

190
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**"ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES Y SUSTITUTIVOS
DE LA PRISION PREVENTIVA"**



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES

T E S I S

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

JORGE CLISERIO CONCEPCION CRUZ GOMEZ



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

ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES Y SUSTITUTIVOS
DE LA PRISION PREVENTIVA

INTRODUCCION XII

CAPITULO I

LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES

1.- Introducción 1
 2.- Denominación 4
 3.- Naturaleza y Justificación 7
 4.- Concepto 13
 5.- Las Providencias Cautelares en el Derecho Penal Mexicano 16
 6.- Características 18

CAPITULO II

ORIGEN Y EVOLUCION DE LA PRISION PREVENTIVA

1.- Introducción 22
 2.- Antecedentes Histórico-Jurídicos: 25

 I) La Prisión Preventiva en el Derecho: 25

 A) Griego; 25
 B) Romano; 29
 C) Canónico; 41
 D) Medioevo; 47
 E) Español 50

VI

II) La Prisión Preventiva en el Derecho Mexicano:	54
A) Legislación Prehispánica;	54
B) Legislación Colonial;	55
C) Regulación en el Contexto del Derecho Constitucional:	59
a) Constitución Política de la Monarquía Española de 19 de marzo de 1812;	60
b) El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1823;	61
c) Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 4 de octubre de 1824;	61
d) Leyes Constitucionales de 29 de diciembre de 1836;	62
e) Bases de Organización Política de la República Mexicana de 13 julio de 1843;	63
f) Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 15 de mayo de 1856;	64
g) Constitución Política de la República Mexicana de 5 de febrero de 1857;	65
h) Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865	66
D) Regulación en el contexto de algunas leyes importantes y los Códigos de Procedimientos Penales:	67
a) Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia de los Tribunales y Juzgados del Fuero Común de 16 de diciembre de 1853 (Ley Lares);	67
b) Ley para Juzgar a los Ladrones, Homicidas, Heridores y Vagos de 5 de enero de 1857 (Ley Montes);	69
c) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, de 1880;	70
d) Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 6 de julio de 1894;	77
e) Código Federal de Procedimientos Penales de 16 de diciembre de 1908;	80
f) Código de Organización, de Competencia y de Procedi- mientos en Materia Penal, para el Distrito Federal y Territorios, de 4 de octubre de 1929	83

VII

CAPITULO III

LA PRISION PREVENTIVA EN EL DERECHO MEXICANO VIGENTE

1.-	Introducción	87
2.-	Conceptos: Aprehensión, Detención y Prisión Preventiva	90
3.-	Procedencia de la Aprehensión y Detención:	98
I)	Aprehensión y Detención Mediante Orden de Autoridad Judicial Competente:	98
	A) Requisitos para el Libramiento de la Orden de Aprehensión: 100	
	A) 1.- Requisitos de Fondo;	101
	A) 2.- Requisitos de Forma;	102
II)	Los Casos de Excepción:	102
	A) Flagrancia	103
	A) 1.- Flagrancia por Equiparación:	104
	a) Delito Cuasiflagrante;	105
	b) Presunción de Flagrancia	105
	B) Urgencia	106
III)	Duración de la Detención	109
IV)	Duración de la Averiguación Previa	112
4.-	Auto de Formal Prisión y Prisión Preventiva	114
I)	Requisitos del Auto de Formal Prisión:	121
	A) Requisitos de Fondo;	122
	B) Requisitos de Forma;	123
II)	Efectos del Auto de Formal Prisión	125

VIII

III) Semejanza y Diferencia entre estos dos Institutos:	126
a) Semejanza;	126
b) Diferencia	126
5.- Naturaleza y Finalidades de la Prisión Preventiva	127
6.- Características de la Prisión Preventiva:	128
I) Duración	128
II) Terminación e Interrupción	130
III) Condiciones del Encarcelamiento	137
7.- Aplicabilidad de la Ley de Normas Míminas y el Reglamento de Reclusorios a la Prisión Preventiva	139
8.- Efectos:	149
I) Cómputo de la Preventiva a la Pena	150
II) Indemnización	152
Jurisprudencia	153

CAPITULO IV

LA LIBERTAD PROVISIONAL, SUBSISTENCIA Y SUS- TITUTIVOS DE LA PRISION PREVENTIVA Y ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA INSTITUCION

1.- Introducción	172
2.- La Libertad Provisional:	175
I).- Libertad Bajo Caución	178
II).- Libertad Protestatoria	180
III).- Libertad por Desvanecimiento de Datos	181
IV).- Libertad por Falta de Elementos para Procesar	183

