedo concluir que en esta --- época la prisión preventiva tenía ciertas diferencias de ---

clase social por el hecho de que no era lo mismo que un ---
 ciudadano común cometiera un delito porque este sería recluso
 en prisión preventiva y en cambio si un noble cometía un
 delito, se le imponía como cárcel preventiva su domicilio, -
 también aquí aprecio que tenía que ver la gravedad del de---
 lito para la clase de prisión que se le asignará, pero ----
 siempre un medio asegurativo;

5.- PROCEDIMIENTO INQUISITIVO

La inquisición no fue una institución cuya --
 existencia se admitiera tan sólo por necesidad o contraria a
 las ideas y sentimientos religiosos entonces imperante, sino
 se estimaba que era justa y racional, a tal grado, que en --
 torno de ella se construyó una doctrina jurídica substancial
 y coherente. Tuvo a su favor la autoridad de Santo Tomás de-
 Aquino, quien en el capítulo de la suma teológica relativo -
 al pecado de herejía, sostiene la siguiente tesis:

"La herejía es un pecado por el cual se merece no solamente ser separado de la iglesia por la excomunión sino también ser excluido del mundo por la muerte... Si el hereje se obstina en su error, como la iglesia desespera de obtener su salud, debe proveer a la salud de los demás hombres, separándolo de su seno por una sentencia de excomunión en los demás, lo abandona el juez secular, a fin de desterrarlo de este mundo por la muerte". 4/

La impunidad y la falta de garantía para la vida y la propiedad, provoca alarma y esto fue lo que dió origen a los tribunales inquisitoriales, utilizados como instrumento policiaco, contra la herejía y a su vez estos llevaban un procedimiento cuyas características son:

- a) El procedimiento era secreto.
- b) Se inician por denuncia, anónima (delación y también de oficio.
- c) No se le hacía saber al acusado el nombre de su acusador, ni del delito que se le acusaba.
- d) Se le ocultaban los testigos que deponían en su contra.
- e) El fiscal formaba parte del tribunal de la inquisición.

4/ Pallares, Eduardo. El procedimiento Inquisitorial. Editorial Imprenta Universitaria, México, 1951, página 7.

f) El acusado tenía derecho a nombrar defensor pero este estaba a dentro del tribunal.

g) Se libraba Órden de aprehensión en contra del acusado previa información testimonial que suministrará indicios o pruebas de su responsabilidad,

h) Se iniciaba el procedimiento con la denuncia del fiscal sobre delitos que caían dentro de la competencia de la inquisición. En ella el fiscal pedía la prisión del inculpado.

i) La prisión preventiva procedía aún por delitos que no merecían pena corporal, esto quiere decir que el acusado podía permanecer en las prisiones de la inquisición por largo tiempo aunque después fuera una sentencia --- leve.

j) La prisión preventiva se prolongaba indefinidamente, aún por años, sin que fuera necesario justificarla con un auto de formal prisión.

k) La publicación de los testigos se daba a los reos aunque fuesen éstos confidentes, para que quedaría, - prueba de que habían sido presos procedimientos información- "pues de otra manera no sería justificada la prisión". 5/

l) Lejos de presumirse inocente al inculpado se le presumía culpable, partiendo de este principio, el inquisidor trataba de obtener de él una confesión por cuantos medios estaban a su alcance.

m) Los juicios duraban indefinidamente y --- hasta años enteros, aunque en las instrucciones habfa reco-- mendación de no tardarlos.

n) El tribunal de la inquisición gozaba de -- poderes amplísimos para formar su propia convicción a parte-- de la aplicación de la ley.

Una de las cosas que más impresiona al estu-- diar el procedimiento inquisitorial, es la falta casi abso-- luta de garantías que pudiesen proteger a los inculpados --- porque estos se encontraban a merced del inquisidor, consti-- tuyendo no un sujeto procesal, sino un objeto procesal expli-- cándose la necesidad de la tortura.

Cabe mencionar que los inquisidores gozaban-- de inmunidades muy importantes y que el santo oficio tenía-- a sus órdenes de una manera más o menos completa a la pobla-- ción ortodoxa y particularmente al clero en esta época todos los católicos estaban obligados bajo pena de ser considera-- dos factores de herejía, a denunciar este pecado, aún cuando el pecador fuese hermano, padre o hijo del denunciante.

La falta de garantías se hacia sentir en el - hecho de que no cabía el recurso de apelación, contra las -- sentencias más graves las que imponían la confiscación, las-- galeras o el terrible relajamiento que consistía en la -----

del delincuente a garrotazos, o en la hoguera. Otras consecuencias de la falta de garantías era el dejar en la miseria a la persona y a sus descendientes, sujetarla a prisión por toda la vida, el tiempo increíblemente largo, que duraban los procesos mientras el infeliz acusado sufría en la cárcel severas incomunicaciones o moría en ella. A este respecto Carlos Lea en su libro *Historico de la Inquisición* nos menciona algunos ejemplos:

"Sucedia, frecuentemente, que tres, cinco o diez años aún transcurriesen entre el primer interrogatorio de un prisionero y su condenación final. La esposa de ----- Guillermo de Montaigu fue hecha prisionera en Tolosa en 1279 e hizo confesiones el mismo año; pero no fue condenada sino hasta 1310. Otro ejemplo es el de Guillermo Garric, llevado a Carcasona a hacer confesión después de una detención que duró 30 años. En el auto de fé celebrado en Tolosa en 1339, se condenó a un cierto Guillermo Salavert que había hecho -- confesiones insuficientes en 1299". 6/

De todo lo anterior podemos concluir que en proceso inquisitorial la prisión preventiva tuvo una práctica desmedida, por el hecho de que no necesitaba el análisis

6/ Pallares, Eduardo. *Idem*, página 35.

de la pruebas, ni un auto de formal prisión que la justificará, tampoco tenía fijado en la ley un límite mínimo, ni un máximo, por lo tanto el inculpado quedaba sujeto a prisión preventiva un largo tiempo y hasta años antes de que se le dictara su sentencia. Otra situación que era muy desfavorable al inculpado era que la prisión preventiva procedía -- aún en caso de que el delito no tuviera fijada como sanción -- una pena corporal, lo cual quiere decir que era mucho más -- cruel la custodia preventiva que la misma pena.

6.- DERECHO COLONIAL.

En México colonial, hasta fines del siglo --- XVII, la prisión preventiva no llegó a ser considerada como pena y bajo esta idea es que se entiende en las referencias -- que sobre la cárcel hacen el fuero juzgo y las leyes de ---- estilo, resultando notable la claridad con que la misma idea es afirmada en las partidas donde expresamente se refiere un criterio cercano formulado por Ulpiano:

"Echar algund come en fieros que yagu siempre preso en ellos o en otra prisión non la deben dar a ome ---- libre si non a siervo cala cárcel non se daba para excar---- mentar los yerros mas para guardar los presos tan solamente en ella hasta que sean juzgados". 2/

2/ Manuel, Historia Antigua y de la Conquista de México, Editorial Porrúa, México, 1960, página 45.

La privación de la libertad como pena aparece ya en las leyes de Indias donde expresamente se observa autorizada la prisión preventiva por deudas, hecho que resulta significativo porque la privación de libertad es considerada ya en si misma como pena y no sólo como medida de custodia preventiva.

La evolución de los establecimientos penales ha sido regida directamente por el derecho penal, por lo que su desarrollo se observa paralelo. Habiendo sido las cárceles el medio de ejecución de las sanciones consignadas por el derecho penal, fue hasta que la acción social contra el delincuente estuvo confiada al poder público, y superada la eliminación del delincuente mediante la muerte o su expulsión del grupo social, que logra desarrollarse la idea de la prisión como pena, hasta entonces en términos generales no hubo ni fueron necesarias las prisiones, a no ser como vías de custodia durante el juicio.

Al fundarse la colonia de la Nueva España, el régimen penitenciario encuentra base importante en las partidas, donde se declara que el lugar a donde los presos deberán ser conducidos será la cárcel pública, no autorizándose a particulares tener puestos de prisión, detención o arresto que pudiese constituir cárceles privadas.

Considero que en período de la colonia la --- prisión preventiva cumplía al principio una sola función la de naturaleza cautelar, para asegurar la presencia del inculpado en el proceso y evitar la fuga en este mismo período, --- pero cuando la sanción penal queda facultada exclusivamente al Estado, es cuando ya aparece la función de la prisión no sólo como medida precautoria sino también como estableci--- miento penitenciario para cumplir sentencias privativas de libertad. Por lo anterior también podemos decir que el procedimiento en la Colonia tenía las mismas peculiaridades que --- en el proceso inquisitorial, aunque con algunas diferencias, pero al fin y al cabo con la misma crueldad y en especial --- con la indeterminada prisión preventiva.

7.- EL ILUMINISMO.

Mucho se ha escrito, en pro y en contra del --- siglo de las luces, como también fue llamado el siglo XVIII --- y la importancia que tuvo en el orden del pensamiento moderno. Las mismas ideas producen efectos diversos en diferentes épocas. Por ello a pesar de mucho de lo fundamental del --- siglo XVIII se había escrito y elaborado durante la centuria del siglo XVIII, será en el siglo de las luces ocurra la --- gran revolución que transforma la vida social y política de la Europa, con grandes consecuencias para el resto de la --- humanidad.

Esta etapa fue de lo más fecunda en lo que se refiere al pensamiento político, no obstante que también --- avanza en otros órdenes. Más no se podría explicar si no --- tomamos en consideración que había pasado ya el mundo rena--- centista, que se había producido la revolución en la ciencia física con Newton y que las ideas de Copérnico se habían --- divulgado.

En la época del iluminismo a la prisión pre--- ventiva, como característica principal se le consideraba --- como un castigo y no como una medida de aseguramiento del --- reo. Por lo tanto hay una razón mucho más importante aún --- para que una vez que el delito se haya cometido se someta al inculpaado a un proceso penal lo más pronto posible y en este puede demostrar su inocencia.

"La prisión preventiva largo tiempo antes del proceso, dimana del mismo origen, aunque no esta acompañado de la misma crueldad, pues, en los dos casos se empieza por infringir una pena y después se examina con despacio si el - desgraciado que la sufre es inocente o culpable. Al cabo de siete u ocho meses que esta privado de su libertad, después de haber sufrido en este intervalo todos los horrores de la-

prisión, el infortunado es conducido al fin delante del juez-
que, sobre sus interrogatorios, le declara perfectamente ---
inocente". 8/

¿Qué resulta de esto? A la verdad, su reputación queda restablecida pero su salud nunca lo estará, puede ser también que haya perdido para siempre los medios de ganarse la vida, y que encuentra a su desgraciada familia en alguna casa de misericordia, en donde la vergüenza y la miseria la han obligado a refugiarse.

Las ideas florecientes de los pensadores como Montesquiu, Rousseau, Voltaire y Beccaria durante el iluminismo, respecto a prisión preventiva era:

"Que en tanto más justa y útil sea la pena más pronta fuere y más vecina al delito cometido, más justa porque evita que el reo sufra los inútiles y fieros tormentos de la incertidumbre que crecen con el vigor de la imaginación y con el principio de la propia flaqueza: más justa porque siendo una especie de pena la privación de la libertad no puede proceder a la sentencia sino en cuanto a la necesidad obligada. La prisión preventiva debe ser la ----

8/ Beccaria, Cesare. Tratado de los delitos y de las penas. Editorial Porrúa, México, 1985, página 224.

simple custodia de un ciudadano hasta que sea declarado reo; y esta custodia, siendo por su naturaleza penosa debe durar el menos tiempo posible, y debe ser la menos dura que se pueda. El menos tiempo debe medirse por la necesaria duración del proceso y por la antigüedad de las causas que conceden por orden el derecho de ser juzgado. La estrechez de la prisión preventiva no puede ser más que la necesaria o para impedir la fuga, o para que no oculten las pruebas de los delitos. El mismo proceso debe acabarse en el más breve tiempo posible". 9/

En resumen puedo decir que la prisión preventiva durante la época del Iluminismo era cruel ya que el ciudadano que estaba privado de su libertad, tendría que esperar largo tiempo para que el juez pudiera determinar su situación jurídica. En esta época la prisión preventiva conforme a las ideas de los grandes pensadores de ese siglo se fue transformando paulatinamente. Aunque hay que hacer incapie en Beccaria, que el principal precursor de las ideas más brillantes de ese siglo que en avances de materia criminal, proponía entre ellas, la desaparición de la prisión preventiva como castigo y a su vez que los procedimientos fueran lo menos tardados, para que así el encarcelamiento que el inculpado sufría fuera el estrictamente necesario.

9/ Beccaria, Cesare. Idem, página 82.

8.- EL PROCEDIMIENTO EN MEXICO DE 1810-1917

En cuanto a los numerosos textos constitucionales y leyes secundarias elaborados y vigentes en México desde los primeros años de iniciado el movimiento independiente hasta antes de la promulgación de la actual constitución de 1917. La casi totalidad de los cuerpos legales anteriormente mencionados contenían disposiciones que hacían referencia a la procedencia de la prisión preventiva la cual se aplicaba aún en casos de que el delito cometido no tuviera prevista una sanción privativa de libertad, esta medida queda condicionada a que el delito cometido contemple como pena la privativa de libertad, por lo que de lo contrario sería improcedente y antoconstitucional la prisión preventiva.

Por lo consiguiente expordre a continuación un breve bosquejo de la evolución histórica de la prisión preventiva que comprende el período de 1810 a 1917.

En lo que toca a la prisión preventiva el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1823 proyecto debido a Joaquín Fernández de Lizardi, en sus artículos 72 a 74, se apuntaban no sólo normas para el mejoramiento de la prisión (que no habfan de ser depósito de perdidos semilleros de vicios y lugares para atormentar a la humanidad, como por desgracia son las nuestras) sino también

principios para la organización del trabajo penal y la -----
enseñanza de oficios (artículo 31 a 35). Respecto de otras
condiciones de fondo y forma que el juez debería tomar en --
consideración u observar para decretar o no la prisión pre--
ventiva, se señalan entre las primeras, la gravedad y trascen--
dencia del delito la existencia de índices suficientes de -
culpabilidad y el peligro de fuga; entre las segundas se re-
quería la existencia del mandato escrito y motivado de auto-
ridad competente. Las siete leyes de 1836, vincularon prisión
preventiva y pena corporal (ley quinta, artículo 43, frac--
ción I, 46) y lo mismo hizo el proyecto de reforma de 1840-
(artículo 90 fracción V). En esta línea abundo el primer -
proyecto de 1842 (artículo 7 fracción VIII) que también --
previó la separación entre presos y detenidos (artículo --
118) y los trabajos útiles en el establecimiento carcelario-
(artículo 7 Fracción XIII). Asu vez el proyecto monoritario
del mismo año tuvo en cuenta idénticas materias, más el prin-
cipio de la legalidad en las prisiones y anticipándose a la
constitución de 1857, indicó para la abolición de la pena --
de muerte, se establecerá a la mayor brevedad el régimen ---
penitenciario. El mismo camino del proyecto minoritario, ---
salvo en cuanto a la asociación de pena corporal y prisión--
preventiva siguió el unificado (numeral 13, fracciones XIII,
XVII y XXII). En las bases organicas de 1843, la prisión ---
preventiva se limitó a los delitos sancionados con pena cor-
poral (artículo 9, fracción IX) y se dispuso la separa -----

ción entre presos y detenidos (numeral 175). El estatuto ---
 orgánico provisional de la República Mexicana de 1856, vol--
 vió a la separación entre presos y detenidos al trabajo útil
 impuesto a aquéllos, a la legalidad en las prisiones -----
 (artículo 49) y a la limitación de la prisión preventiva ---
 para causas seguidas por delitos que aparesen pena corporal-
 (numeral 50).

Por lo que respecta a la Constitución de ----
 1857, la materia quedó desglosada en dos preceptos. Por una-
 parte, el artículo 18 (31 del proyecto), vinculó prisión pro-
 ventiva y pena corporal que a la letra dice:

"Sólo habrá lugar a prisión por delito que --
 merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en --
 que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena.
 Se pondrá en libertad bajo fianza. En ningún caso podrá pro-
 longarse la prisión o detención por falta de pago de honora-
 rios, o de cualquier otra ministración de dinero". 10/

Por la otra, el numeral 23 (33 proyecto) ----
 relacionó la pena de muerte y el penitenciario, al indicar--
 que para la abolición de aquélla queda a cargo del poder ad-
 ministrativo el establecer, a la mayor brevedad, el régimen-

10/ Zarco, Francisco. Historia del Congreso Extraordinario-
 Constituyente de 1856-1857. Talleres de la Ciencia Jurídica,
 México, 1964, página 456.

Por lo que hace a la legislación ordinaria,-- simplemente se hace notar que la Constitución de 1957, a par-- te de vincular la detención preventiva a la pena corporal,-- no estableció ninguno de los requisitos para dictar un manda-- miento de detención; tal fijación fue confiada a las leyes - ordinarias en tal virtud, el código de procedimientos pena-- nal del 15 de septiembre de 1880 disponía ser detenido sino-- por autoridad competente y en virtud de una orden escrita--- dictada por autoridad (artículo 245), igualmente enumerada-- las autoridades competentes para realizar las aprehensiones-- y para liberar las órdenes de detención (numeral 246). Los - códigos procesales que lo sucedieron (1894-1908), estable--- cían idénticos requisitos.