IX

3.- Observaciones sobre el Régimen de la Prisión Preventiva:	184
I).- Derechos Humanos	184
II).- Críticas e Inconvenientes de la Institución	189
III).- Subsistencia o Insubsistencia	191
4.- Sustitutivos de la Prisión Preventiva:	194
I) Medidas que pueden imponerse:	195
A) Medidas Eliminatorias;	195
B) Medidas de Control:	195
a) La Libertad Provisional;	196
b) La Libertad Bajo Protesta;	196
c) La Condena Condicional;	197
d) La Probation;	198
e) La Parole;	200
f) La Libertad Preparatoria;	201
g) Sursis;	202
h) El Principio de Oportunidad	202
C) Medidas Patrimoniales:	202
a) Caución de no Ofender;	202
b) La Confiscación Especial;	202
c) Clausura del Establecimiento;	202
d) La Caución	202
D) Medidas Terapéuticas:	203
a) Tratamiento Médico Obligatorio;	203
b) Hospital Psiquiátrico;	203
c) Hospital de Concentración;	203
d) Intervenciones Quirúrgicas	203

E) Medidas Educativas:	204
F) Medidas Restrictivas de Derechos:	204
a) Suspensión Temporal o Definitiva de la Licencia de Manejo;	204
b) Privación de Derechos de Familia;	204
c) Privación de Derechos Cívicos;	204
d) Prohibición de Ir o Residir en Lugar Determinado;	204
e) Limitación al Ejercicio de Profesión o Empleo	205
II) Carácter Discrecional de las Medidas	206
III) Naturaleza Jurídica de estas Medidas	207
IV) Oportunidad de Imponerlas	210
5.- La Sentencia Indeterminada	211
6.- Consideraciones Finales	213
CONCLUSIONES	217
BIBLIOGRAFIA	222

A B R E V I A T U R A S

CFPP

Código Federal de Procedimientos Penales.

CPPDF

Código de Procedimiento Penales para el
Distrito Federal.

C

Constitución Política de los Estados
Unidos Mexicanos

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

El presente trabajo trata sobre "Algunos aspectos procesales y sustitutos de la prisión preventiva", institución que constituye una de las medidas privativas de la libertad de más importancia en el derecho penal.

Es necesario no confundir las penas privativas de la libertad con las penas corporales. Algunos autores incluyen dentro de las corporales a las privativas de libertad. Aquí hay un error de concepto. Si bien ambas penas recaen directamente sobre la persona del imputado, éstas afectan bienes jurídicos distintos. Las penas privativas de la libertad afectan la libertad del ser humano, mientras que las corporales afectan su integridad física. La pena corporal implica un castigo que se infiere en el cuerpo del penado, en cambio, la pena privativa de la libertad no tiene como finalidad producir un sufrimiento corporal al condenado, sino intimidarlo y corregirlo mediante la privación del más preciado bien jurídico que tiene el hombre: la libertad.

En el derecho punitivo contemporáneo, es de gran importancia la pena de prisión y las demás penas privativas de la libertad; estas penas constituyen la base del derecho criminal.

El tema de la prisión preventiva adquiere relevancia debido a los cuestionamientos que ha tenido principalmente en los últimos años. Entre los cuestionamientos que ha tenido la institución tenemos los relativos a la eficacia de sus fines, los efectos nocivos que ocasiona y el hecho de que se prive de la libertad y se esté castigando anticipadamente a una persona cuya responsabilidad aún está en tela de juicio.

En este contexto, la elección del tema nació, pues, de la necesidad de un mayor conocimiento de las finalidades de la prisión preventiva, la regulación que contienen las leyes primarias y secundarias, la evolución o involución que ha sufrido y, sobre todo, los instrumentos que existen y a través de los

XIII

cuales se puede limitar o sustituir dicha medida cautelar, limitando su aplicación a los casos más indispensables atendiendo las críticas de que es objeto, debido a los efectos perniciosos que ocasiona dicha institución.

El presente trabajo lo dividimos en cuatro partes procurando darles un orden lógico. En la primera de ellas tratamos de explicar qué son las medidas cautelares y su finalidad, ya que la institución que estudiamos es una de ellas.

En la segunda parte tratamos el origen y el desarrollo de la prisión preventiva en el ámbito externo como interno.

En una parte más, tratamos en exclusiva la regulación que tiene la medida cautelar en el derecho mexicano vigente. En este punto intentamos concentrar e interpretar algunos aspectos procesales y disposiciones que atañen a la prisión preventiva.

Concluimos nuestra exposición refiriéndonos a la libertad provisional, subsistencia y sustitutivos de la prisión preventiva haciendo algunas observaciones sobre la institución.

Cabe aclarar que estaremos satisfechos con el presente trabajo de tesis si es que puede realizar alguna aportación, aún cuando indudablemente sería modesta, si la hubiese. Por otra parte, si llegasen a existir aciertos en el mismo, es mérito exclusivo de los que me apoyaron y lo hicieron posible; no así los desaciertos, los cuales son obra exclusiva del sustentante.

Es justo y necesario destacar que esta tesis no se hubiera hecho realidad sin la colaboración, consejos y apoyo material que generosamente me brindaron varias personas; así, a fin de no caer en el error de omitir mencionar a alguna de ellas, simplemente me limitaré a agradecer a todas aquellas que directa o indirectamente contribuyeron a cristalizar este trabajo.

En el entendido de que estoy en deuda con gran cantidad de personas, no quiero terminar estas líneas sin dejar de reconocer que mi deuda de gratitud es aún mayor con el licenciado Rafael Rivera Rodríguez, persona de quien

recibí ayuda y orientaciones inapreciables en la revisión y corrección de los manuscritos y borradores.

También quiero agradecer la desinteresada y noble ayuda que me proporcionaron la señorita Patricia Barrera Basilio y la señora Lidia Montoya Gaytán, quienes, a costa de sacrificar horas de descanso, tienen el mérito de haber elaborado a máquina los manuscritos y hacer las correcciones a los borradores, hasta la transcripción final del trabajo.

Por último, también debo agradecimiento invaluable al licenciado Cipriano Gómez Lara, Director del Seminario de Derecho Procesal, y al señor juez, licenciado Alfonso Corona Tapia, director de la presente tesis, su colaboración en la revisión de este trabajo.

CAPITULO I

LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Denominación. 3.- Naturaleza y Justificación. 4.- Concepto. 5.- Las Providencias Cautelares en el Derecho Penal Mexicano. 6.- Características.

1.- Introducción.

En los diferentes ordenamientos jurídicos existen una serie de instrumentos que tienen como finalidad evitar que se ocasionen daños y perjuicios, o por lo menos buscar que éstos sean mínimos, a cualquier persona que pueda tener un interés jurídico, anticipando los efectos de la sentencia de fondo y su eventual ejecución, o bien mantener la situación existente hasta en tanto se dicta dicha sentencia, estos instrumentos son las providencias cautelares.

El vocablo cautelar deriva de caución, que significa garantía. Entonces, las medidas o providencias cautelares o precautorias, como las denominaremos indistintamente en el desarrollo de este sencillo trabajo, son con la finalidad de garantizar la incoación y desarrollo del proceso, así como la ejecución de la sentencia firme dictada con motivo del mismo. Es decir, las medidas cautelares otorgan una ejecución provisional de la sentencia, provisionalidad que se convierte en definitividad cuando la resolución es firme; buscan, en síntesis, la eficacia del proceso y la eventual ejecución de la sentencia dictada en el mismo.

A fin de ubicar y precisar el presente estudio en el contexto jurídico, mencionaremos que existe una gran variedad de clasificaciones que se realizan

de los juicios (1). Así, tenemos que en cuanto a su materia hay juicios civiles, penales, laborales, mercantiles, etcétera. También suelen clasificarlos (clasificación hecha sobre todo con referencia a los civiles más no es propia y exclusiva de ellos) de acuerdo a su plenitud o limitación del conocimiento en sumarios y plenarios; en razón del orden de proceder en ordinarios y plenarios rápidos; en razón de su generalidad o especificidad de los litigios en ordinarios y especiales; en cuanto a su cuantía de los juicios ordinarios se clasifican en mayor, menor y mínima; de acuerdo a la forma predominante en orales y escritos; en razón del contenido patrimonial del litigio se clasifican en universales y singulares; en cuanto a las facultades que conceden en inquisitorial, dispositivo y publicista; en cuanto a su desarrollo en procesos con unidad de vista y preclusivos; en cuanto a su definitividad en uninstanciales y binstanciales y en razón de su finalidad se suelen clasificar en procesos de conocimiento o de cognición, ejecutivos y cautelares. (2)

(1) Hablamos de juicio como sinónimo de proceso, no como una parte de éste, como claramente se desprende de lo que se afirma. El vocablo proceso viene del Derecho Canónico; derivación de procedo: avanzar. Según Menéndez y Pidal, citado por: Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. México, Porrúa, 1970, p. 638.