El estatuto provisional del Imperio Mexicano-- de 1865, en su artículo 67, preceptuó que en las cárceles -- habrá siempre separación entre los formalmente presos y los-- simplemente detenidos, y el artículo 66 indicó; las cárceles se organizarán de modo que sólo sirvan para asegurar a los-- reos, sin exacerbar innecesariamente los padecimientos de -- la prisión.

El proyecto del artículo 18 enviado por Carr-- anza al constituyente de 1916-1917 limitó la prisión preven-- tiva al procedimiento por delito que mereciera pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal y ordenó la completa,

separación entre procesados y condenados.

En el dictamen de la comisión se aceptó la -- regulación de la prisión preventiva, pero fue rechazada, en cambio la segunda parte del precepto sometido y examinado un nuevo proyecto, se aprobó el artículo que levemente modifica do por la comisión de estilo se mantuvo en los términos si-- guientes:

a) Sólo por delito que merezca pena corporal-- habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será dis-- tinto del que se destinare para la extinción de las penas y-- estarán completamente separados.

b) Los gobiernos de la federación y de los -- Estados organizarán en sus respectivos territorios, el siste-- ma penal-colonias, penitenciarias o presidios sobre la base-- del trabajo como medio de regeneración.

Resumiendo, de las diversas definiciones pro-- puestas sobre la prisión preventiva, así como de las breves-- referencias históricas que preceden, puedo concluir; primero que ni la noción que sobre esta institución se tiene es uni-- forme y lo segundo, que la evolución de esta medida no ---- siempre ha sido progresiva sino que, más bien, su desarro-- llo ha seguido un movimiento pendular, cuando no francamente

regresivo. De ahí que la función asignada a esta medida ---
haya sido entendida de manera distinta por la doctrina a ---
través del tiempo.

C A P I T U L O I I

NATURALEZA Y FINES.

1.- Pena.

1.1 Retribución.

1.2. Prevención General.

1.3. Prevención Especial.

1.4. Teorias Mixtas de la Justificación de la Pena.

2. Medidas Ad. Cautelam.

NATURALEZA Y FINES

1.- PENA.

El siguiente punto en el desarrollo de mi --- investigación, es la naturaleza y finalidad de la prisión -- preventiva, desgraciadamente se suele confundir la naturaleza y finalidad de la institución, objeto de nuestro estudio con la pena, es por lo tanto que he considerado necesario -- explicar aunque sea someramente la naturaleza y finalidad -- de esta última.

Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días todas las sociedades han poseído un sistema de penas. - De carácter privado o público, animadas por un sentido de -- venganza o establecidas para la protección de la ordenada vi da comunitaria, o para la reforma y rehabilitación de los -- culpables, con períodos de inhumana dureza o con etapas de - carácter humanitario; la pena, con finalidades diferentes, - feroz o moderada, ha existido siempre, en todos los tiempos. La pena es un hecho universal. Una organización social sin - penas que la protejan no es concebible, es decir, por ejem-- plo si una comunidad que renunciara a su imperio penal, ---- renunciaría así mismo.

La naturaleza de la pena es la privación o -- restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, -- por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable -- de una infracción penal.

La privación o restricción impuesta al condenado de bienes jurídicos de su pertenencia, vida, libertad, -- propiedad, etc., causa en el culpable el sufrimiento caracte -- rístico de la pena. Toda pena, cualquiera que sea su fin, -- aún ejecutada con profundo sentido humanitario, como las --- modernas penas de prisión siempre es un mal, siempre es --- causa de aflicción para el que la sufre.

La pena ha de ser establecida por la ley y -- dentro de los límites fijados por la misma. El principio de -- la legalidad de la pena, caracterizado con la frase latina, -- nulla poena sine lege, que hoy tiene ondas raíces, exige que -- la pena en su clase y cuantía se imponga de acuerdo con lo -- ordenado por la ley, así los preceptos de ésta la sustraen -- del arbitrio de los juzgados y crean una importante garantía -- de la persona. Aún en el caso de penas indeterminadas, su -- indeterminación la establece y regula la misma ley.

Su imposición está reservada a los competentes -- órganos jurisdiccionales del Estado. Los tribunales de jus -- ticia, que la aplican por razón de delito para el manteni---

miento del orden jurídico y la protección de la ordenada --- vida social. No son penas, por tanto las sanciones discipli- narias y otras medidas aplicadas por organismos no judicia- les que aspiran a la consecución de fines diferentes. Las -- penas habrán de imponerse con observancia de los dictados de la ley procesal y como consecuencia de un previo juicio ---- penal.

"Sólo pueden ser impuestas a los declarados-- culpables de una infracción penal. Sin culpabilidad y su de- claración no se concibe la imposición de pena (nulla poena, - sine culpa)". 11/

Deben reacaer únicamente sobre la persona --- culpable, de modo de que nadie sea castigado por el hecho de otro. De aquí surge el principio de la personalidad de la -- pena.

Para justificar la aplicación de la pena se - han elaborado diversas teorías, la primera gira en torno a - la retribución, la segunda llamada de la prevención general- y una tercera la de prevención especial.

11/ Cuello Calón, Eugenio. La moderna Penología. Editori al Bosch, Barcelona- España, 1974, página 17.

1.)- RETRIBUCION.

La teoría de la retribución, para ella el --- sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal. La -- justificación de tal procedimiento no se desprende para esta teoría de cualesquiera fines a alcanzar, sino sólo de la --- realización de una idea: la justicia, la pena pues, no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma.

"La pena jurídica (poena forensis), que difiere de la pena natural (poena naturalis), por la cual el juicio lleva en sí su propio castigo, y a la cual el legislador no mira bajo ningún aspecto, no puede nunca aplicarse como un simple medio para procurar otro bien, ni aún en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo -- contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido; -- por que jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro ni ser contado por el número de las -- cosas como objeto de derecho real; su personalidad natural-- innata le garantiza contra el ultraje, aún cuando puede ser condenado a perder la personalidad civil. El malhechor debe ser juzgado digno de castigo antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o sus conciudadanos La ley penal es imperativo categórico; y desdiciendo a aquél que se arrastra por el tortuoso sendero del endomonismo, ---

para encontrar algo que por la ventaja que se puede sacar -- descargarse al culpable, en todo o en parte, de las penas -- que merecen según el proverbio prosaico: Más vale la muerte de un sólo hombre que la pérdida de todo el pueblo; porque -- cuando la justicia es desconocida los hombres no tienen razón de ser en la tierra". 12/

El delito es aniquilado, negado, expiado por el sufrimiento de la pena, que de ese modo restablece el derecho lesionado. Asimismo, la teología cristiana dice que -- las confesiones sustentan predominantemente, hoy como ayer, -- este punto de vista, considerando la realización de la justicia como mandato de Dios, y la pena como ejecución de la función judicial divina.

Es incuestionable que así mismo, la idea de -- la compensación retributiva al intentar traer un reflejo de armonía superior a nuestra frágil existencia terrena, tiene una fuerza triunfalmente sublime, a la que es muy difícil -- sustraerse. Con ella, sin embargo, no se podría justificar -- honradamente la pena estatal. Por lo tanto mencionare tres -- razones en contra:

12/ Kant, Emmanuel. Principios Metafísicos de la doctrina del Derecho, UNAM, 1978, página 167.

a) En la teoría de la retribución su significado estriba en la compensación de la culpabilidad humana, - no se puede referir con ello en serio a que el Estado tenga la tarea de retribuir con la pena toda culpabilidad. Cada -- uno de nosotros se hace culpable frente a su prójimo de ---- muchas maneras, pero no por ello se nos castiga, también la culpabilidad jurídica acarrea consigo consecuencias de tipo diverso, como ejemplo un deber de indemnización de daños, -- pero en muy raras ocasiones una pena. La teoría de la retribución por tanto, no explica en absoluto cuando se tiene que poner, sino que dice tan sólo:

"Si imponéis- con los criterios que sea - una pena con ella tenéis que retribuir el delito". 13/

Queda sin resolver la cuestión decisiva, a -- saber, bajo que presupuestos la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar. Así pues, la teoría de la retribución fracasa ante la tarea de trazar un límite, en cuanto al contenido, a la potestad penal estatal. No impide que se incluya en el código penal cualquier conducta y, si se dan los -- criterios generales de imputación, efectivamente se le castigue; en tanto en cuanto, de un cheque en blanco el legislador.

13/ Roxin, Claus. Problemas básicos del Derecho Penal. Editorial Reus, Madrid, 1976, página 13.

b) Con respecto al segundo argumento en contra: incluso se afirma sin restricciones la facultad de pensar formas de conducta culpables, sigue siendo insatisfactoria la justificación de la sanción penal mediante la idea de la compensación de la culpabilidad humana de voluntad (el libre albedrío), y su existencia, como conceden incluso los partidarios de la idea de la retribución es indemostrable. Así pues, según sus propias palabras, el legislador justifica la pena sólo con una hipótesis que aunque no refutada, tampoco es verificable. Sin embargo, si va en perjuicio del ciudadano, no basta una suposición de este tipo para explicar el derecho a intervenciones tan graves.

c) Aún cuando se requiera considerar que el alcance de las penas estatales y la culpabilidad humana quedan suficientemente fundamentados con la teoría de la explicación, quedaría una tercera objeción, a saber: Que la idea misma de retribución compensadora sólo se puede hacer plausible mediante un acto de fe. Pues considerándolo racionalmente no se puede comprender como se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena, ciertamente esta claro que tal procedimiento corresponde al arraigo impulsivo de venganza humana, del que ha surgido históricamente la pena.

Tampoco puede cambiar nada de esto el invocar

el mandato de Dios pues, como es sabido, nuestras sentencias no son pronunciadas en nombre de Dios, sino en nombre del -- pueblo. Por ello ya no es admisible en una época que derivado todo poder estatal del pueblo, la legitimación de medidas es tatalas con la ayuda de poderes trascendentes.

Resumiendo en una frase las tres razones: la teoría de la expiación no nos puede servir, porque deja sin aclarar los presupuestos de la punibilidad, porque no están comprobados sus fundamentos vinculantes, y tampoco cambia -- nada de ello la sustitución, que a menudo se encuentra en -- las exposiciones recientes, de la idea de la retribución, -- que recuerda demasiado al arcaico principio del talión, por el concepto tornasolado de la expiación.

De la anterior teoría puedo concluir lo siguiente; la expiación trata de retribuir con un mal al indiciado que se cree a infringido la ley, por lo tanto en el caso concreto y enfocado esta teoría la prisión preventiva esta-- fracasa porque en el caso de que un procesado fuera absuelto al agotarse el procedimiento penal, de que serviría esta teoría para justificar todo el tiempo que duro el imputado en -- prisión preventiva, ante esta hipótesis se queda muda tal -- teoría, porque en este caso estaría retribuyendo con un mal a una persona inocente.

1.2.- PREVENCIÓN GENERAL.

La teoría de la prevención general, obra también sobre la colectividad. A los hombres observadores de la ley les muestra las consecuencias de la rebeldía contra ella de este modo vigoriza su respeto a la misma y a la inclinación a su observancia; en los sujetos de templo moral débil, más o menos propensos a delinquir, crea motivos de inhibición que les alejen del delito en el porvenir y les mantenga obedientes a las normas legales.

"El preciso, dice Cuche, suspender sobre la masa de los candidatos al delito una amenaza que estimen seria y fortifique en ellos los motivos que pueden mantenerlos dentro de la vida honrada". 14/

Cuando la pena aspira a estos fines, realiza una función de prevención general.

Contra la concepción de la prevención se han establecido argumentos, que enseguida anunciare.

Primer argumento. En primer lugar, frente a qué comportamientos tiene el Estado la facultad de intimidar

la doctrina de la prevención general comparte con las teorías de la retribución y de la corrección este punto débil, a saber, que queda sin aclarar el ámbito de lo punible. El punto de partida preventivo general tiene en general tendencia al terror estatal. Pues quien quiere intimidar mediante la pena, tenderá a reforzar ese efecto castigando tan duramente como sea posible. Si durante la guerra se dictaron las penas más graves, incluso sentencias de muerte, a delitos insignificantes, esto sucedió indudablemente por motivos de la prevención general. Ahora bien, si se parte de que tampoco para el Estado el fin justifica cualquier medio, algo así no puede ser conforme a Derecho. La prevención general necesitaría, por tanto, una delimitación, que no se desprende de su partida teórico.

Segundo argumento. El siguiente argumento estriba en que muchos grupos de delitos y delincuentes no se ha podido probar hasta ahora el efecto de prevención general de la pena. Se puede aceptar que el hombre medio en situaciones normales se deja influir por la amenaza de la pena, pero en todo caso esto no ocurre con delincuentes profesionales ni tampoco con delincuentes impulsivos ocasionales. En delitos graves como delitos contra la vida o la moralidad, la fuerza intimidatoria de las amenazas penales (incluso de la pena de muerte) es especialmente escasa. En resumidas cuentas, cada delito es ya por el hecho de existir, una

prueba en contra de la eficiencia de la prevención general.-

Tercer argumento. Este me menciona y cuestiona que ¿cómo puede justificarse el que se castigue al individuo no en consideración a él mismo, sino en consideración a otros? aún cuando fuera eficaz la intimidación, es difícil comprender cómo puede ser justo que se imponga un mal a alguien, para que otros omitan cometer un mal. Y efectivamente para un ordenamiento jurídico que no considere al individuo como objeto a disposición de la coacción estatal ni como material humano utilizable, sino como portador completamente equiparado a todo los demás, de un valor como persona, previo al Estado y que debe ser protegido por éste, tiene que ser inadmisibles tal instrumentalización del hombre.

La teoría de la prevención general, por tanto ni puede fundamentar el ius puniendi estatal en sus presupuestos ni limitarlos en sus consecuencias; es discutible político-criminalmente y carece de legitimación que concuerde con los fundamentos del ordenamiento jurídico.

De la teoría de la prevención general, concluyo que su función estriba en que la pena actúa como amenaza de un mal, para lograr que los individuos se intimiden y se abstengan de cometer delitos, refiriéndonos a la prisión preventiva, se supone que esta no trata de ejemplificar a la comunidad con esta medida de seguridad, pero los-

hechos en la realidad me demuestra lo contrario porque parecería ser que el Estado trata de privar de la libertad al -- mayor número posible de sujetos para prevenir de la libertad cometa delitos y se niega a aceptar las consecuencias nega-- tivas de esta, para comprobar lo anterior tengo como muestra las investigaciones que se han hecho en torno a la población de internos en las cárceles y se ha comprobado que el mayor número privados de su libertad, son presos que aún no han si do condenados, prueba de ello es que en América Latina se -- encuentran en esa situación el 68.47% y hay países que exee-- den este porcentaje, en cuanto a México en 1980 el porcen--- taje de presos sin condena fue de 74.23% de todo lo anterior-- puedo decir que la teoría de la prevención general aplicada a la prisión preventiva es una artimaña del sistema gubernamental para tratar de atemorizar ala colectividad y asi evi-- tar el alto grado de delincuencia.

1.3.- PREVENCIÓN ESPECIAL

La teoría de la prevención especial. Esta no-- quiere retribuir al hecho pasado, sino que ve la justifi---- cación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del -- autor.

Ello puede ocurrir de tres maneras:

a) Corrigiendo al corregible, esto es lo que llamamos resocialización.

b) Intimidando al que por lo menos todavía es intimidable.

c) Haciendo inofensivo mediante la pena de -- privación de libertad a los que ni son corregibles ni intimidables.

Esta teoría, crea en el delincuente motivos -- que, por temor a la pena, le aparten de la perpetración de -- nuevos delitos (intimidación) y si es necesario (cuando se -- aplica a sujetos degradados) y posible (en caso de sujetos-- reformables) tiende a su reforma y reincorporación a la vida social (corrección). Pero si el culpable es insensible a la intimidación y no es susceptible de reformas, la pena, por -- razón del peligro que representa, deberá aspirar separarlo-- de la comunidad social (eliminación).

La idea de un derecho penal preventivo, de -- seguridad y corrección seduce por su sobriedad y su característica tendencia constructiva y social. Pero así como es -- clara en sus metas, no da, en cambio, una justificación de -- las medidas estatales necesarias para su consecución. En --- ello radica un punto débil de esta teoría que a continuación resumire en tres objeciones a saber.

a) La teoría de la prevención especial no posibilita una delimitación del ius puniendi en cuanto a su contenido. Pues no es sólo que todos somos culpables, sino-- que además todos necesitamos corregirnos. Por ejemplo, a un régimen en el poder le hace posible el someter a "tratamiento" penal, en calidad de inadaptados socialmente, a enemigos políticos.

Pero incluso si se dirige la vista sólo a las "asociales" en sentido tradicional, con los mendigos, vagabundos, vagos, prostitutas y otras personas indeseables para la comunidad van a parar a la esfera del derecho penal grupos de personas, cuyo tratamiento como criminales apenas se pueden fundamentar en un orden jurídico penal como el que -- tenemos, dirigido al hecho aislado. La idea de prevención -- especial tampoco posibilita de la intervención estatal mediante penas fijas, sino que consecuentemente debería perseguir un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección incluso aunque su duración sea indefinida. En una palabra -- esta teoría tiende, todavía más que en derecho penal de culpabilidad retributivo, a dejar al particular ilimitadamente a merced de la intervención estatal.

b) Segunda objeción a la teoría de la pre---- vención especial, consiste en que, aún en los delitos más -- graves, no tendría que imponerse la pena sino existe peligro

de repetición. El ejemplo más contundente es en este momento el de los asesinos de los campos de concentración algunos de los cuales mataron cruelmente por motivos sádicos a innumerables personas inocentes. Esos asesinos viven hoy en su mayoría discretamente e integrados socialmente, y por tanto no necesitan de "Resocialización" alguna; tampoco existe en ello el peligro de repetición, ante la que hubiera que intimidarlos y asegurarlos. Pero la teoría de la prevención especial no puede dar la obligada fundamentación de la necesidad de la pena en estos casos.

c) En tercer lugar, es cierto que la idea de la corrección indica un fin de la pena, pero de ningún modo que contenga en sí misma la justificación de ese fin, como creen la mayoría de los partidarios de esta teoría.

Me pregunto ¿Qué legitima a la mayoría de una población a obligar a la minoría a acomodarse a las formas de vida gratas a aquéllas? ¿De dónde obtenemos el derecho de poder educar y someter a tratamiento contra su voluntad a personas adultas?. La teoría de la prevención especial no es idónea para justificar el derecho penal, porque no puede delimitar sus presupuestos y consecuencias, porque no explica la punibilidad de delitos sin peligro de repetición y porque la idea de adaptación social forzosa mediante una pena no contiene en sí misma su legitimación, sino que necesita de -

fundamentación jurídica a partir de otras consideraciones. -

De la teoría expuesta con anterioridad con---
cluyo lo siguiente; la teoría de la prevención especial, ---
tiene como objeto que el delincuente no reincida, sea porque
queda amedrentado, sea porque la pena es de tal naturaleza -
que lo elimina o invalida o imposibilita para la reiteración
del delito, en cuanto a los efectos que produce esta teoría-
aplicada a la prisión preventiva, deberíamos suponer que no
tiene efectos de intimidar al sujeto, porque todavía no hay-
reproche moral y no se pretende restaurar el orden jurídico-
pero lo que realmente sucede en la práctica, que aún que se-
supone que la prisión preventiva es o debe ser por tiempo --
determinado, el sujeto al salir de la institución preventiva
tiene muchas posibilidades de reincidencia, ya que es común-
designar a las prisiones como universidades del crimen ya --
que es patente el contagio criminal por el contacto perma---
nente con otros individuos que si son delincuentes, habitua-
les o profesionales y por lo tanto el individuo que no era -
delincuente se convierte en tal, con lo anteriormente expres-
to, esta teoría no funciona para justificar la prisión pre-
ventiva, aunque en la práctica se tenga la apreciación de --
lo contrario.

1.4.- TEORIAS MIXTAS PARA JUSTIFICAR LA PENA.

Ya he visto que al definir el derecho penal-- una de sus características esenciales es el establecimiento de penas y que ya en la evolución de su posición se plantea en una doble vía, esto es se le reconoce una naturaleza retributiva, pero en casos de ciertos delincuentes estima necesarios proceder con criterios preventivos especiales, aplica medidas que es la posición que ha encontrado una mayor acogida en los códigos penales.

Algunos doctrinarios tratan de justificar la pena por medio de una teoría mixta, tal es el caso de Roxin en su planteamiento dialéctico la cual explicare en seguida.

El derecho penal actuaría con la pena en diferentes momentos: conminación penal en que aparece en primer plano la prevención general, entendida en forma amplia, es decir conforme a la imposición y medición de la pena, que sería el momento de la realización de la justicia, en el fondo del planteamiento retributivo preventivo general, y por último ejecución de la pena, que es el momento de la prevención especial, el de la reinserción o resocialización del delincuente. Es entonces como nos dice Roxin.

"Un proceso dialéctico en que el momento de retribución no aparece de modo abstracto, para cumplir un ideal absoluto de justicia, sino limitado y condicionado ---

por la realidad impuesta por los momentos de prevención ---- general y especial". 15/.

En definitiva, el planteamiento de Roxin, --- es un planteamiento preventivo, ya que el momento retributivo queda totalmente vaciado de su contenido y es más bien -- una manifestación de la justicia, en el sentido sólo del límite impuesto por la culpabilidad a la prevención.

De lo anterior concluyo que la teoría mixta, - justificativa de la pena expuesto por Roxin y con un encuadramiento a la prisión preventiva considero que no es aplicable, puesto que esta teoría es una combinación de prevención general con prevención especial única y exclusivamente aplicada a la pena y prisión preventiva no es una pena, ---- sino una medida cautelar, y, por lo tanto esta teoría no --- puede prevenir la reincidencia del delincuente porque todavía no se sabe si lo es y tampoco puede operar como prevención general, por el actual congestionamiento de las prisiones que por lo regular son presos sin condena.

2.- MEDIDA CAUTELAR.

15/

Bustos Ramírez, Juan. Manuel de Derecho Penal Español. Editorial Ariel, Barcelona - España, 1984, ---- página 38.

Las llamadas Providencias Cautelares del ---- Derecho Procesal son confusas, en general, han sido investigadas muy poco. Su dificultad se inicia con su nombre. Se -- habla de providencias conservativas o providencias internas de acciones asegurativas y de acciones cautelares, de proceso asegurativo o de proceso autelar, de medidas cautelares-- o providencias cautelares. En fin son varios los términos -- que se emplean para nombrarlas.

Gramaticalmente el término cautela se deriva de Cavera que significa precisamente diligencia, previsión -- o precaución: y providencia, que en este terreno, se entiende como sinónimo de resolución judicial de mero trámite. Así pues, las providencias o las medidas cautelares son simples-resoluciones judiciales diligentes, previsivas o precau----- torias.

En seguida mencionare algunas definiciones -- de diferentes autores respecto a las medidas cautelares.

"Carnelutti dice que las medidas cautelares -- tienen como finalidad "obtener un arreglo provisional del -- litigio", para prevenir los daños inherentes a su duración;- observa que la existencia de la prevención o aseguramiento--

tiene lugar antes de que exista los procesos jurisdiccional-
o ejecutivo, o bien, mientras los mismos se tramitan". 16/.

"Por su parte Chiovenda advierte que el poli-
gro de no conseguir jamás, o al menos, oportunamente, con --
ocasión del proceso, el bien garantizado por la ley, o el --
temor de que obtención se aplace mientras el proceso se tra-
mita, con daño de quien, lo reclama, conducen a la adopción-
de las medidas cautelares o de seguridad". 17/

Para Calamandrei las medidas cautelares tie-
nen un carácter provisional o sea limitado en la duración de
los efectos (declarativos o ejecutivos); las medidas tienen-
un carácter sumario, provisional, que aspiran a convertirse-
en definitivo, pero que, con mayor claridad y simplicidad --
lograr un atajo en la cognición sumaria.

La tutela jurisdiccional ordinaria asume un--
carácter preventivo por la urgencia existente.

16/ González Mariscal, Olga Islas de. La Prisión Preventiva
en la Constitución Mexicana. Revista Mexicana de Justi-
cia, Procuraduría General de la República, México, Ju-
lio-Agosto, 1982, página 43.

17/ González Mariscal, Olga Islas de Ibidem.

La tutela jurisdiccional ordinaria asume un--
carácter preventivo por la urgencia existente.

Las medidas cautelares según la doctrina, per-
siguen fundamentalmente dos propósitos: primero, el de asegu-
rar los medios de prueba necesarios para reconstruir los ---
hechos ocurridos y estar en aptitud de conocer la certeza --
histórica; y segundo, el de asegurar la eventual ejecución -
del pronunciamiento jurisdiccional que resuelve el fondo de-
la controversia. Con otras palabras, las medidas cautelares--
tienen como función: tutelar al proceso, en tanto que éste,--
como es bien tutela al derecho.

Carnelutti dice:

"Que cuando el juez concede o desniega un se-
cuestro conservativo no declara cierto ni el derecho del a--
creedor, ni el cumplimiento del deudor, sino el fumus boni--
iuris y el peligro de que el probable derecho sea violado, -
o sea, ciertos hechos de los cuales resulta la verosimilitud
de que exista un crédito y que sin el secuestro de ciertos--
bienes., tal crédito puede permanecer insatisfecho.

Las medidas cautelares: inhiben que algo que -
se haga, o bien ordena que se haga o que se deshaga un hecho
ya que la finalidad de tal mandato es la de disponer las co-
sas del modo más idóneo para alcanzar el fin del proceso"18/

Ahora hablare en especial de una medida cautelar que es la prisión preventiva, la cual es el objeto de mi estudio. Entiendo que la prisión preventiva es una medida -- cautelar cuyos objetivos son asegurar la ejecución de la sanción preventiva de libertad, llevar a cabo la efectiva realización del proceso, impedir que el acusado se ponga de acuerdo con sus cómplices para subvertir el proceso, mediante-- la distorsión de los medios probatorios, e impedir la comisión de nuevos delitos por parte del acusado, por ahora sólo me resta mencionar a éstas, ya que más adelante explicare -- dos de las más importantes.

En el Derecho Procesal existen ciertas medidas llamadas cautelares o precautorias, para asegurar la --- buena marcha del proceso. En ocasiones se depositan en manos del Ministerio Público, como sucede con la denominada libertad previa o administrativa.

Las medidas cautelares estan en relación con un derecho constitucional, es por tanto que puedo clasifi--- carlas.

A) Medidas Cautelares que afectan la libertad personal, entre las cuales encuentre.

a) La detención o aprehensión asegurada por - el artículo 16 Constitucional.

b) La prisión preventiva establecida en los -
numerales 18 y 19 Constitucional.

c) La libertad provisional, bajo caución con-
templada en el artículo 20 fracción I de la ley fundamental.

d) La libertad provisional, bajo protesta es-
tablecida en los artículos 552 y 552 del C.P.P.D.F. y 418 C.
F.P.P.

e) El arraigo conforme al artículo 27 bis ---
del C.P.P.D.F. y 205 C.F.P.P.

f) Orden de comparecencia conforme a los pa--
rragra 133 C.P.P.D.F. y 157 C.F.P.P.

g) Internamiento provisional en manicomio o -
en departamento especial, conforme al artículo 495 C.F.P.P.

h) Determinadas medidas coercitivas persona--
los que pueden adoptarse contra terceros; fundamentalmente -
contra testigos y previstas en los artículos 213, 215, 216,-
219, al 224 C.P.P.D.F. y 247 al 253 C.F.P.P.

B) Medidas cautelares que afectan el derecho-
de propiedad, en las que encuentre el embargo previsto en los
artículos 35 y 538 C.P.P.D.F. y 149 C.F.P.P.

C) Medidas que afectan la inviolabilidad del-
domicilio, principalmente el cateo regulado en el artículo -
16 Constitucional.

D) Medidas cautelares que afectan el secreto-postal previstas en el artículo 235 C.P.P.D.F. y 181 C.F.P.P

El proceso cautelar tiene en materia penal -- tanta o más importancia que en el orden civil. En el ramo ci- vil predomina las providencias cautelares de carácter real, - en lo penal adquiere un nuevo sentido pues afectan a las per- sonas precisamente en un valor trascendental: la libertad.

En materia civil la finalidad del proceso --- cautelar es alcanzar un arreglo provisional del litigio ase- gurando un bien jurídicamente protegido, mientras que en ma- teria penal la medida afecta a seres humanos. Los fines de - los procesos civil y penal son obviamente diferentes.

Las providencias cautelares en el proceso pe- nal se encuentran diseminadas arbitrariamente en nuestro có- digo. Así, la prisión preventiva, entendida como la priva--- ción de la libertad con fines de seguridad provisional es la resolución que sistemáticamente se toma contra el presunto - delincuente por lo tanto los códigos procesales deberían asi- gnarle un capítulo especial.

De alguna manera es dentro del marco general- de las providencias cautelares como puedo aproximarme a un - enfoque más objetivo y realista de los problemas que afronta

la prisión preventiva en México, las lagunas que existen en la legislación mexicana en la investigación jurídica sobre las medidas cautelares en materia penal son un reflejo de la práctica forense y de las mutilaciones de nuestras leyes, -- porque ¿Cómo podemos exigir a la autoridad jurisdiccional -- que aplique una medida cautelar diferente a la prisión preventiva? si nuestro código adjetivo penal es un sistema inquisitivo, en donde tiene más reelevancia el interés de la sociedad o en última instancia de los detentadores del poder que el interés del individuo, no debemos olvidar que el Estado fue creado para proteger a los individuos y no al contrario como hace ver en nuestra realidad.

2.1.- ASEGURAR LA PRESENCIA DEL INculpADO.

Tanto el aseguramiento de la presencia del -- inculpado en el proceso penal, como el sometimiento del imputado a la ejecución de la presumible pena a imponer, son -- dos cuestiones correlativas entre sí e interdependientes, -- puesto que la necesidad de evitar que el procedimiento criminal no se celebre tiene la intención de conseguir que se -- ejecute en su día la pena que se impuso, la doctrina aunque -- en su mayoría se inclina por estimar que las dos son unidas -- en algunas ocasiones yuxtapone o subordina una a la otra.

En consecuencia, la casi generalidad de auto-

res del Derecho Procesal mantienen esta postura en base a las siguientes afirmaciones; primera, la fuga y, por tanto, la declaración en rebeldía del sujeto frustra no sólo el proceso, sino también la ejecución de la futura pena; segundo, la pena no es únicamente la consecuencia de la tramitación de un procedimiento penal sino, esencialmente, su finalidad más importante, de modo tal que el ejercicio del ius puniendi -- por parte del Estado encuentra su fundamento en el propio -- penal, sin el cual los ciudadanos carecerían de toda garantía frente a la Administración.

No obstante la casi unanimidad en torno a la -- postura arriba esbozada para ciertos autores las dos posiciones no son igualmente defendibles, bien por considerar -- la mayor importancia de una de ellas o bien por entender que la consistente en el aseguramiento de la pena implica en sí misma una infracción del derecho a la presunción de inocencia por lo que tiene de prejujuamiento.

En esta línea de argumentación, tales autores defienden fundamentalmente la finalidad de asegurar el -- proceso, con independencia de hacer lo propio con la pena. -- Así Pisapia y Andrés Ibáñez se basan, esencialmente, en la -- importancia que presenta la necesidad de evitar la declaración de rebeldía del sujeto que, en cualquier caso, frustraría el proceso y, por tanto, haría el descubrimiento del -- hecho imputado.

Por el contrario, para De Luca esta función, - por sí sola, no justifica la prisión preventiva, puesto que el sacrificio exigido al sujeto, a los meros efectos de lograr su disponibilidad respecto del órgano jurisdiccional, - es muy superior a las ventajas que ello puede reportar y, en consecuencia, para este autor la necesidad de asegurar la -- presencia del imputado en el proceso únicamente se explica -- en virtud de garantizar la ejecución de la pena.

Mi conclusión es que, sin embargo, esta última función no legitima la prisión preventiva con independencia de la primera y ello porque estima que tal resolución -- así entendida no es otra cosa que una solución práctica al -- retardo en la tramitación de los procedimientos penales, y -- por el otro lado impide que el inculcado se allegue todas -- las pruebas necesarias para realizar una verdadera defensa.

2.2.- ASEGURAR EL CONOCIMIENTO DE LA VERDAD - REAL.

Esta pretensión se consigue, en lo referido a la instrucción, imposibilitando que el imputado, mediante -- sus comunicaciones con el exterior, se confabule con cómplices, testigos, etc., desvirtuando la finalidad de la instrucción, es decir, la de aportación de los hechos al procedi -- miento penal.

En cuanto a la finalidad de la prisión preventiva sea, impedir que el acusado oculte, altere o destruya los medios probatorios, pueden oponerse como objeción los casos en que el sujeto tiene la firme convicción de su inocencia, y por lo mismo, más bien va a colaborar para el esclarecimiento de la verdad a efecto de alcanzar su plena reivindicación; también pueden oponerse las hipótesis en que el sujeto aún no sintiéndose inocente, presta de buena fé una auténtica colaboración.

Para un sector de la doctrina, la referida justificación goza de una clara función cautelar por la razón esencial de que mediante la misma se pretende garantizar el proceso, de modo tal que, si tal labor no se llevara a cabo, el procedimiento podría frustrarse, no ya por la incomparecencia del imputado, sino por la falta del mínimo material fáctico sobre el que apoyarse la inculpación.

Las voces disonantes, sin embargo, no son de menor entidad. Así, fundamentalmente, para Pisapia la atribución de dicha finalidad a la prisión preventiva podría acarrear consecuencias deñinas para ejercicio del derecho de defensa del sujeto pasivo de la pretensión penal, ya que si bien a través de ella se consigue el aseguramiento de las pruebas en contra del acusado mediante la evitación de la confabulación con el exterior, a su vez, se puede privar al-

imputado de utilizar todas las pruebas que considere oportunas para su defensa, y ello porque la situación de privación de libertad es la menos indicada para proceder a una labor de búsqueda de tales medios de defensa.

Tampoco son admisibles, como objetivos, el impedir que el acusado se ponga de acuerdo con sus cómplices para subvertir el proceso mediante la distorsión de los medios probatorios o el impedir la comisión de nuevos delitos por parte del acusado. Basta con pensar en que un gran número de sujetos, desde el interior de la prisión preventiva, tiene bajo su control a los cómplices y dirigen la comisión de delitos; así, por ejemplo, los traficantes de drogas, los terroristas, los tratantes de blancas, etc.