(2) Ovalle Favela, José. Derecho Procesal Civil. México, Harla, 1980, pp. 35 y ss. Gómez Lara, Cipriano. Derecho Procesal Civil. México, Trillas, 1984, pp. 15 y ss. Las denominaciones: de acuerdo a las facultades que conceden; a su desarrollo, y en cuanto a su definitividad, es a criterio nuestro, por considerar que dichas denominaciones son según la forma de los procesos que se indican.

Es sobre esta última clasificación, la teleológica, en la que fijaremos nuestra atención, concretamente en los denominados procesos cautelares, ya que el instituto de la prisión preventiva, tema del presente trabajo, en particular, se encuentra contenido dentro de la generalidad de las providencias precautorias a mencionar a continuación.

Sólo agregaremos que en este capítulo trataremos el porqué de la denominación de providencias precautorias, la naturaleza y justificación de las mismas, concepto, las existentes en materia penal, así como las características de dichas medidas, destacando nuevamente en que se hizo necesaria la presencia de las mismas en razón de que la prisión preventiva constituye una de ellas, la de mayor importancia y controversia en el procedimiento penal, porque restringe a las personas de su libertad, el bien jurídico más importante del ser humano, después de la vida, sin que previamente haya existido un juicio, en el que se le haya oído y determinado su responsabilidad por medio de sentencia firme que así lo decreta.

2.- Denominación.

En los textos procesales así como en la doctrina, existe una gran variedad terminológica para denominar a las providencias cautelares.

Así tenemos que las llaman: medidas de seguridad, medidas cautelares, providencias precautorias, medidas de garantía, medidas de conservación, actos cautelares, procesos cautelares; acciones preventivas, etcétera.

En efecto, algunas de las denominaciones que les dan algunos textos son por ejemplo: en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, en vigor ubi- ca dentro de dichas medidas a los embargos preventivos y del aseguramiento de bienes litigiosos (artículos 1397-1428); el Código Adjetivo Civil Italiano de 1942, las califica de procedimientos cautelares (libro cuarto, título primero, capítulo III); la Ordenanza Procesal Civil Alemana (ZPO), de 30 de enero de 1877, actualmente en vigor en las dos repúblicas alemanas las contempla como embargo preventivo y medidas provisionales de seguridad (artículos 916-945). (3)

En cuanto a la doctrina encontramos que: para Becerra Bautista son procesos o procedimientos cautelares (4); para Fairén Guillén es proceso cautelar (5); Fix-Zamudio y Ovalle Favela las denominan indistintamente medidas

(3) Fix-Zamudio, Héctor. "Algunas reflexiones sobre la suspensión de los actos reclamados en el procedimiento ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal", en Revista del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, México, núm. 2, 1973, vol. 1, p. 18. Además, Goldschmidt, James. Derecho Procesal Civil. 2a. ed. alemana, trad. Leonardo Prieto Castro, Impreso en Barcelona, Labor, 1936, pp. 746 y ss.

(4) Becerra Bautista, José. El Proceso Civil en México. México, Porrúa, 1979, p. 419.

(5) Fairén Guillén, Víctor. Temas del Ordenamiento Procesal, t. II. Madrid, Tecnos, 1969, pp. 899 y ss.

o providencias precautorios o cautelares (6); García Ramírez las llama medidas cautelares (7); para Miguel Fenech son actos cautelares (8); para Castillo Larrañaga y De Pina son medidas cautelares (9); para Sentís Melendo existen como medidas cautelares y precautorias (10); Ugo Rocco las llama acciones conservativas o cautelares (11); para Chiovenda son medidas provisionales de cautela o de conservación (12); para Calamandrei son providencias cautelares (13); estos son algunos de los nombres con que se conoce a dichas medidas.

(6) Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José. Estudios de Derecho Procesal. México, UNAM, 1981, p. 56.

(7) García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. México, Porrúa, 1977, pp. 465 y ss.

(8) Fenech, Miguel. Derecho Procesal Penal, t. II. Impreso en España, Labor, 1952, p. 120.

(9) Castillo Larrañaga, José y De Pina, Rafael. Instituciones de Derecho Procesal Civil. México, Porrúa, 1950, p. 311.

(10) Sentís Melendo, Santiago. Estudios de Derecho Procesal, t. I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, p. 256.

(11) Rocco, Ugo. Teoría General del Proceso Civil. Trad. del Lic. Felipe de J. Tena, México, Porrúa, 1959, p. 222.

(12) Chiovenda, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil, t. I. Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1936, p. 297.