En conclusión, pues, siguiendo estas últimas interpretaciones, se puede afirmar que la finalidad de asegurar la instrucción no constituye en sí misma una función que explique el fenómeno cautelar y que justifique el acuerdo de prisión preventiva. De lo anterior puedo decir que la prisión preventiva es una medida cautelar necesaria en nuestros días, ya que en el Derecho Positivo Mexicano no contamos aún con alternativas para substituir ésta, porque lejos de legislar en este sentido pareciera ser que lo que trata el Estado con sus reformas a la Constitución en su artículo 20 fracción I, es que se tenga menos posibilidades de alcan-

zar la libertad provisional mediante caución, ya que con la reforma mencionada de menos posibilidades de que se obtenga ésta. Anudado a lo anterior también puedo hacer incapié en - que si realmente la prisión preventiva cumpliera su finali-- dad no sería tan drástica, ni tan temeraria su aplicación, - pero desgraciadamente se abusa de ella convirtiéndola en un negocio de corrupción.

C A P I T U L O III

PRESUPUESTO DE LA PRISION PREVENTIVA

La Presunción de Inocencia.

La prisión Preventiva.

Auto de Formal Prisión.

Actos Preparatorios del Juicio.

PRESUPUESTO DE LA PRISION PREVENTIVA.

Toda reflexión sobre la presunción de inocencia ha de partir del cuál fué la motivación que tuvo en sus mismos orígenes modernos. La proclamación solemne de que --- todo ciudadano, si es acusado, tiene derecho a que se le presuma inocente hasta que una sentencia judicial declare irrevocable su culpabilidad.

El viejo enjuiciamiento criminal de la lar---guísima etapa del derecho común y de derecho intermedio, funcionaba sin seguridad alguna para el ciudadano afectado por la investigación, estaba dominado no sólo por unos poderes - omnipotentes del juez y de los órganos de la investigación - y de la acusación, sino por el principio de sospecha de culpabilidad. Con fundamento en los más vagos indicios que con frecuencia, a nuestros ojos de hoy, resultan incluso grotesco e inverosímiles, el sospechoso era tratado y reputado a - todos los efectos como un culpable con todas las gravísimas consecuencias que sobre todo en la sociedad de entonces, tal hecho comportaba. Y el que resultaba culpado una vez, quedaba culpado para siempre, ya que su culpa no se borraba del - todo a los ojos de la sociedad.

Al alborear la época moderna, los teóricos y-

los legisladores de la nueva era jurídica quisieran ver proclamado solemnemente el derecho cívico que podría hacer cesar aquél triste e injusto estado de cosas: el derecho de -- todos los ciudadanos imputados o acusados a ser considerados como inocentes hasta que los órganos judiciales pronuncien -- la última sentencia que define y establezca la certeza jurídica al respecto.

Durante la etapa de los regímenes políticos-- totalitarios, aparecía la proclamación oficial de la presunción de culpabilidad para todo indiciado en un proceso, reaparición más amenazante para la libertad civil, más tarde -- conforme a la evolución histórica se fue restableciendo en -- una parte de Europa el sistema político de derechos y libertades individuales en la cual se volvió a sentir la necesidad de proclamar entre ellos, como derecho fundamental, cívico y constitucional, aquella vieja presunción de inocencia que cubra y proteja a todo ciudadano acusado en un proceso -- penal, mientras éste dure en todas sus instancias y recursos. Es otra vez la reacción contra un pasado tenebroso y amenazante para las libetades y derechos individuales.

La historia del procedimiento penal es en --- definitiva la historia de la lucha, de la acción y de la reacción, entre el principio de autoridad y el de libertad, --- cuya compatibilización y armonización reside precisamente la

summa ars legislativa. Es históricamente cierto que cuando aparece el poder absoluto y absorbente del Estado frente al ciudadano, se hace prevalecer el interés represivo del procedimiento penal, al igual que cuando se abre paso el sentimiento de libertad y dignidad individual campea en el enjuiciamiento un deseo de tutela de la inocencia y la libertad personal, que se observa en los diferentes institutos procesales, singularmente en el régimen de la prisión preventiva.

El momento histórico actual exige al legislador el diseño de un método de enjuiciamiento criminal en el que por una parte sea eficaz la defensa, contra el delito y su adecuada represión, y por otra, la protección de la inocencia y de la libertad de la persona imputada, como fundamental garantía que el proceso moderno debe ofrecer al ciudadano. Garantía o derecho fundamental que significa no sólo que durante el proceso será considerado inocente, más allá de las limitaciones cautelares que puedan imponérsele a su libertad física (prisión preventiva) o a la disposición de sus bienes sino que si el proceso concluye favorablemente, regresará a la comunidad libre de toda sospecha y de toda culpa, ya que jurídicamente, no llegó a perder la inocencia que la ley fundamental protege.

Conforme a todo lo anterior expuesto puedo decir y reconocer que en el viejo enjuiciamiento criminal lo

que imperaba era que el sospechoso era detenido como culpable con todas las consecuencias hasta el final del proceso y aún después de la sentencia, incluso cuando ésta era absolutoria quedando frecuentemente en esa situación.

De aquí que la decisión de los revolucionarios franceses de proclamar el principio de inocencia en la declaración de derechos del hombre del ciudadano de 1789 que en su artículo 9 consagra como derecho del ciudadano la tesis expuesta con particular énfasis por Beccaria en su famosa obra de los delitos y las penas.

"A ningún hombre puede llamársele reo antes de la sentencia del juez y la sociedad no puede retirarle la protección pública sino cuando queda sentenciado que él violó los pactos bajo los cuales fué aceptado en la sociedad"¹⁹

Una vez consagrada por la declaración de derechos del hombre y el ciudadano, es tomada la presunción de inocencia por diversos instrumentos internacionales, a continuación mencionare algunos de estos.

^{19/} Vázquez Sotelo, José Luis. Presunción de Inocencia del Imputado e íntima convicción del Tribunal. Editorial Bosch, Barcelona, 1984, página 244.

Declaración universal de los Derechos del hombre formulada por la asamblea de la organización de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 que en su artículo 11 menciona que de toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su -- defensa.

Tratado de Roma el 4 de noviembre de 1950 o - Convención Europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Artículo 6, número 2 establece: Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su - culpabilidad haya sido legalmente declarada.

Estos instrumentos internacionales justifican que la presunción de la inocencia se proclama no como un derecho específico del ciudadano sospechoso, reducido al mundo restringido de los procesados o acusados, sino como un derecho cívico fundamental de todo ciudadano que le protege hasta que un proceso, seguido con todas las garantías de la ley se llegue a la evidencia o certeza jurídica de su culpabilidad.

Esta pretendida presunción de inocencia para algunos autores es errónea, ya que el criterio de que las -- normas procesales penales estén esencialmente dirigidas a la tutela de la inocencia, más inexacta es aún la opinión de -- de que en el procedimiento penal valga a favor del imputado una presunción de inocencia, por la que ese mismo imputado -- deberá ser considerado como inocente mientras no haya mediado la sentencia irrevocable de condena. Conforme a este ---- orden de ideas para Vincenzo Manzini no es justificable la -- presunción de inocencia ya que me menciona que:

"La indicada presunción de inocencia no es -- justificable siquiera ni aún como correlativo de la obliga-- ción de probar la acusación que incumbe al acusador, ya ---- porque de esta obligación no se sigue necesariamente que el imputado deba presumirse inocente, toda vez que la acusación misma está ya en parte probada por indicios que determinan -- la imputación, ya porque la prueba de la delincuencia pueda adquirirse por iniciativa del juez, ya en fin, porque normal mente ocurre que el imputado mismo trate de probar su propia inocencia a fin de destruir precisamente los elementos de -- prueba de la culpabilidad sobre los que se levantó la imputa-- ción". 20/.

20/ Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal. Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires, 1951, página 253.

Por otra parte, el derecho de defensa no tiene en modo alguno como presupuesto esencial que el individuo sea inocente; puede ser menos culpable de lo que hace aparecer la acusación, o culpable en otra forma. No hay que confundir el derecho que el imputado tiene a defenderse con la presunción de inocencia, es decir el no estar ciertos de la culpabilidad de una persona indiciada significa necesariamente dudar de su inocencia y, por tanto, no puede nunca equivaler a presumir en él la inocencia.

En contra posición con el criterio anterior, Velez Mariconde nos dice al respecto:

"De este principio de inocencia derivan también el fundamento, la finalidad y naturaleza de la coherción personal del imputado, si éste es inocente hasta que la sentencia firme lo declare culpable, claro está que su libertad sólo puede estar restringida a título de cautela, y no de pena anticipada a dicha decisión jurisdiccional, siempre y cuando se sospeche o presuma que es culpable y ello sea indispensable para asegurar la efectiva actuación de la ley penal y procesal". 21/

21/ Vélez Mariconde, Alfredo. Estudio de Derecho Procesal Penal Tomo II, Córdoba, 1956, página 20.

Lo mismo que antes se ha dicho y se repite, - la detención provisional (latu sensu) sólo podrá ser autorizada por la ley procesal cuando el juez compruebe, en el caso concreto la necesidad efectiva y actual de evitar el peligro del "daño jurídico" que podría resultar de la conducta - del imputado, ya sea porque aquél presuma que ésta realizará maniobras tendientes a ocultar o desfigurar la verdad de los hechos (borrar los rastros del delito, ocultar cosas que puedan acreditar la existencia del mismo o modificarlas, concertarse con sus cómplices o procurar falsos elementos de juicio), ya sea porque el juez tema fundadamente que el imputado eludirá con, su fuga el procedimiento penal (que no se pueda realizar cuando el proceso está rebelde), o simplemente, la ejecución penal.

En esos, casos existirá, además de una presunción de que el imputado es culpable, el peligro grave y concreto de que la ley penal no pueda ser actuada debido a su conducta, de modo que la procesal debe prever los medios que sean necesarios para evitarlo: arresto, sin la aprehensión, citación, detención y prisión preventiva.

Conforme a la presunción de inocencia y la -- prisión preventiva puedo decir que a la prisión preventiva - le es considerada como el encarcelamiento que ordenado por -- la autoridad judicial competente. Lo anterior hace exclamar-

que el mantenimiento de la prisión preventiva responde a una política de anticipación de la sanción que mal se adecua con la presunción de inocencia, es decir la adopción de esta medida está en franca contradicción con la presunción de inocencia, o esta contradicción material, consiste en imponer una pena antes de que se condene al procesado sólo formalmente puede salvarse mediante la consideración de tal privación de libertad como una medida cautelar, no una pena, tendente a asegurar el cumplimiento de la que se imponga en su día de confirmarse los motivos de sospecha racional de culpabilidad.

En definitiva, de acuerdo con el principio de inocencia que debe presidir la disciplina de todas estas instituciones y de la excarcelación que tiende a evitar o disminuir los daños de la prisión preventiva, puedo concluir que restricción a la libertad del imputado sólo puede tener carácter preventivo, cautelar y provisional (debe cesar cuando desaparezca el peligro que la justicia) y puede ser dispuesta, solamente en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva, o sea, la consecución de los fines esenciales del proceso penal.

Aunque esta necesidad debe ser verificada concretamente la ley procesal puede contener normas genera-

les que prevea las condiciones y los límites de la posible--
restricción a la libertad personal. Como sucede en los Esta-
dos Unidos de Norte América en donde hasta por los delitos--
más graves existe la posibilidad de obtener la libertad cau-
cional y para otorgar esta se atiende no únicamente a la ---
mayor o menor gravedad del delito sino tiene que ver en esen-
cia la personalidad del sujeto que presuntamente cometio un-
delito, porque no puedo olvidar que cualquier persona puede-
verse involucrado en un delito, sin importar, su cultura, su
condición social, etc., sino que en muchos casos no encontra-
mos delitos graves que son fabricados o sí, lo cual me con-
duce a pensar que debería de utilizar la prisión preventiva-
la menos posible, toda vez que es una marcada contradicción-
a la presunción de inocencia y el inculpaado olvidara todo --
menos que estuvo en la cárcel aunque al final se haya demos-
trado su inocencia y la utilización de la prisión preventiva
sólo en casos muy extremos en que el juzgador advierta peli-
grosidad por parte del individuo sujeto a proceso.

AUTO DE FORMAL PRISION

El auto de formal prisión en una resolución-- fundamental dentro del enjuiciamiento penal mexicano, consagrada constitucional y legalmente; dicho auto tiene como principal efecto la fijación de tema del proceso, es decir precisaba la actividad, iniciada desde el momento en que el --- procesado fue puesto a disposición del juez, éste, dentro -- del plazo de setenta y dos horas, resolverá la situación jurídica planteada, lo cual se dará en las siguientes formas; dictando auto de formal prisión o auto de libertad por falta de elementos para procesar o auto de sujeción a proceso, cuando la consignación se efectuó sin detenido, por delito sancionable con pena no corporal o alternativa.

El auto de formal prisión, es un acto de autoridad dentro del juicio penal, que establece.

a) La declaración del juzgador de que existen motivos bastantes para convertir la detención en prisión preventiva.

b) Que se sujeta a proceso penal al acusado - por el delito o delitos en que se funda la acción penal del ministerio público.

c) Ordena se abra el juicio en su período de instrucción y se brinda a las partes el derecho de ofrecer pruebas dentro del plazo previsto por la ley reglamentaria, facultándose el desahogo de aquéllas que lo requieran en período de instrucción.

En el juicio punitivo el auto de formal prisión, no vicia la garantía de audiencia de los gobernados; ya que al ordenarse que la detención se convierta en prisión preventiva, tiene como fin procesal asegurar que el acusado no se fugue u oculte, paralizando la marcha del proceso.

Así lo ha resuelto el segundo tribunal colegiado del tercer circuito en sentencia de amparo, al decir:

"AUTO DE FORMAL PRISION NO PUEDE SER VIOLATORIO DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL. Los autos de prisión preventiva están regidos primordialmente por los artículos 18 y 19 de la carta Magna y no por el diverso 14 ídem, lo que queda de relieve con sólo tomar en cuenta que el acto de privación a que se refiere este último numeral implica un acto de autoridad que se traduce merma de los derechos del gobernado, con la característica indispensable de que ese fin constituye el objetivo último, definitivo y natural del propio acto, lo que obviamente no ocurre al dictarse un auto de bien preso, puesto que mediante él no se priva definitivamente de libertad al encausado, sino sólo se le asegura --

preventivamente para los fines procesales con la finalidad-- de impedir que se fugue u oculte y paralice la marcha del -- procedimiento". 22/.

Todo auto de formal prisión contendrá, indispensablemente, requisitos esenciales y formales conforme el artículo 19 de la Constitución General de la República. Se consideraron como requisitos esenciales: primero, se encuentra comprobado el cuerpo del delito, y segundo la existencia de datos suficientes sobre la probable responsabilidad del procesado. Esto último puede no estar suficientemente acreditado, se requiere solamente la presunción; en cambio, el cuerpo del delito siempre debe comprobarse plenamente.

Tanto en la Constitución en su numeral 19, como en el Código de procedimiento penales para el Distrito Federal, artículo 297 establecen los requisitos formales de la -- resolución judicial a que me estoy refiriendo.

Por lo que se refiere a la Constitución se ---- señalan como requisitos formales:

22/ Ejecutoria visible en los volúmenes 127-132, sexta parte página 31, bajo el rubro: Amparo en revisión 440/79, Antonio Fernández Castillero y Coags., 10 de octubre de 1979, segundo tribunal colegiado del tercer circuito.

"El delito que se imputa al acusado, los ---- elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circuns---- tancias de ejecución".

En el artículo del Código de Procedimiento -- Penales del Distrito Federal en el que se expresa; todo auto de prisión preventiva deberá de reunir los siguientes requisitos:

I.- La fecha y hora exacta en que se dicte:

II.- La exoresión 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:

VI.- Los hombres del juez que dicte la deter-- minación y del secretario que la autorice.

El auto de formal prisión se hace por escrito principia con la indicación de la hora y la fecha en que se pronuncia, el número de la causa y el nombre de la persona-- cuya situación jurídica va a determinarse. En un resultando o varios, se hace una relación de los hechos contenidos en -- las diligencias de averiguación previa y de las practicadas durante el término de setenta y dos horas. Contendrá, así -- mismo, una parte considerativa en la que el juez, mediante -- el análisis y la valoración jurídica de los hechos imputados

al sujeto determinará si esta comprobado el cuerpo del delito; siendo así, explicará la razón por la cual estima que -- existen indicios bastantes para considerar al procesado como su posible autor.

Por último, concretamente se decreta; la formal prisión de la persona de que se trate, como presunta responsable de los hechos delictuosos que motivaron el ejercicio de la acción penal; la identificación del sujeto y los informes sobre los antecedentes o anteriores ingresos de --- este; que se giren las boletas correspondientes, se notifique la resolución y se haga saber los derechos concedidos -- por la ley al procesado, para impugnar la resolución judicial.

La fecha del auto de formal prisión reviste -- gran importancia, pues ya deje establecido que el artículo -- 19 Constitucional contiene un conjunto de garantías de libertad, que a la vez se constituyen en obligaciones ineludibles para el órgano de la jurisdicción, y aún para los terceros, -- puesto que el artículo 107, fracción XVIII del propio ordenamiento señala; Los Alcaldes y Carceleros que no reciban ---- copia autorizada del auto de formal prisión de un detenido, -- dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19, contadas desde que aquél esté a disposición de su juez, ---- deberán llamar la atención de éste sobre dicho particular, --

en el acto mismo de concluir el término, sino reciben la constancia, dentro de las tres horas siguientes, lo pondrán en libertad. De este imperativo impuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a los alcaides y carceleros, los códigos de procedimientos penales nada dicen el único cuerpo de disposiciones que aunque en forma breve, hace referencia a ello es el reglamento de reclusorios del Distrito Federal. El artículo 44 repite el contenido de la fracción XVIII, del artículo 107 Constitucional y agrega que al, transcurrir el término de las setenta y dos horas sino recibe copia autorizada del auto de formal prisión, dentro de las tres horas siguientes, pondrán al indiciado en libertad, levantando el acta administrativa correspondiente.

Los efectos jurídicos del auto de formal prisión son los siguientes: El sujeto queda sometido a la jurisdicción del juez; justifica la prisión preventiva, pero no revoca la libertad provisional concedida, excepto cuando así se determine expresamente en el propio auto (artículo 166 del Código Federal de Procedimientos Penales), situación ésta que sólo se justifica cuando durante el término de setenta y dos horas se hayan aportado elementos suficientes para adecuar la conducta o hecho a uno o más tipos penales distintos de aquellos por los que se llevó a cabo la consignación y que se tomaron en cuenta para conceder el beneficio de la libertad caucional. Es obvio que, si el auto de formal

prisión se dicta por hechos cuya sanción rebasa el término - medio aritmético a que se refiere la Constitución Política - de los Estados Unidos Mexicanos, la libertad que se había -- concedido tenga que revocarse; o bien, si el material proba- torio, aún procediendo la libertad fuese necesario incremen- tar la caución así se determinará en dicho auto; precisa los hechos por los que ha de seguirse el proceso; pone fin a la primera parte de la instrucción e inicia la segunda etapa -- de ésta.

Respecto al auto de formal prisión con suje- ción a proceso es la resolución dictada por el juez, por --- medio de la cual, tratándose de delitos sancionados con pena no corporal o alternativa, previa comprobación del cuerpo -- del delito y de la presunta responsabilidad, se resuelve la situación jurídica del procesado, fijándose la base del pro- ceso que debe seguirse.

Los requisitos de esta resolución son los --- mismos del auto de formal prisión, así como también sus efec- tos, excepto el de la prisión preventiva pues ya anote la -- prohibición constitucional para restringir la libertad ----- cuando se trata de delitos sancionados con pena no corporal- o alternativa.

Como lo vimos anteriormente el auto de formal

prisión como su nombre lo indica y de su propia naturaleza - se desprende, es cuando el procesado queda a disposición de su juez y como medida precautoria sujeto a prisión preventiva lo cual aunque considero que es una pena anticipada y pre juzgamiento de la culpabilidad de una persona no deja de ser válida actualmente aunque sus consecuencias sean demasiado graves, debiendose buscar otras soluciones.

2.- PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

A continuación iniciare este subtema titulado la pena privativa de libertad, y que algunos doctrinarios -- engloban dentro del concepto de pena corporal, pero yo considero para efectos de mi investigación que la pena corporal, es la que sufre el individuo en su persona y que son las que prohíbe el artículo 22 de nuestra Carta Magna, que en esencia establece: Quedan prohibidas las penas de mutilación, -- infamia, la marca los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie.

Como puedo ver el numeral anterior se refiere a la pena corporal, pero yo al referirme a la pena privativa de libertad estoy hablando de otra, diferente de la corporal y que consiste única y exclusivamente en la reclusión que -- sufre como sanción el individuo al infringir el orden jurídico.

Por pena corporal debo de entender aquella -- que en supersona ha de sufrir el imputado, el concepto de la misma debe haber variado según la época: muerte, mutilación, azotes, etc. para la antigüedad. Trabajos forzados, raciones de pan y agua, en otras más recientes. En la actualidad han quedado reducidas a una sola, la privativa de la libertad, -- más la excepcional de muerte para ciertos delitos.

La prevención de la ley en el sentido de que sólo por delito que merezca pena corporal habra lugar a prisión preventiva, para la época que se vive estan obvio y tan elemental, que se ha convertido en un axioma del derecho y -- por lo mismo no requiere demostración. Seria absurdo, inconcebible, tener privado de libertad a un sujeto, para que --- después con motivo de la sentencia fuera puesto en libertad y condenado solamente al pago de una multa.

Sin embargo, lo anterior puede suceder cuando a un sujeto a prisión preventiva en la sentencia se le sustituye la prisión impuesta por una multa en los términos del -- artículo 70 fracción I del Código Penal.

El mandato constitucional en su artículo 18 -- párrafo primero dice a la letra: Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. Sin embargo-- en el derecho positivo se pueden dar lugar a tres situacio-- nes distintas.

a) Que el delito sea sancionable con pena corporal no sustituible por sanción económica.

b) La de que el delito pueda ser castigado -- con pena corporal o sanción económica.

c) La de que el delito sea sancionable con -- multa.

En el primer caso, la procedencia de la prisión preventiva es indiscutible. En el segundo la prisión -- preventiva también es procedente, en virtud de que, no será -- sino hasta en que la sentencia cause ejecutoria cuando se -- sepa si la pena procedente es la de prisión o la de multa, -- En el tercer caso la prisión preventiva no es procedente en -- acatamiento del mandato constitucional que se estudia. En -- éste caso el auto de formal prisión consistirá en un simple -- mandamiento de sujeción a proceso que tendrá por efecto, --- entre otros el de señalar cual es el delito por el que se -- va a seguir el proceso.

La doctrina actual sostiene, casi en forma -- unánime, que para la procedencia de la prisión preventiva es indispensable que la pena aplicable al delito cometido y por el cual va a ser procesado el sujeto, sea privativa de la -- libertad y no alternativa con otra, es decir que la pena sea necesariamente privativa de la libertad.

Esta exigencia es obvia en virtud de que si la pena prevista por el legislador para el delito cometido no es privativa de la libertad o, siéndolo, está señalada en forma alternativa con otra, cabe la posibilidad de que el juzgador, en la sentencia final, imponga la pena no privativa de la libertad; en consecuencia, resultaría completamente injusto, y hasta absurdo, privar al inculpa-do de su libertad durante el proceso, a título de prisión preventiva. Además, se daría el caso de que la medida cautelar fuera más represiva que la pena.

Por otra parte, el artículo 21 de la Constitución dice lo siguiente: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial la cual estará bajo la autoridad y mando de aquel".

En este artículo se da la separación entre el órgano jurisdiccional y el órgano que ejercita la acción penal, ya que la imposición de las penas será propia y exclusiva de la autoridad judicial y la persecución de los delitos será incumbencia del Ministerio Público y la policía judicial la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato.

de aquel. La persona ofendida por el delito podrá poner a disposición del Ministerio Público y del juez instructor todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño, pudiendo comparecer él o su representante legal en la audiencia y alegar lo que a su derecho convenga en las mismas condiciones que los defensores, Artículos 9 y 70 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

La función que atribuye el artículo 21 Constitucional al Ministerio Público es la de persecución de los delitos al igual que a la policía judicial la cual estará a su mando, verificando la persecución en su desarrollo según que los hechos presuntivamente delictuosos serán flagrantes o no flagrantes. En el caso de ser flagrantes se tomará la denuncia o querrela con base en el artículo 20 fracción III Constitucional. En caso de ser flagrante de delito cuya punibilidad es privativa de libertad, en que la captura del sujeto puede ser realizada por cualquier persona, misma que tiene el deber de poner al detenido y a sus cómplices a disposición de la autoridad inmediata (artículo 16 Constitucional) en caso de que ésta autoridad no sea el Ministerio Público recibirá al detenido pero deberá remitirlo inmediatamente al Ministerio Público.

La averiguación previa se encuentra prevista -

en el artículo 19 Constitucional que dispone:

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

El Maestro Rivera Silva enfoca a la Averiguación Previa como la función persecutoria, la cual se divide en la actividad investigadora y el ejercicio de la acción penal consistente en perseguir los delitos o lo que es lo mismo en buscar y reunir los elementos necesarios, adquiriendo la certeza de la existencia de éstos y los autores de los mismos y hacer las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les aplique las consecuencias establecidas por la Ley.

El objeto de la averiguación previa es comprobar el cuerpo del delito que se imputa al acusado, los elementos que lo constituyen y la probable responsabilidad.

La finalidad de la averiguación previa será -

de acuerdo a la interpretación que se haga del artículo 19--
Constitucional.

Artículo 19 "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un autoformal prisión, en el que se expresará: el delito que se imputa al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación...".

La interpretación del artículo 19 Constitu---
cional que realiza el Legislador común atribuyendo al Ministerio Público la averiguación previa, para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del acusado. Es incorrecta ya que dicha función debería de ser ante la autoridad jurisdiccional en donde tanto el acusador público, --- como el acusado en un lapso no mayor de 3 días tratará de -- demostrar la existencia o no del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y el acusado tratando de demostrar -- su inocencia bajo la supervisión del juez, presentando cada una de las pruebas que estimen pertinentes de acuerdo a derecho.

Al realizar el Ministerio Público la averiguación previa como autoridad administrativa, va a desahogar -- ante sí mismo pruebas, teniendo inclusive a su contraparte -

detenido a su disposición, sin nadie que supervise las funciones que realiza, en tanto que reúne los elementos que --- constituyen el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de su detenido.

Para el Ministerio Público al realizar la --- averiguación previa y arrogarse las funciones de investigación, siendo una autoridad administrativa, la ley no lo obliga como al juez a conceder al detenido los derechos que le - otorga la Constitución. Marginando al detenido en sus derechos Constitucionales y quedando el Ministerio Público en una posición ventajosa. Al momento de tener conocimiento la autoridad jurisdiccional al ejercitarse la acción penal el Ministerio Público ya tiene elaborado todo tipo de pruebas y solo - en esta fase el detenido tiene derecho para comenzar a defenderse.

En la practica de las actuaciones que realiza el Ministerio Público, no se toman en cuenta las pruebas que puedan presentar el detenido. Es facultativo para el Ministerio Público el tomar o no las pruebas que ofrezca el detenido

El Ministerio Público no puede considerar las pruebas de la defensa del inculcado por que el no es una --- Autoridad Jurisdiccional para darle un valor probatorio, ya - que el es parte del proceso y no órgano de decisión.

En la averiguación previa que realiza el ----- Ministerio Público de acuerdo a la interpretación del legislador común del Artículo 19 Constitucional, al acreditar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad en el pliego de consignación a la autoridad jurisdiccional el tipo penal se constituye con las pruebas de cargo no considerando las pruebas de descargo que pudiese haber presentado el detenido.

Conforme a lo que establece al Artículo 16 de la Constitución, la Averiguación Previa, puede ser iniciada a través de una denuncia, acusación o querella.

DENUNCIA.- Es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público, de la posible comisión de un delito perseguible de oficio.

ACUSACION.- Es la imputación directa que hace una persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la parte ofendida.

QUERELLA.- Es la manifestación de voluntad formulada por el sujeto pasivo o parte ofendida, o en su defecto a través de un apoderado, con el fin de que el Ministerio Público, tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que inicie la averiguación previa correspondiente, o en su caso ejercite la acción penal.

C A P I T U L O I V

CONSECUENCIAS DE LA PRISION PREVENTIVA

- 1.- Duración.
- 2.- Indemnización.
- 3.- Derecho en la Privación de la Libertad.
- 4.- Suspensión de Derecho por la privación de la libertad.

CONSECUENCIAS DE LA PRISION PREVENTIVA.

1.- DURACION

Es evidente que la prisión preventiva no debe prolongarse de modo indefinido, en el medievo se procuraba la celeridad en las causas en que habían presos preventivamente. Para impedir el grave daño, tan frecuente en la realidad, que causa el prolongado encarcelamiento, se han ideado varios sistemas.

a) El de la Caducidad, en cuyos términos una vez transcurrido cierto plazo cesa automáticamente la prisión; este sistema fue recogido en el código penal italiano de 1914, substituido por el de 1930, hoy vigente.

b) El de la revisión, conforme al cual la autoridad debe revisar periódicamente el fundamento de la prisión, en Alemania, el juez ha de revisar de oficio si ésta debe subsistir, a los dos meses de haberse decretado y después sistemáticamente, cada tres meses.

c) El eclético, en el que se aceptan tanto la revisión periódicamente como la cesación del encarcelamiento después de corrido cierto plazo.

Conforme a los sistemas antes descritos, también es importante hacer referencia a todos los sistemas ---

jurídicos del mundo que se esfuerzan por establecer garantías fundamentales encaminadas a determinar la duración de la prisión preventiva.

Se han establecido convenciones, pactos, declaraciones, etc., con respecto a la duración de la prisión preventiva. En seguida habre de mencionar a algunas de ellas

Como primer punto podría decir que la garantía relativa a la duración máxima de la detención preventiva no se encuentra prevista sino en las Constituciones Griegas (artículo 5), Italiana (artículo 13), las cuales respecto a la fijación de los términos mismos reenvían a la ley secundaria, y la Mexicana (artículo 20 fracción VIII), que fija ella misma los términos máximos.

La Convención Europea, conforme al pacto llevado a cabo con cada uno de los Estados partes, estableció en su artículo 9 fracción III y IV que:

Artículo 9 fracción III.- Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada -- sin demora ante un juez u otro funcionario autroizado por la ley ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable a ser puesta en libertad.

Fracción IV.- Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuere ilegal.

La Convención Americana en su artículo 7 fracción V y VI, referente al Derecho a la libertad personal -- establece:

Artículo 7 fracción V.- Toda persona detenida o retenida debe ser 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 a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso, su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Fracción VI.- Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el -- arresto o detención fueran ilegales.

El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades en su artículo 6 establece:

Artículo 6.- Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, quien decidirá sea sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

Por lo que hace al derecho mexicano, una ---- limitación perentoria de la preventiva debiera desprenderse de la fracción VIII del artículo 20 Constitucional; los plazos de ahí se fijan para la conclusión del proceso han de -- presidir, con mayor razón, el cesamiento automático de la -- prisión. Empero, esto no se ha aceptado, a lo sumo la ley -- secundaria casi sólo repite el precepto constitucional.

En este terreno, el artículo 20 fracción X -- contiene una última disposición; la prisión preventiva no se prolongará por deudas o responsabilidad civil, en lo absoluto, ni por más tiempo del que como máximo fijare la ley al delito que motivó el proceso.

2.- INDEMNIZACION.

Los posibles errores judiciales que afectan a personas absueltas condenados a prisión por tiempo inferior al cumplido en prisión preventiva o a penas privativas de -- libertad, han de indemnizarse o compensarseles, es decir, --

cuando la pena impuesta no cubra en todo el tiempo transcurrido en prisión preventiva, La indemnización viene a ser una especie de responsabilidad civil del Estado, fundada en el error judicial consistente en sospechar de quien no era autor o partícipe en delito alguno o de quien, siendo luego culpable de un delito, no mereció pena privativa de libertad o, mereciéndola no resultó ser ésta de tanta duración como se esperaba. En definitiva, indemnización por una falsa previsión judicial que ocasionó injusta privación de libertad en términos cualitativos o cuantitativos.

Respecto a la Indemnización se han establecido, Convenciones, Pactos y Declaraciones, etc., que han examinado este derecho de Indemnización.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York 16 Diciembre-1966), en su artículo 9, fracción V y 14 fracción VI, establece:

Artículo 9, Fracción V.- Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Al respecto del artículo anterior, México se reservó con una declaración interpretativa que dice:

"Artículo 9, párrafo V.- De acuerdo con la -- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus leyes reglamentarias todo individuo goza de las garantías -- que en materia penal se consagran y en consecuencia, ninguna persona podrá ser ilegalmente detenida o presa. Sin embargo si por falicidad en la denuncia o querrela, cualquier individuo sufre un menoscabo en este derecho esencial, tiene entre otras cosas, según una reparación efectiva y justa". 23/

Artículo 14, fracción VI.- Cuando una sen---- tencia condenatoria firme haya sido anteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o - descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tál sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en -- todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el he-- cho desconocido.

Al respecto la Convención Americana en su --- artículo 10, establece el derecho a la indemnización conforme a la ley que tiene toda persona en caso de no haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

23/ Archivo Histórico Diplomático Mexicano. Convenciones - sobre Derechos Humanos. Secretaría de Relaciones Exteriores, México 1981, página 59.

El pacto Internacional de derechos civiles y políticos en su artículo 9, fracción V me dice que: Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

También el convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en su numeral 5 establece: Toda persona víctima de un arresto o de una detención en condiciones contrarias a las disposiciones del presente artículo, tiene derecho a una reparación.

La indemnización de las personas que hubieran sufrido una detención preventiva injustificada o abusiva, el cual se encuentra previsto. Entre los países Europeos y por las constituciones de Grecia e Italia, y entre los latinoamericanos, por las constituciones de Chile, El Salvador, Nicaragua y Paraguay.