(13) Calamandrei, Piero. "Definición de las Providencias Cautelares", en Foro de México. Nº LVIII, México, 1958, p. 58.

Los jurisconsultos las han estudiado como acción (acción asegurativa o cautelar) dirigida a la emanación de estas providencias; también como proceso (proceso cautelar), a través del cual se construye una de estas providencias; y también como providencia por sí misma (providencia cautelar), distinguiéndose por sus propios caracteres de todas las otras providencias jurisdiccionales. (14)

Para Calamandrei quien las ha estudiado con mayor amplitud y precisión, independientemente de la clasificación que se quiera tomar, la naturaleza como acción o como proceso no son más que un accesorio o una premisa para llegar a la providencia por sí misma (15). Esto es, "... el proceso dirigido a obtener una providencia cautelar, no tiene una característica y constante estructura exterior que permita considerarlo formalmente como un tipo separado...." (16). En cuanto a la preferencia sobre acción cautelar:

...no sólo porque concibiéndose la acción como poder de provocar un acto jurisdiccional con determinados efectos, es el contenido de la providencia jurisdiccional el que pueda servir para definir los varios tipos de acción y no viceversa; sino también porque si se presentasen casos... en los que existiese una providencia a la que no correspondiera una acción (jurisdicción sin acción), éstas no podrían encontrar adecuada colocación sistemática en una clasificación que se limitase a encuadrar los varios tipos de providencia jurisdiccional en el campo de los varios tipos de acciones. (17)

(14) Ibidem, pp. 48 y 49.

(15) Ibidem, p. 49.

(16) Loc. cit.

(17) Ibidem, p. 50.

Estas medidas no son en stricto sensu verdaderos procesos o acciones cautelares, sino providencias (18) que están al servicio del procedimiento principal o de conocimiento.

Considerando las breves anotaciones apuntadas, pensamos que el nombre más apropiado para denominarlas es medidas o providencias cautelares.

Como breve referencia, en cuanto a la regulación existente en nuestros códigos más importantes, tenemos que el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, en el capítulo VI, que se encuentra dentro del título quinto que se refiere a los actos prejudiciales, llama a estas medidas: providencias precautorias (artículos 235-254); por su parte el Código Federal de Procedimientos Civiles, con mejor técnica, en el capítulo único del título cuarto regula lo referente a las medidas preparatorias, de aseguramiento y precautorias.

3.- Naturaleza y Justificación.

Por el fin que tienen los procesos se suelen clasificar en de conocimiento o de cognición, ejecutivos y cauterales.

A través de los procesos de conocimiento o de cognición se persigue que el juzgador resuelva sobre una cuestión discutida, con previo conocimiento de la litis. Mediante estos se pretende que se condene, constituya o declare sobre un eventual derecho existente; se busca una resolución en cuanto al fondo del derecho otorgado en la parte sustantiva y del cual se considera acreedor el accionante. En los procesos ejecutivos ya no se procura el conocimiento y la resolución de una pretensión discutida, sino el cumplimiento de manera coactiva de esa pretensión insatisfecha. Mediante la ejecución se va a cumplir con

(18) Sinónimo de decreto o resolución judicial. Ver al respecto: Pallas, op. cit., p. 656.

la resolución dictada en el proceso de conocimiento o principal, se va a satisfacer la pretensión o derecho solicitado, aún contra la voluntad de la persona obligada; se pretende hacer efectivo el derecho otorgado o reconocido por el proceso principal (19). En cambio en los procesos cautelares, a diferencia de los de conocimiento y ejecutivos, apunta Ovalle Favela, al decir de Carnelutti: "...se trata de crear un estado jurídico provisional, que dure hasta que se efectúe el proceso jurisdiccional o el proceso ejecutivo" (20). Precizando el citado procesalista que:

...los denominados procesos cautelares no son sino las medidas cautelares... los denominados procesos cautelares no son, en rigor, procesos, sino meras medidas cautelares conectadas con un proceso de conocimiento o declarativo. (21)

Existen diferentes opiniones en cuanto a la naturaleza o razón de ser de las medidas precautorias. Calamandrei al estudiar dichos instrumentos señala que:

...la función de las providencias cautelares nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva. (22)

Menciona que dichas medidas precautorias constituyen una conciliación entre las dos exigencias opuestas de justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde,

(19) Al respecto ver: Ovalle Favela, op. cit. p. 36.

(20) Loc. cit.

(21) Ibidem, pp. 36 y 37.

(22) Calamandrei, op. cit., p. 58.