En algunos ordenamientos extranjeros la absolución del procesado tras prisión preventiva (o simplemente tras proceso que culmine en sentencia absolutoria), puede traducirse en derecho de indemnización a favor de aquél y en contra del Estado. Semejante posibilidad está recogida en las constituciones de Chile (artículo 20) y Japón (numeral 40).

El derecho de indemnización, no existe en --- México, pero detalladamente lo estableció el código de Martínez de Castro (artículo 344 al 348) que en síntesis dice: -- Que cuando el acusado, sea absuelto no por falta de pruebas sino por haber justificado su completa inocencia en el delito de que se le acusó y se le declare así en sentencia definitiva, este podrá pedir se cubra los daños y perjuicios que se le hayan causado en el proceso. Asimismo, podrá pedir --- este pago al quejoso o contra el denunciante si estos se --- constituyen auxiliares del Ministerio Público o que sus denuncias sean calumniosas o temerarias, en este supuesto también los funcionarios públicos tendrán que cubrir los gastos del juicio criminal cuando en el desempeño de su oficio, --- hagan temeraria o calumniosamente una acusación o denuncia. -- Con esto puedo decir que el que causa a otro daños y perjuicios o le usurpa alguna cosa, está obligado a reparar aquellos y a restituir ésta, que es en lo que consiste la responsabilidad civil.

Por lo anteriormente puedo concluir, que ---- actualmente en el Derecho Positivo Mexicano, no se encuentra regulado el derecho a la indemnización por concepto del ---- error judicial, es por ello que en el pacto internacional de derechos civiles y políticos ya mencionado con antelación, - vimos como México hace una reserva en lo referente a este -- derecho, por lo cual considero que el Estado no quiere asu--

mir su responsabilidad por errores judiciales, que afectan, a un individuo sujeto a proceso penal y que ha sido absuelto por un tribunal judicial.

3.- DERECHOS EN LA PRIVACION DE LA LIBERTAD

Siendo la prisión preventiva una de las instituciones procesales penales más graves e injustas, en la se les juzga, a pesar de no ser todavía declarados culpables con demasiada frecuencia tanto la sociedad como el Estado, pero este último principalmente, olvidan que cualquier individuo sujeto a esta medida tienen derechos, ante este problema el derecho va reaccionando no sólo desde un aspecto interno sino internacional. Es por lo tanto que existen derechos consagrados nacionales e internacionales. En este capítulo estudiaremos ambos.

A lo largo del desarrollo del derecho internacional han existido instrumentos o costumbres que regulaban ciertos aspectos de las relaciones necesarias entre Estados, pero que, al mismo tiempo implicaban o reconocían, sea por su contenido sea por sus efectos, ciertos derechos a los individuos y en ocasiones establecían ciertos mecanismos destinados a garantizar los derechos reconocidos a los particulares ya fuese individualmente considerados, bien perteneciendo a un cierto grupo de personas o formando parte de -

una población entera.

Las disposiciones jurídicas relativas a ----- libertad y seguridad personales, especialmente en materia en penal, forman parte medular también de toda declaración, --- convención, pacto o cualquier otro instrumento internacional sobre derechos humanos. En efecto, es indiscutible el derecho de todo ser humano de no ser detenido o condenado ni ilegal ni arbitrariamente y, de la misma manera el derecho a -- una buena administración de justicia, que lleve un proceso-- penal con las debidas garantías. Sin embargo, en la práctica son justamente las garantías que protegen al individuo contra la acción ilegal o arbitraria por parte de los órganos-- del Estado las más comunes y frecuentemente vulneradas.

Entre los tratados internacionales que hacen referencia a la prisión preventiva tenemos.

La Convención Europea que fue firmada en ---- Turín el 18 de octubre de 1961 y en su artículo 3 señala, -- nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que fue firmada en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966 que su artículo 10 fracción I señala, toda persona -

privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente de los condenados.

Fracción II.- Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas.

Fracción III.- Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad para su enjuiciamiento.

La Convención Americana firmada en Bogotá el 2 de mayo de 1948 que en su numeral 5 fracción IV señala, -- los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un -- tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

Con respecto al derecho positivo mexicano, -- constitucionalmente se protege al privado de su libertad, -- para evitar que la sanción o la prisión preventiva se extienda a otros castigos, sufrimientos o pérdida de derechos, -- por encima de lo que estrictamente es legalmente permitido, -- a la vista de un respeto a la dignidad humana que corresponde.

por igual a las personas que no han transgredido la ley y --
aquéllas cuya inocencia está en duda o ya se ha comprobado --
legalmente su responsabilidad penal o administrativa.

Diversas disposiciones constitucionales se re-
fieren a esta situación, destacando el artículo 18 que esta-
blece la teleología de la pena, el primer párrafo de dicha --
disposición señala: Sólo por delito que merezca pena corpo-
ral habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será--
distinto del que se destinará para la extinción de las penas
y estarán completamente separados y la parte final del segun-
do párrafo, que dice las mujeres compurgarán sus penas en --
lugares separados de los destinados a los hombres para tal --
efecto.

Ya he analizado ampliamente la problemática --
que plantea la prisión preventiva, como mal necesario que --
debe aplicarse a los acusados de un delito, ignorándose si-
son inocentes o culpables, pero contra los cuales aparecen --
indicios o pruebas que hacen posible su responsabilidad, mo-
reciendo por lo tanto que legalmente se les sujete a un pro-
ceso dentro del cual debe asegurarse materialmente que esta-
rán en todo momento a la disposición de su juez, utilizán---
dose una medida cautelar.

La cabeza del artículo 18 comienza por lo ---

tanto por garantizar que la prisión preventiva no podrá ---- aplicarse a una persona acusada de un delito que en ningún - caso merecería la pena corporal, sino tan sólo la pecunaria, o bien una pena alternativa, ya que sería absurdo que quien en un momento dado no va a sufrir una sanción que signifique la pérdida de su libertad, comience por padecer una pena que no podría ser impuesta finalmente.

La separación de las personas en los sitios-- en que sufre prisión preventiva, de aquellos otros en que se extingue penas ya decretadas firmemente, es una consecuencia de todo lo anterior, ya que resultaría doblemente infamante-- no distinguir entre responsables plenos y responsables, ---- razón por la cual se otorga una garantía constitucional para evitarlo y demás la prisión preventiva y la prisión como --- pena tiene diversos fines.

La misma razón existen en los dispuesto en la parte final del segundo párrafo del artículo comento que --- obliga a separar a las mujeres que compurgan sus penas de -- aquellos lugares destinados para el mismo fin pero respecto de los hombres, prohibiendo con ello la promiscuidad entre - hombres y mujeres que sufran pérdida de la libertad,

No cabe duda que siempre debe preferirse no - desvincular a un menor infractor de su ambiente natural. ---

Pero a la vista de necesidades concretas, en casos extremos, de ordenar la internación de los menores infractores en establecimientos especiales para su tratamiento, imponiendo la obligación a la federación y a los gobiernos de los Estados, de crear dichas instituciones, que por supuesto se traduce en una garantía en favor de los propios menores infractores, los cuales no deben ser internados en las cárceles o penitenciarías para adultos para ajustarse así a la disposición constitucional.

El artículo 19 párrafo final hace mención que para evitar todo maltrato en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal y toda gabela o contribución en las cárceles, actitudes que son calificadas ahí como abusos. Por su parte la fracción II del artículo 20 prohíbe rigurosamente toda incomunicación, que aunque se menciona como medio para compeler a un acusado para declarar en su contra, evidentemente contiene un mandato en sí, independientemente del motivo que se tenga para sostener una incomunicación de los privados de su libertad.

Cabe mencionar que los derechos sociales del individuo en prisión preventiva no sólo se consagra en disposiciones constitucionales sino también en leyes secundarias y reglamentos, es el caso de la ley de normas mínimas y el reglamento de reclusorios del Distrito Federal.

La ley que establece las Normas mínimas ---- sobre readaptación Social de sentenciados, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 19 de mayo y que contiene unas disposiciones acerca de la prisión preventiva, que en su numeral 6o. párrafo tercero, establece: El sitio en que se desarrolla la prisión preventiva será - distinto del que se destine la extinción de las penas y -- estarán completamente separados. Las mujeres quedarán reclusas en lugares separados de los destinados a los hombres. Los menores infractores serán internados en su caso, en instituciones diversas de las asignadas a los adultos.

El reglamento de reclusorios del Distrito -- Federal que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de agosto de 1979 y está integrado por 153 -- artículos y 3 preceptos transitorios mismo que debería darse a conocer a los reclusos. En el momento de que son - internados ya que también esta consagrado en el reglamento en su numeral 18.

Dentro del capítulo de generalidades se consagran una serie de derechos sociales que señalan a continuación.

Artículo 9.- Se proscribe toda forma de violencia física o moral y actos o procedimientos que menos -

caben la dignidad de los internos; en consecuencia la autoridad no deberá realizar en ningún caso actos que se traduzcan en tratos inhumanos, denigrantes o crueles, torturas o exacciones económicas.

Igualmente queda prohibido al personal de los reclusorios aceptar o solicitar de los internos o de terceros préstamos o dádivas en numerario o en especie, así como destinar áreas específicas de los establecimientos para distinguir o diferenciar a los internos mediante acomodos especiales o tratos diferentes, salvo en los casos y en las formas específicamente previstos en este reglamento.

Artículo 18.- A su ingreso se entregará a todo interno un ejemplar de este reglamento, y de un instructivo en el que constan detalladamente sus derechos y obligaciones, así como el régimen general de vida en el establecimiento.

Las autoridades de los establecimientos facilitarán a través de otros medios disponibles, que los internos se enteren del contenido del mencionado instructivo y de éste reglamento y, en especial, aquellos internos que por incapacidad física, por ser analfabetos, por desconocimiento del idioma o por cualquier otra cosa, no estuviesen

en condiciones de conocer el contenido de dichos textos.--

Artículo 20.- El Departamento de Distrito -- Federal cuidará que los reclusorios y centros de readaptación social, dispongan de los elementos materiales suficientes para que los internos reciban alimentación de buena calidad, distribuida en tres comidas al día, utensilios -- adecuados para consumirla, además de ropa de cama y uniformes apropiados al clima.

Artículo 25.- La Dirección General de reclusorios y centros de readaptación social, expedirá el manual que implantará medidas que faculten la presentación de quejas, peticiones y sugerencias para mejorar la administración de los establecimientos, el tratamiento y las relaciones entre autoridades e internos.

En todo caso estas medidas incluirán sistemas de audiencia a cargo directamente tanto de funcionarios de los establecimientos, como de sus superiores jerárquicos.

También el capítulo referente a los reclusorios preventivos se establecen algunos derechos. Así el -- artículo 36 reconoce el principio de inocencia al señalar que el régimen interior de los establecimientos de reclusión preventiva estará fundado en la presunción de la ----

inculpabilidad o la inocencia de los internos.

En el artículo 39.- Se establece la separación de prisión preventiva para mujeres y hombres, al señalar que para instalar transitoriamente a las mujeres indiciadas, los reclusorios preventivos para hombres contarán con una estancia femenil separada de las instalaciones destinadas a aquéllos.

Artículo 40.- Al ingresar a los reclusorios preventivos, los indiciados serán invariablemente examinados por médicos del establecimiento, a fin de conocer con precisión su estado físico y mental.

Cuando por la información recibida, el estudio y la exploración realizadas en el interno, el médico encuentre signos o síntomas de golpes o malos tratos lo pondrá inmediatamente en conocimiento del juez de la causa y del Ministerio Público a los que le remitirá certificaciones del caso y asentará los datos relativos al expediente que corresponda.

Artículo 41.- Desde su ingreso a los reclusorios preventivos se abrirá a cada interno un expediente personal que se iniciará con copia de las resoluciones relativas a su detención, consignación y traslado al recluso

rio, de otras diligencias procesales que corresponda y, en su caso de los documentos referentes a los estudios que se hubieren practicado.

El expediente se integrará cronológicamente y constará de las secciones siguientes: jurídica, médica, psiquiátrica, psicológica, laboral, educativa de trabajo-social y de conducta dentro del reclusorio.

Artículo 48.- Son modalidades de la prisión-preventiva, cuya adopción, cuando fuere conducente al tratamiento de los internos, pueden proponer los consejos técnicos interdisciplinarios, por conducto de los directores de los reclusorios:

I.- Visitar a grupos guiados y con fines --- educativos y culturales o de recreación y esparcimiento, - otros sitios e instituciones.

II.- Señalar para su realización un sitio -- alterno al ordinario en que se haya disminuido el rigor de las medidas cautelares.

También es importante señalar que el capítulo III, que se refiere a los reclusorios de penas privativas de libertad se encuentran algunos numerales aplicables a -

a los internos que sufren prisión preventiva.

Así el artículo 79.- Señala que los internos tienen derecho a conservar, fortalecer y en su caso, restablecer sus relaciones familiares de amistad y compañerismo para tal efecto, las autoridades de los establecimientos-- dictarán las medidas apropiadas según las necesidades del tratamiento.

Artículo 80.- Las autoridades de cada establecimiento, con sujeción a las normas y disposiciones dictadas por la Dirección General de reclusorios y centros de readaptación social, formularán y difundirán entre los --- internos y sus visitantes, instructivos que contengan los requisitos, calendarios y horarios de visita.

Artículo 81.- La visita íntima se concederá únicamente cuando se hayan realizado los estudios médicos y sociales que se estimen necesarios y se hayan cumplido-- los demás requisitos y disposiciones generales que dicten la Dirección General de reclusorios y centros de readaptación social.

Numeral 82.- Las autoridades de los reclusorios darán facilidades a los internos desde su ingreso-- para que se comuniquen telefónicamente con sus familiares--

y sus defensores. Para tal efecto, los establecimientos -- contarán con las instalaciones suficientes.

Por último el numeral 88 en su primer párrafo señala que los servicios médicos de los reclusorios velan por la salud física y mental de la población carcelaria y por régimen general del establecimiento.

En esta parte de mi trabajo he vislumbrado algunos de los derechos sociales que consagran tanto instrumentos internacionales, como disposiciones constitucionales, leyes secundarias y reglamentos de nuestro derecho positivo mexicano.

4.- SUSPENSIÓN DE DERECHOS POR LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.

Después de la vida, la libertad personal es uno de los bienes más preciados del ser humano, esto explica, el porqué todos los sistemas jurídicos del mundo se -- esfuerzan por rodearla de toda una serie de garantías fundamentales encaminadas a su protección. Consecuentemente, los instrumentos internacionales, las constituciones, las leyes secundarias y los reglamentos de los diferentes países establecen una serie de principios, condiciones y exigencias legales muy estrictas en cuanto al empleo de la -- prisión preventiva y al mismo tiempo reconocen numerosas --

pérdidas de derechos provisionales, de las personas susceptibles de ser sometidas a esta medida.

La prisión preventiva es una institución procesal penal que plantea graves y muy interesantes problemas al ser considerada desde las libertades públicas y derechos fundamentales, es decir, la prisión preventiva afecta, en principio, a casi todos los derechos fundamentales y libertades públicas consagradas tanto en instrumentos internacionales como en normas internas de cada uno de los países del mundo. Uno de los derechos más importantes que se pierden con la prisión preventiva es la libertad del individuo y que es consagrada en algunos instrumentos internacionales que mencionare en seguida.

La Convención Europea de protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, firmada en Turín el 18 de agosto de 1961 y que en su artículo 5 expresa: Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos que fije la ley y con arreglo al procedimiento legal.

El pacto de derechos civiles y políticos, firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, dispone en su artículo 9: Todo individuo tiene derecho a la liber-

tad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a -
 detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado --
 de su libertad salvo por causas fijadas por la ley y con --
 arreglo al procedimiento establecido es ésta.

La Convención Americana sobre derechos huma-
 nos, firmada en Bogotá el 2 de mayo de 1948, dispone: en --
 su artículo 7 el Derecho a la libertad personal, que toda -
 persona tiene a la libertad y a la seguridad personal.

Nadie puede ser privado de su libertad físi-
 ca salvo por las causas y en las condiciones fijadas de ---
 antemano por las constituciones políticas de los estados --
 partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

Estos son algunos instrumentos internaciona-
 les que consagran a la libertad como un derecho fundamental
 y que a su vez podrían pasar al ámbito de una suspensión -
 de derecho conforme a las leyes que lo consagran.

En seguida hare mención de algunos derechos-
 que se suspenden con la prisión preventiva dentro de nues--
 tro derecho positivo mexicano en primera instancia mencio--
 nare el marco constitucional.

En este marco constitucional queda inmersa

la prisión preventiva, a la cual me voy a referir ahora en forma específica. Lo primero que puedo afirmar, válidamente es que la prisión preventiva constituye una privación de -- la libertad.

"Y conforme a la libertad podemos decir que es uno de los derechos fundamentales que establece y protege nuestra legislación y que un estudio cuidadoso de las - disposiciones fundamentales al respecto, nos permite encontrar no únicamente el reconocimiento de esta libertad, sino también una serie de procedimientos que permiten que la misma se respete y aún se aliente, y un conjunto de normas que tienen en cuenta un orden público, que permita la vivencia dentro de un orden social. Pero el núcleo, el punto de partida es siempre la libertad, que por lo demás se da por establecido y demostrado que pertenece a la naturaleza humana Y respecto a esta última afirmación, es fácil de entender - el por qué se le considera como axiomática, ya que si el -- derecho no partiera del supuesto de que el hombre es libre, no podría sancionar los actos humanos que contradicen las - normas jurídicas, pues sin libertad no hay responsabilidad, y sin ésta no se justifica la coacción pública que sanciona por el incumplimiento de la norma". 24/

24/ V. Castro, Juventino. Garantías y Amparo. Editorial - Porrúa, México, 1983, página 17.

No obstante lo anotado, la prisión preventiva es prácticamente privación de un bien, y por cierto -- uno de los bienes más preciados del ser humano, la libertad la cual es decretada por el órgano jurisdiccional y ejecutada por el órgano ejecutivo, para el Distrito Federal por la Dirección General de Reclusorio que administrativamente depende de la Secretaría de Protección y Vialidad, acerca -- de esto los preceptos que consagran nuestra Constitución -- con respecto a la libertad y a la suspensión de esta son:

Artículo 14 párrafo II: Nadie podrá ser privado de su libertad, de su vida o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los -- tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan -- las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Artículo 16 párrafo I: Nadie puede ser molesto en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o -- detención, sino por la autoridad judicial, sin que proceda denuncia acusación o que ella de un hecho determinado que -- la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna--

de sí o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado.

Artículo 18 párrafo I: Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Artículo 19 párrafo II: Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión.

Estos son los preceptos constitucionales en las cuales se consagra en que momento se puede suspender el derecho a la libertad. Cabe mencionar que en nuestra Constitución también se encuentra plasmado un derecho social que también se suspende con la prisión preventiva y este derecho es que se refiere al capítulo IV referente a los ciudadanos mexicanos, cuyos artículos son los siguientes:

Artículo 35 (fundamento): Son prerrogativas del ciudadano:

I.- Votar en las elecciones populares

II.- Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o

comisión, teniendo las calidades que establezca la ley. ---

III.- Asociarse para tratar los asuntos políticos del país.

IV.- Tomar las armas en el ejército o guardia nacional que prescriben las leyes.

V.- Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

Artículo 38 (suspensión de este derecho) , - los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

Fracción II.- Por estar sujeto a un proceso-criminal por delito que merezca pena corporal, a contar --- desde la fecha del auto de formal prisión.

Las leyes secundarias también estipulan la - suspensión de algunos derechos por estar sujeto a prisión - preventiva. A continuación mencionare dos leyes secundarias las que puedo vislumbrar la forma en la que se suspenden -- algunos derechos, comenzare con la Ley Federal del Trabajo.

El derecho del trabajo conoce una institu--- ción a la que desde hace mucho tiempo se dió el nombre de - suspensión de las relaciones de trabajo, ésta institución - se vincula íntimamente con la idea de la estabilidad en el-

trabajo, más aún, puede afirmarse que por lo menos en el -- campo de las relaciones individuales de trabajo, su finalidad principal es la defensa del trabajador contra ciertas - circunstancias que podrían provocar la disolución de las -- relaciones haciendo relación esta institución con la pri--- sión preventiva tenemos que el artículo 42, fracción III es específica: Son causa de suspensión temporal de las obliga--- ciones de prestar el servicio y pagar salario, sin responsa bilidad para el trabajador y el patrón:

III.- La prisión preventiva del trabajador - seguida de sentencia absolutoria. Si el trabajador obró en defensa de persona o de los intereses del patrón, tendrá -- éste la obligación de pagar los salarios que hubiese dejado de percibir aquél.

"Al ser sometido a proceso un trabajador, la relación de trabajo queda automáticamente suspendida. Si el trabajador es sentenciado en forma definitiva y ello le impide el cumplimiento de la relación de trabajo, el patrón - queda autorizado para rescindir sin responsabilidad la rela ción laboral (artículo 47 XIV). De otra manera al alcanzar la libertad el trabajador, la relación se reanudará en sus términos". 25/.

25/. Buen Lozano, Néstor de. Derecho del Trabajo. Editio--- rial Porrúa México, 1985, página 68.

La ley sanciona, en este caso, dos situaciones diferentes. Por una parte, establece la suspensión si el trabajador está preventivamente en prisión, lo que quiere decir que no es el proceso, sino la medida cautelar lo que suspende la relación laboral, que es el punto principal en la cual versa nuestro trabajo. Por la otra este mismo precepto sanciona la conducta al permitir que el patrón rescinda el contrato que celebró con quien fue condenado por sentencia ejecutoriada.

Es claro, de acuerdo con lo anterior, que si el, trabajador sometido a proceso se encuentra en libertad provisional, el patrón no podrá suspenderlo por efecto del proceso salvo que tuviera otras causas para ello. De la misma manera si el trabajador que se encuentra en libertad provisional la pierde por efecto de sentencia definitiva, esta última situación permitirá al patrón rescindir la relación del trabajo.

Otra ley Federal que señala en que casos se suspenden derechos por estar sujeto a prisión preventiva, es la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales, la cual tiene como finalidad garantizar el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, la organización funcionales y prerrogativas de partidos políticos y asociaciones políticas nacionales y regula la preparación

desarrollo y vigilancia de los procesos electorales ordinarios y extraordinarios que se celebren para elegir a los -- integrantes de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Referente a la pérdida de los derechos en razón de prisión preventiva los artículos 12, 14, 122 y 135 son aquellos que mencionan los supuestos de pérdida de derechos.

Artículo 12.- De conformidad con las disposiciones constitucionales, ejercerán el voto activo los ciudadanos mexicanos, varones y mujeres que hayan cumplido 18 -- años de edad, se encuentren en ejercicio de sus derechos -- políticos, estén inscritos en padrón electoral y no encuentren bajo impedimento legal.

Artículo 14.- Son impedimentos para ser elector:

Fracción I: Estar sujeto a proceso criminal por delito que merezca pena corporal, desde que se dicte -- auto de formal prisión.

Artículo 35.- La depuración tendrá por ab-- jeto excluir del padrón electoral la inscripción de los ciudadanos registrados, cuando se encuentren comprendidos en -- los siguientes casos:

Fracción II: Se encuentren suspendidos en el ejercicio de los derechos o prerrogativas ciudadanas por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 38 de la Constitución, en lo conducente.

Fracción V: Estar sujeto a un proceso por --delito que merezca pena corporal, a partir de la fecha del auto de formal prisión.

Por último es también necesario mencionar al reglamento interior de los reclusorios del Distrito Federal En él encuentre en una disposición que también tiene como --efecto de la prisión preventiva la suspensión de un derecho por la simple razón de estar sujeto a esta medida cautelar.

En su artículo 24 se señala: Queda prohibido que los internos de los centros de reclusión desempeñen cargo o empleo alguno en la administración de los reclusorios o que ejerzan funciones de autoridad o de representación o mandato de sus compañeros ante las autoridades.

En resumen puedo decir que por el simple ---hecho de estar sujeto a prisión preventiva los ciudadanos -mexicanos ven suspendidos algunos derecho que están consa--grados en la Constitución Mexicana bajo el rubro de garan-

tías individuales. Este análisis que he realizado tiene como finalidad el resaltar algunos derechos y suspensión de - derechos que con motivo de la prisión preventiva son introducidos a nuestro orden jurídico.

C A P I T U L O V.

MEDIDAS ALTERNATIVAS.

- 1.- Libertad bajo Caución.
- 2.- Libertad bajo Protesta.
- 3.- Limitación de Residencia.
- 4.- Obligación de Comparecer.

V.- MEDIDAS ALTERNATIVAS.

La libertad provisional bajo caución constituye en la práctica la única medida alternativa a la prisión preventiva, se encuentra regulada en la Constitución en su numeral 20 fracción I, que establece: Inmediatamente que lo solicite el acusado será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades merezca ser sancionado con pena cuyo término medioaritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se

cometió el delito.

Si el delito es intencional y representa --- para su autor un beneficio económico o causa a la víctima - daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido a los daños y perjui- cios patrimoniales causados.

Si el delito es proterintencional o impruden- cial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores.

1.- LIBERTAD BAJO CAUCION.

La corrección de los males que causa la más- característica medida precautoria del procedimiento penal, - la prisión preventiva, se obtenía mediante la libertad ---- provisional.

En mi derecho la hay bajo caución o bajo pro- testa. Las reformas de 1971 al procedimiento penal estable- cieron la libertad previa que se solicita ante el Ministe- rio Público y que no es otra cosa que la libertad provisio- nal bajo caución ante dicha autoridad.

La avolución de esta institución procesal ha sido de altibajos, así para el constituyente de 1917, sólo se aplicaba cuando la pena de prisión no rebasaba de cinco años de prisión, sin embargo principalmente a la práctica y a la doctrina se logro, imponer el criterio del término medio aritmético de cinco años, lo cual garantizo una mayor oportunidad de obtenerla. A partir de la reforma al numeral constitucional de 1985 sufre un retroceso por agregarsele para su conseción el estudio de los agravantes.

La prisión preventiva tiene por objeto evitar una posible evasión de la justicia y en tanto que ello puede lograrse recurriendo a otros medios que no perjudiquen la libertad, considero se les debe dar cabida. Este es el fundamento de la libertad bajo caución el cual, en términos sumamente generales, se puede definir como el incidente promovido por el inculpado, su defensor o su legítimo representante, en cualquier tiempo (artículo 557 del código del Distrito y 400 del código Federal) con el objeto de obtener su libertad mediante cuación que garantice la sujeción del propio inculpado a un órgano jurisdiccional. La libertad bajo caución es el derecho otorgado por la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos a todo sujeto objeto de un procesamiento, para que, previa satisfacción de ciertos requisitos especificados por la ley, pueda obtener el goce de su libertad, siempre y cuando el término medio -

aritmético de la pena no exceda de cinco años de prisión. --

La libertad bajo caución es la medida cautelar, que evita o suspende la privación de la libertad provisional de un imputado, ordenada por autoridad competente, - mediante el otorgamiento de una garantía, y lo sujeta a diversas obligaciones dentro del proceso penal.

El fundamento de la libertad caucional radica en el hecho de que el interés público de garantizar la - efectividad de la sentencia admite una graduación mayor a - menor, de acuerdo con la gravedad del delito objeto del proceso, de manera que cuando el procesado es presuntamente -- responsable de un delito de menor gravedad, la prisión preventiva puede ser sustituida por la caución, es decir, la - pignus corporis se cambia por la pignus pecuniae, la pri--- sión por el dinero.

La libertad caucional arranca del supuesto - de que el delincuente, habida cuenta de sus circunstancias personales, de la gravedad del delito cometido, de la penalidad que a éste convenga y del temor de perder la garantía no se sustraerá a la acción de la justicia. Ahora bien, la - consideración de estos elementos puede quedar confiada al - juez, en mayor o menor medida al vincularse a una valora--- ción prejudicial, legislativa, que se traduzca en norma de-

imperio para el juzgador, concediendo o negando de plano la libertad caucional en presencia de determinados datos objetivos. Este último es el criterio seguido por el derecho -- mexicano.

"En los casos en que proceda consiguientemente, no siempre y de manera invariable, se le debe hacer (al imputado) el derecho que tiene para obtener su libertad bajo caución, diciéndole o explicándole lo que debe de hacer para obtenerla. De no proceder dicha libertad, es conveniente hacerle saber, que por las circunstancias y naturaleza de la acusación, no procede". 26/.

Los sujetos procesales con capacidad para -- solicitar la libertad bajo caución son: el inculpado y el -- defensor. Por lo que hace al momento y a las condiciones: -- la libertad caucional puede solicitarse en cualquier momento procedimental. Esto quiere decir que podrá hacerse en -- primera o segunda instancia, y aún después de haberse pronunciado sentencia por el tribunal de apelación, cuando sea solicitado amparo directo.

26/ García Ramírez, Sergio. *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*. Editorial Porrúa, México, 1985, --- página 143.

Del contenido en el texto de la fracción I-- del artículo 20 de Constitución Política de los Estados --- Unidos Mexicanos, se corrige que para conceder la libertad-cauacional habrán de tomarse en cuenta los siguientes elementos.

a) Las circunstancias personales del acusado (peculiaridades del sujeto-edad-educación-estado-civil-condiciones-económicas, etc.).

b) La gravedad del delito.

c) Las modalidades del delito.

d) Que el delito merezca ser sancionado con pena, cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco-años de prisión.

e) Las particulares circunstancias personales del imputado.

f) Las circunstancias personales de la víctima.

Los límites mínimos de la libertad bajo caución son: En todo juicio de orden criminal, el acusado inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisoria bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio

aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más - requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad judicial, u otorga otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

Los límites máximos de la libertad bajo caución son: La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

Si el delito es intencional y representa --- para su autor un beneficio económico o causa a la víctima - daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

En el procedimiento penal del fuero común y en el federal, figuran como causas de revocación de la libertad bajo caución las siguientes: desobedecer, sin causa jug

ta y comprobada, el juez o tribunal que la concedió; cometer un nuevo delito sancionado con pena corporal, antes de que la causa en el que se lo concedió la libertad esté concluido por sentencia ejecutoriada; amenazar a la parte ofendida o a algún testigo de los que hayan declarado o tengan que declarar en el proceso, o tratar de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, al juez, al agente del Ministerio Público o al secretario del juzgado o tribunal que conozca de la causa; la renuncia del propio interesado; que en el curso de la instrucción apareciere que el delito o los delitos imputados tienen señalada pena corporal, cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años; que en proceso a que ha estado sujeto cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia; que el juez o tribunal abriguen temor fundado de que se fugue u oculte; que el tercero que haya garantizado la libertad pida que se le releve de la obligación y presente al procesado, acusado o sentenciado; que con posterioridad se demuestre la insolvencia del fiador y por último en todos aquellos casos en que el beneficiario no cumpla con las obligaciones a que antes hicimos referencia (artículo 568 y 569 C.P.D.F. y 412 y 413 del Federal).

2.- LIBERTAD BAJO PROTESTA.

La libertad bajo protesta, también llamada -

"protestatoria", es un derecho otorgado (por las leyes Adjetivas) al procesado, acusado o sentenciado por una conducta o hecho, cuya sanción es muy leve, para que previa satisfacción de ciertos requisitos legales y mediante una garantía de carácter moral, obtenga su libertad provisional.

En contraposición a la libertad caucional, -- la libertad provisional bajo protesta no es una garantía -- consagrada por la Constitución Política; es un hecho establecido por las normas legales del procedimiento, para cuya obtención, no se requiere satisfacer ningún requisito de -- tipo económico, como en aquella, sino de orden moral; "La -- palabra de honor del procesado". Siendo así, es un derecho potestativo para el beneficiario; en cambio, el órgano jurisdiccional está obligado a concederla, siempre y cuando -- estén satisfechas las exigencias legales del caso.

La libertad bajo protesta, introducida en -- México a través de las leyes secundarias, es válidamente -- deducible de la fracción I del artículo 20 constitucional. -- El razonamiento es muy sencillo; el legislador ordinario no tiene facultades para restringir una garantía, pero si la tiene para ampliarla.

En consecuencia, con base en la fracción I -- del artículo 20, tal como hasta ahora ha sido aplicada, no

hay impedimento para sustituir a la garantía en dinero por una protesta, tampoco hay impedimento en la Constitución para otorgar la libertad bajo protesta en todos aquellos casos en que el término medio aritmético de la punibilidad necesariamente privativa de la libertad no exceda de cinco años. Lo que no debe perderse de vista es la función que va a cumplir la protesta; devolver la libertad a las personas que, por no tener a su alcance recursos económicos, no pueden --- otorgar ni la garantía en dinero ni la garantía hipotecaria o personal. Dicho de otra manera; la libertad bajo protesta nunca debe de ser concedida a quienes, por tener a su alcance recursos económicos, si pueden entregar la suma de dinero o, al menos, garantizar su entrega mediante caución hipotecaria o personal.

Ahora bien, en el marco de la prisión preventiva apuntado por la doctora Olga Islas, dice "Ya no tiene cabida la libertad bajo protesta; y no la tiene porque en los delitos que no son graves la solución es dista; no hay prisión preventiva".

La libertad bajo protesta es un derecho otorgado al procesado por las leyes adjetivas para que mediante una garantía de carácter moral obtenga su libertad provisional. Para su legal procedencia, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 552 dice;

Libertad protestatoria es la que se concede al procesado siempre que se llenen los requisitos siguientes:

I.- Que el acusado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siga el proceso.

II.- Que su residencia en dicho lugar sea de un año, cuando menos.

III.- Que al juicio del juez, no haya temor de que se fugue.

IV.- Que proteste presentarse al tribunal o juez que conozca de su causa, siempre que se le ordene.

V.- Que sea la primera vez que delinque el inculpado.

VI.- Que se trate de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión.

El Código Federal señala los mismos requisitos en su artículo 418, pero exige también; que el inculpado tenga profesión, oficio, ocupación o medio honesto de vivir.

En el procedimiento del fuero común procederá también la libertad, aún sin haberse satisfecho los requisitos mencionados, en los siguientes casos;

a) En los casos señalados por el párrafo se--

gundo de la fracción X del artículo 20 Constitucional, cuyo texto indica: "Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivarse el proceso.

b) Cuando habiéndose pronunciado sentencia -- condenatoria en primera instancia, la cumpla integralmente el acusado y éste pendiente el recurso de apelación (artículo 555 C.P.P.D.F.).