éstas más bien buscan hacerlas pronto, dejando en el resultado del proceso ordinario la cuestión de la justicia intrínseca sobre la adopción de dichas medidas. (23)

El Maestro Briseño Sierra en la profundidad y complejidad de sus estudios dice que:

La medida no busca la posibilidad de hacer efectiva una sentencia cuyo contenido se ignora cuando se dicta... busca evitar que no se pueda hacer efectiva por ciertas razones o hechos que la medida elimina. No busca ejecutar la condena, sino que tiende a eliminar un obstáculo, cierto o presunto, para hacerla efectiva. (24)

En efecto, el tiempo transcurrido entre la incoación del proceso y la sentencia que pone fin al conflicto en cuanto al fondo, por más rápido que se desarrolle implica pérdida de tiempo, y ese retardo puede ocasionar, daños y perjuicios en la persona y bienes de quien pueda tener un interés jurídico. Estas medidas son una especie de protección o garantía por la carencia de un proceso rapidísimo o contra la lentitud del mismo: lentitud que puede traer como consecuencia que la posible sentencia condenatoria sea ineficaz.

Mediante los procesos cautelares se persigue preventivamente, mediante un conocimiento preliminar, el aseguramiento de los bienes o de las situaciones de hecho que serán motivo de un proceso ulterior. (25)

(23) Ibidem, p. 59.

(24) Briseño Sierra, Humberto. Derecho Procesal, V. IV. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1970, p. 293.

(25) Couture, Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. 3a. edición (póstuma), reimpresión inalterada, México, Editora Nacional, 1981, p. 82. Al respecto también Castillo Larrañaga, et al., op. cit. p. 311.

Briseño Sierra al tratar lo relacionado al accidente, menciona a las medidas cautelares y las ubica dentro de éste. Señala como característica de los accidentes la sustanciación paraprocesal, teniendo referencia con el principal en las condiciones de eficiencia de sus pretensiones. (26)

El otorgamiento de dichas medidas se decreta a petición de parte interesada o de oficio, en caso de urgencia y según sea la cuestión, por el juzgador que conoce o que se estima competente para conocer el juicio principal, a fin como se ha dicho, de evitar un daño o perjuicio a quien pueda tener un interés jurídico (las partes, terceros o la sociedad) o simplemente para conservar la materia del litigio con motivo del proceso principal.

Existe controversia en cuanto al carácter autónomo o dependiente de dichas medidas precautorias. (27) Consideramos que si en materia civil, laboral, fiscal, etcétera, hay diferencias doctrinales en cuanto a la dependencia o independencia de estas medidas con el procedimiento de cognición o con el de ejecución, en el procedimiento penal no puede existir autonomía de las cautelares a colación. Esta cuestión es la que menos importa, ya que más bien, en última instancia, lo que interesa es la eficacia de dichos instrumentos.

Las medidas cautelares se pueden decretar antes, o sea en una etapa preliminar al origen y posterior desarrollo del proceso principal, o bien se puede aplicar en el transcurso del mismo proceso, constituyendo en este caso un proceso conexo al mismo. "Pero en ninguno de los dos casos la tramitación de la medida cautelar tiene incidencia sobre el proceso principal o afecta su

[26] Briseño Sierra, op. cit., p. 288.

[27] Sobre esto encontramos variadas opiniones, entre otras: Ovalle Favela, op. cit., p. 37. Couture, op. cit. pp. 322 y 323. García Ramírez, op. cit., pp. 406 y 407. Fairén Guillén, op. cit., pp. 908 y ss.

desarrollo" (28). A esta característica Briseño Sierra la denomina el carácter accidental de las medidas cautelares; atribuyendo a dicha accidentalidad la cualidad de ser determinante de que sea o no cautelar una cuestión.

...la pretensión de medida cautelar no impide, no prolonga ni interrumpe el procedimiento principal. Esta medida debe seguirse por separado, lo que no obsta para que en su día, lo actuado caiga, acceda al procedimiento principal. Este acceder, este caer en el procedimiento conexo es lo que origina el carácter accidental.... (29).

Para la concesión de estas providencias es necesario contar con los medios de convicción que acrediten el derecho o su aparente existencia (fumos boni iuris), así como el riesgo de perderlo en caso de demora (periculum in mora). (30)

Se puede agregar como tercer elemento condicionante para su otorgamiento la justificación de la urgencia de la medida; o sea que hay que acreditar la incapacidad del proceso principal para acceder a los fines de dicha providencia, la imposibilidad de aquel para conservar la materia del litigio o evitar el daño, eventos que tutela la última. (31)

Así pues, el interés que justifica la aplicación de las medidas cautelares, es el que: "...surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva

(28) Ovalle Favela, op. cit., p. 32.