La libertad deberá solicitarse por el procesado, acusado o sentenciado, o por su legítimo representante en el procedimiento del fuero común ante el juez correspondiente, y en el fuero federal, ante el respectivo Juez de -- Distrito. Tomando en cuenta la naturaleza de la libertad protestatoria y además las disposiciones legales que la gobiernan ésta procede en cualquier momento del proceso, es decir, desde que el probable autor del delito ha sido puesto a disposición del juez y no solamente en sentencia. También la -- Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal por -- conducto del C. Procurador General de Justicia del Distrito Federal emitió el acuerdo número A/030/89. en el cual dispone que el Ministerio Público adscrito a los juzgados promueva la libertad bajo protesta a inculcados, al efecto mencionando que en "México el advenimiento del Ministerio Público, aunque partiendo de las ideas de Venustiano Carranza y de la

Comisión del Constituyente de Queretaro de 1917 dictaminadora del artículo 21, no fue preparado únicamente para solicitar imposición de penas.

Que en consecuencia el Código de procedimientos penales para el Distrito Federal establece al Ministerio Público competencia para promover justicia pronta, seguir -- los incidentes autorizados y pedir la libertad del detenido cuando ésta proceda. El presente acuerdo establece que los -- agentes del Ministerio Público adscrito a los juzgados en -- materia penal, de primera instancia o de paz, del Distrito -- Federal, deberán solicitar a dichos órganos jurisdiccionales la libertad protestatoria de los inculpados en todos y cada uno de los procesos donde aquéllos hayan acreditado los si-- guientes requisitos:

a) Que tengan domicilio fijo, y conocido y -- sus residencias en dicho lugar sean de un año cuando menos; -- que se acredite con constancia de la Delegación Política del Departamento del Distrito Federal o Ayuntamiento.

b) Que acrediten haber observado antes de la comisión del delito, buena conducta mediante carta de reco-- mendación de reconocida solvencia moral.

c) Que sea la primera vez que delinquen.

d) Que se trate de delitos cuya pena máxima -- no exceda de dos años de prisión.

- e) Que tengan una actividad o trabajo lícitos
- f) Que proteste presentarse ante el juez que conozca de su causa, cuando así fuere requerido para ello.

La libertad protestatoria puede revocarse en los casos siguientes.

Artículo 554 (CPPDE).

I.- Cuando se viole alguna de las disposiciones de los artículos 552 y 553 CPPDF.

II.- Cuando recaiga sentencia condenatoria -- contra agraciado ya sea por primera o en segunda instancia.

Artículo 421 (CFPP).

I.- Cuando el inculpado desobedeciere, sin -- causa justa y probada la orden de presentarse al tribunal -- que conozca de su proceso.

II.- Cuando cometiere un nuevo delito, antes de que el proceso en que se le concedió la libertad está con cluido por sentencia ejecutoria.

III.- Cuando amenazare al ofendido o algún testigo de los que de puesto o tengan que deponer en su proceso o trataré de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, -- a algún funcionario del tribunal o al agente del Ministerio-Público que intervenga en su proceso.

IV.- Cuando el recurso del proceso apareciere

que el delito merece una pena mayor que la señalada en la --
fracción I del artículo 418.

V.- Cuando dejare de concurrir alguna de las-
condiciones expresadas en las fracciones III, V y VI del ---
artículo 418.

VI.- Cuando recaiga sentencia condenatoria --
contra el inculpaado y ésta cause ejecutoria.

A pesar de que, como arriba dije, la Constituti
ción no establece el derecho a la libertad bajo protesta, al
menos no en forma expresa, tal derecho, en la forma en la --
que actualmente aparece reglamentado en nuestras leyes, ----
encuadra perfectamente con el sistema general de nuestro de-
recho penal. Tal sistema, aparecerá entonces escalonado en -
la siguiente forma.

1) Delitos que no merecen pena corporal. En -
este caso el acusado no podrá ser sometido a prisión preven-
tiva (artículo 18 Constitucional).

2) Delitos que son sancionados con pena corpo-
ral hasta dos años de prisión. En este caso es posible que -
el acusado pueda, eventualmente, distraer del beneficio de--
la condena condicional (artículo 90 C.P.). Sin tener que ---
pagar efectivamente la pena privativa de libertad, puede en-
tonces obtener su libertad mediante la simple protesta.

3) Delitos sancionados con pena cuyo término-

medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión. En este caso, el acusado puede obtener su libertad bajo caución.

4) Delitos graves, sancionados con pena cuya medida aritmética es mayor de cinco años de prisión. En este el acusado no podrá disfrutar de la libertad bajo caución y deberá, necesariamente, ser sometido a prisión preventiva.

El campo de la tercera hipótesis se amplía -- hasta cubrir el campo de la segunda, lo que quiere decir que en los delitos sancionados con pena cuyo máximo no excede de dos años de prisión, el acusado puede, en principio, solicitar la libertad bajo protesta o bajo caución.

Por desgracia, en la práctica la libertad -- bajo protesta es poco usual la razón es que a los jueces no les gusta admitir la responsabilidad de que un procesado se fugue cuando ellos le concedieren la libertad bajo protesta creyendo que no se fugaría y no ven con buenos ojos este -- tipo de libertad. Por lo tanto este tipo de libertad a caído en deshuco como si la legislación vigente no contemplara, -- por eso considero que el acuerdo del cual menciono anteriormente, emitido por la Procuraduría General de Justicia del -- Distrito Federal es un avance en materia penal por considerar que se trata de revivir la letra muerta de una parte de -- nuestra ley secundaria y no olvidar que el Ministerio Público

medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión. En este caso, el acusado puede obtener su libertad bajo caución.

4) Delitos graves, sancionados con pena cuya medida aritmética es mayor de cinco años de prisión. En este el acusado no podrá disfrutar de la libertad bajo caución y deberá, necesariamente, ser sometido a prisión preventiva.

El campo de la tercera hipótesis se amplía -- hasta cubrir el campo de la segunda, lo que quiere decir que en los delitos sancionados con pena cuyo máximo no excede de dos años de prisión, el acusado puede, en principio, solicitar la libertad bajo protesta o bajo caución.

Por desgracia, en la práctica la libertad -- bajo protesta es poco usual la razón es que a los jueces no les gusta admitir la responsabilidad de que un procesado se fugue cuando ellos le concedieron la libertad bajo protesta creyendo que no se fugaría y no ven con buenos ojos este -- tipo de libertad. Por lo tanto este tipo de libertad a caído en deshuso como si la legislación vigente no contemplara, -- por eso considero que el acuerdo del cual mencione anteriormente, emitido por la Procuraduría General de Justicia del -- Distrito Federal es un avance en materia penal por conside-- rar que se trata de revivir la letra muerta de una parte de -- nuestra ley secundaria y no olvidar que el Ministerio Público

es una institución de buena fe, que aparte de la persecución de los delitos también en algunos casos y bajo ciertas circunstancias al inculpaado, con esto pienso que se esta actuando conforme a un Estado de Derecho.

3.- LIMITACION DE RESIDENCIA.

El subtema que ahora tratare consiste en otra medida alternativa a la prisión preventiva diferente y autónoma de las de libertad bajo caución y libertad bajo protesta aunque las dos anteriores si las contempla la ley, la limitación de residencia no está regulada por nuestra legislación penal autónomamente, pero no por ello es menos importante hablar de ella como una medida alternativa, para sustituir la prisión preventiva.

Así mismo los numerales 301 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y el 205 del Código Federal de Procedimientos Penales, en resumen nos dicen que cuando por la naturaleza del delito o de la pena el procesado no debe de ser internado en prisión preventiva y haya temor fundado de que se sustraiga de la acción de la justicia, el Ministerio Público pedirá el arraigo del indiciado. Por lo que puedo apreciar de los artículos anteriores, se desprende que sólo en circunstancias especiales como es cuando la sanción aplicable al delito merezca pena alternativa -

o no privativa de libertad. Por lo tanto considero que el -- arraigo o limitación de residencia debería de tener reformas para introducir más ampliamente y autónomamente ésta, a man-- ra de que pudiera operar como una medida cautelar sustitui-- ble de la prisión preventiva y no como se contempla en nues-- tros actuales códigos, sólo a nivel de averiguación previa.

La prisión preventiva no debe ir más allá del mal necesario, que lo es tal mientras no haya condena, rem-- plazarla cuando sea posible a juicio del juez por simple li-- mitación de residencia, esto es, no se tiene la libertad de-- viajar de un lado a otro o cambio de domicilio sin previo -- consentimiento del juez de la causa penal.

Esta medida alternativa es contemplada en los códigos de procedimientos penales, Italiano en su artículo - 184, que faculta al juez para ordenar que el imputado se que-- dará lejos, en un determinado lugar. El proyecto de código - de procedimientos penales Alemán de 1908 prevé en su párrafo 122 las limitaciones de residencia.

Otro proyecto, el del código procesal penal - para Bolivia de 1945, prevé en su artículo 267 el arresto pro-- visional en el domicilio, la presentación al juzgado u otra-- autoridad en fechas determinadas, y el no ausentarse del lu-- gar sin autorización judicial.

En lo que respecta a la legislación Argentina el código de procedimientos penales de la provincia de Buenos Aires de 1915, establece como condiciones las de fijar domicilio por parte del juez y no ausentarse de él por más de 24 horas sin autorización.

En resumen considero que la limitación de residencia como medida alternativa a la prisión preventiva se le puede dar una aplicación práctica en nuestra legislación para que determinados casos y a criterio del juzgador se pueda remplazar la prisión preventiva por esta medida cautelar, ya que los modernos códigos de procedimientos penales en el mundo ya consagran esta medida cautelar como sustituto a la prisión preventiva.

4.- OBLIGACION DE COMPARECER

Otra medida alternativa a la prisión preventiva es la llamada obligación de comparecer, esta es otra medida cautelar que creo que debiera existir en nuestra legislación penal, ya que en la actualidad sólo se cuenta como medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva la libertad bajo caución y la poca usual bajo protesta.

Al igual que en lo relativo al arraigo, también la obligación de comparecer se encuentra regulada en -

los numerales 271 relacionados con el 132 del código de procedimientos penales del Distrito Federal y 135 del código Federal de procedimientos penales los cuales en síntesis me dice. Cuando el Ministerio Público en averiguación previa - deja libre al presunto responsable, porque el delito que se le imputa no de lugar a detención porque sea alternativa o no privativa de libertad lo prevendrá, para que comparezca ante el mismo, para prácticas de averiguación previa y concluida ésta, ante el juez que siga conociendo del asunto y en su caso el Ministerio Público pedirá la orden de comparecencia para que el inculpado rinda su declaración preparatoria.

Como puedo ver de los numerales anteriores - la obligación de comparecer sólo existe en determinados --- casos, que el delito cometido tenga fijada como sanción --- pena alternativa o no privativa de libertad, por lo que --- propongo que exista ésta, como una medida cautelar autónoma e independiente a manera de que no esté condicionada y sea un verdadero sustituto.

La obligación de comparecer, consiste en --- que el individuo sujeto a un proceso penal se le ha permitido gozar de su libertad por medio de la medida cautelar, ya mencionada se le previene para que comparezca tantas veces como sea requerido por el juez de la causa penal o ante ---

otra autoridad que designe el juzgador ya que así lo han contemplado los modernos códigos de procedimientos penales en el mundo, y que a continuación hare una breve referencia de los cuerpos jurídicos y sus numerales correspondientes, así tenemos que.

El código procesal penal para Bolivia de ---- 1945, que prevé en el artículo 267, la presentación al juzgado u otra autoridad en fechas determinadas, y el no ausentarse del lugar sin autorización judicial.

Por lo que respecta a la legislación Argentina el código de procedimientos penales de la provincia de -- Buenos Aires de 1915, establece como condiciones concurrir los días que se determine a la repartición policial respectiva, esto lo contempla los numerales 173 y 174 del código ya mencionado.

En Francia, la reforma de 1970 fue la de poner a disposición del juez de instrucción una amplia gama de medidas de sustitución de la prisión preventiva. Estas medidas agrupadas bajo el nombre de control judicial artículo 738 -- párrafo V del código de procedimientos penales nos señala que el inculpado deberá presentarse periódicamente a los servicios o ante las autoridades designadas por el juez.

De lo anterior concluyo que la obligación -- de comparecer, como medida alternativa sustitutiva de la -- prisión preventiva sería una buena forma de solucionar el -- problema de la sobrepoblación en reclusorios preventivos, -- ya que con esta medida cautelar integrada a nuestra ley --- penal, le serviría al juzgador para aplicar otras medidas - diferentes a la prisión preventiva.

VI.- CONCLUSIONES.

Primero, referente al desarrollo histórico de la privación de la libertad, en el pasado ha dado lugar a -- críticas extremadamente violentas e implacables a grado tal, que se le consideró la lepra del proceso penal. Pero al mismo tiempo fue justificado como un mal necesario.

Segundo, en lo que se refiere a la naturaleza y fines de la prisión preventiva, no puedo considerarla una pena por ningún motivo, ya que así lo he constatado através del análisis de las diferentes teorías justificativas de la pena. La prisión preventiva es una medida cautelar para asegurar la presencia del inculpado y el conocimiento de la verdad real y ahí su naturaleza y fines.

Tercero, la privación de la libertad por ser en primer término una contra dicción al principio de presunción de inocencia en cuanto que se está aplicando una pena - anticipadamente, porque cuando se somete a prisión preventiva a un individuo solamente hay indicios de culpabilidad y - no una responsabilidad total.

Cuarto, como puedo ver en el apartado respectivo tenemos que la prisión preventiva, no se puede decretar sino es cumpliendo dos requisitos; el primero la existencia-

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

- 1.- ARCHIVO HISTORICO DIPLOMATICO MEXICANO. Convenciones -- sobre Derechos Humanos.
- 2.- ASENCIO MELLADO, José María. La Prisión Provisional. Editorial Civitas, Madrid, 1987.
- 3.- BECCARIA, Cesare. Tratado de los delitos y las penas. - Editorial Porrúa, México, 1987.
- 4.- BUEN LOZANO, Néstor de. Derecho del Trabajo. Editorial - Porrúa, México, 1985.
- 5.- BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Español.- Editorial Ariel, Barcelona-España, 1984.
- 6.- CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Editorial --- Porrúa, México, 1988.
- 7.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Porrúa, México, 1988.
- 8.- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, México, 1986.

- 9.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.-
Editorial Porrúa, México, 1988.
- 10.- CUELLO CALON, Eugenio. La Moderna Penología. Editorial-
Bosch, Barcelona-España, 1974.
- 11.- CUESTAS G, Carlos. Funciones Históricas de la Prisión -
Preventiva Anuario de Derecho, año XIII, no.13, Panama,-
1984.
- 12.- CUEVA, Mario de la. El Nuevo Derecho del Trabajo. Edito-
rial Porrúa, México, 1985.
- 13.- GARCIA RAMIREZ, Sergio. El Artículo 18 Constitucional:-
Prisión Preventiva, Sistema Penitenciario, Menores In--
fractores. UNAM, México, 1967.
- 14.- GARCIA RAMIREZ, Sergio y Victoria Adato de Ibarra. Pron-
tuario del Proceso Penal. Editorial Porrúa, México, 1988.
- 15.- KANT, Emmanuel. Principios Metafísicos de la Doctrina -
de Derecho UNAM, México, 1978.
- 16.- LEY FEDERAL DE ORGANIZACIONES POLITICAS Y PROCESOS ELEC-
TORALES. Ediciones de la Gaceta informativa de la Comi-
sión Federal Electoral, México, 1988.

- 17.- LEY FEDERAL DEL TRABAJO. Editoriales Mexicanos Unidos,- México, 1989.
- 18.- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. Editorial Porrúa México, 1988.
- 19.- MANUEL. Historia Antigua y de la Conquista de México.-- Editorial Porrúa, México, 1960.
- 20.- MANZINI, Vicenzo. Tratado de Derecho Procesal. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.
- 21.- MONSEN, Teodoro. El Derecho Penal Romano. Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1976.
- 22.- PALLARIS, Eduardo. El Procedimiento Inquisitorial. Editorial Imprenta Universitaria, México, 1951.
- 23.- REGLAMENTOS DE ECLESIARIOS DEL DISTRITO FEDERAL. Publicado en el Diario Oficial de la Federación, México, 24 de agosto 1979.
- 24.- REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA. Procuraduría General de la República, México, Julio-Agosto 1982.

- 25.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús. Detención Preventiva en el Orden Jurídico Interamericano. Revista Veracruzana -- Tomo 30, no.3, UNAM, México, Julio-Septiembre, 1981.
- 26.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús. La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado. UNAM, México 1981.
- 27.- ROXIN, Claus. Problemas básicos del Derecho Penal. Editorial Reus, Madrid, 1976.
- 28.- V. CASTRO, Juventino. Garantías y Amparo. Editorial Porrúa, México, 1983.
- 29.- VAZQUEZ SOTELIC, José Luis. Presunción de Inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal. Editorial -- Bosch, Barcelona, 1984.
- 30.- VELEZ MARICORDI, Aliredo. Estudio de Derecho Procesal Penal. Tomo II, Córdoba, 1956.
- 31.- ZARCO, Francisco. Historia del Congreso Extraordinario Constituyente de 1856-1857. Talleres de la Ciencia Jurídica, México, 1984.