(29) Briseño Sierra, op. cit., pp. 298 y 302.

(30) Al respecto, Ovalle Favela, op. cit., p. 32.

(31) En tal sentido, Chiovenda, op. cit., pp. 299 y ss. Fairén Guillén op. cit., pp. 899 y ss. Calamandrei, op. cit., pp. 57 y ss.

(periculum in mora)". (32)

El interés que inspira el solicitar la providencia cautelar es el derecho o posible derecho existente, además no es suficiente que dicho interés sea el probable peligro de sufrir un daño, o uno mayor al existente, sino que también es necesario que exista urgencia en aplicar la medida, a fin de evitar que el daño temido se vuelva realidad. Por lo que respecta al posible derecho que se exige, es con la finalidad de otorgar un mínimo de seguridad jurídica. En cuanto al periculum in mora, su alcance consiste en el riesgo de que se pueda ocasionar un daño jurídico, pero que este riesgo no pueda evitarse con el proceso ordinario por su lentitud, ya que si pudiera ser evitado por éste no tendrían existencia en cuanto a su finalidad estas medidas.

El gran procesalista italiano Piero Calamandrei estudia amplia y profundamente esta problemática. Afirma que:

...no se debe identificar el periculum in mora que es condición típica y distintiva de las providencias cautelares, con el peligro genérico de daño jurídico en vista del cual, en ciertos casos, la tutela jurisdiccional ordinaria puede asumir carácter preventivo... no basta que el interés en obviar nazca de un estado de peligro y que la providencia invocada tenga por ello la finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso, además, que a causa de la eminencia del peligro la providencia solicitada tenga carácter de urgencia ... el periculum in mora que constituye la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario.... (33).

(32) Calamandrei, op. cit., p. 56.

(33) Ibidem, pp. 56 y ss.

Fairén Guillén dice que: "Es la Mora de la sentencia que recaerá en el juicio declarativo, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se evita". (34)

Las medidas precautorias son un instrumento que está al servicio del proceso principal, en forma preliminar o conexas, las cuales se concesionan de acuerdo al principio rebus sic stantibus; es decir, su otorgamiento y subsistencia se condiciona mientras sigan subsistiendo o estén latentes las circunstancias que las originaron, mientras permanezcan así las cosas, en el mismo estado. (35)

Las medidas o providencias cautelares o precautorias tienen su justificación en la existencia de un instrumento jurídico que anticipe los efectos de la sentencia de fondo que se dicte en un proceso de cognición y su eventual ejecución, evitando con esto que se puedan ocasionar daños y perjuicios a cualquiera persona que pueda tener un interés jurídico, ante la imposibilidad de evitarlos con el proceso ordinario que se tutela.

Por último, se puede afirmar que los presupuestos requeridos para su concesión son: el posible peligro de sufrir un daño, el femus boni iuris, el periculum in mora y de acuerdo al principio rebus sic stantibus.

4.- Concepto.

Con la mera finalidad de tratar de explicar brevemente lo que son estos instrumentos, en seguida se darán algunos conceptos.

(34) Fairén Guillén, op. cit., p. 902.

(35) Etimológicamente: rebus, las cosas; sic, así; stantibus, estando, permaneciendo; esto es, mientras permanezcan o estén así las cosas.

Para Fix-Zamudio:

Las medidas precautorias o cautelares son aquellas que puede decretar el juzgador, de manera provisional, rápida y flexiblemente, para evitar perjuicio a las partes con motivo de la tramitación de un proceso, garantizando la eficacia de la sentencia de fondo y su ejecución. (36)

Becerra Bautista dice que son: "...procedimientos cautelares, cuya naturaleza provisional está destinada a hacer posible la actuación sucesiva y eventual de las tutelas definitivas típicas..." (37); para Santiago Sentís Melendo "...tiene por objeto asegurar los resultados del juicio definitivo, de la sentencia que ponga fin a la causa." (38); para Ovalle Favela la aplicación de las medidas cautelares es con la finalidad de que se "...trate de asegurar con anticipación las condiciones necesarias para la ejecución de una eventual sentencia definitiva..." (39); Calamandrei define la providencia cautelar como la "...anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar el retardo de la misma." (40); Giuseppe Chiovenda dice que son medidas especiales determinadas por peligro o urgencia:

...llamadas provisionales de cautela o de conservación, porque se dictan con anterioridad a que esté declarada la voluntad concreta de la Ley que nos garantiza un bien, o antes de que se lleve a cabo su actuación, como garantía de ésta, y varían según la diversa naturaleza del bien que se pretende. (41)

(36) Fix-Zamudio, op. cit., pp. 19 y 20.

(37) Becerra Bautista, op. cit., p. 419.

(38) Sentís Melendo, op. cit., p. 256.

(39) Ovalle Favela, op. cit., p. 30.

(40) Calamandrei, op. cit., p. 45.

(41) Chiovenda, op. cit., p. 297.

Ya más bien dentro de la materia que nos ocupa: Miguel Fenech considera que:

Son actos cautelares los que consisten en una imposición del Juez o Tribunal que se traduce en una limitación de la libertad individual de una persona o de su libertad de disposición sobre una parte de su patrimonio, y que tiene por fin asegurar la prueba o las responsabilidades inherentes al hecho punible, haciendo posible la conservación del fin del proceso penal. (42)

García Ramírez, siguiendo a Fenech, dice que:

...la actividad precautoria se traduce en limitación de derechos subjetivos; "con ello estamos -apunta Fenech- en presencia de un fenómeno de ejecución anticipada o de limitación de los derechos personalísimos de los individuos para obtener los medios de prueba necesarios para reconstruir los hechos acaecidos en la realidad y que integran el objeto material del proceso" (SIC)... para asegurar la ejecución del pronunciamiento jurisdiccional que resuelva el fondo de la controversia, y en general, para preservar los fines buscados a través de los procesos de conocimiento y de ejecución. (43)

En este ámbito, trataremos de dar un concepto de dichas providencias. Las medidas cautelares o precautorias son aquellas que pueden ser decretadas por la autoridad -Ministerio Público o Juez-, con la finalidad de proteger o afectar derechos personalísimos a fin de asegurar la eficacia del proceso de cognición o de la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional y su eventual ejecución.

(42) Fenech, op. cit., p. 119.

(43) García Ramírez, Sergio. El Artículo 18 Constitucional. Prisión Preventiva, Sistema Penitenciario, Menores Infractores. México, UNAM, 1967, p. 17.

5.- Las Providencias Cautelares en el Derecho Penal Mexicano.

Las medidas cautelares se suelen clasificar en: conservativas o innovativas, según se busque mantener o alterar la situación o estado de las cosas; nominadas o innominadas, según sea una medida en particular que el juez puede decretar o una amplia facultad de los poderes de éste, a fin de asegurar la eficacia del proceso principal y la eventual ejecución de la sentencia que se dicte en el mismo; constitutivas y conservativas o suspensivas, según se pretenda el anticipo de los efectos de la sentencia de fondo, o bien mantener la situación existente hasta en tanto se dicte sentencia; y, por último en reales y personales, según en quien recaiga la medida: sobre bienes o personas. (44)

Sobre esta última clasificación abundaremos a continuación, por ser a la que con mayor facilidad se pueden aplicar las medidas predominantes en el proceso penal, como son las personales sobre las reales.

En el procedimiento penal, al igual que en el civil, existen gran variedad de medidas cautelares. Si bien es cierto que, en materia penal son predominantes las medidas personales, al igual que en materia civil lo son las reales, no desconocemos que no son exclusivas de ellas, y que estas últimas tienen cabida y aplicación en el ámbito criminal, al igual que las personales la tiene en cuestiones civiles, claro, con ciertas peculiaridades.

(44) Sobre lo anotado consultar: García Ramírez, op. cit. El Artículo 18 Constitucional. Pp. 18 y 19. Fix-Zamudio, Héctor. "Derecho procesal", en El Derecho. México UNAM, Colección "Las Humanidades en el Siglo XX", 1975, pp. 95 y 96. Couture, op. cit., p. 322.

En materia penal encontramos las siguientes providencias cautelares: 1) arraigo (artículos 133 bis, 205 y 256 CFPP y 215 CPPDF); 2) embargo (136 fracción III, 149 y 493 CFPP y 35 y 538 CPPDF); 3) fianza (34, 149, 406-410 CFPP y 562 fracción III, 563-566 CPPDF); 4) hipoteca (405, 412-417 CFPP y 562 fracción II y 564 CPPDF); 5) precaución para el examen de testigos (246 y 257 CFPP y 216 CPPDF); 6) precauciones en la confrontación (260-262 CFPP y 219-221 CPPDF); 7) precauciones para que no se interrumpan los servicios públicos (201 y 203 CFPP); 8) depósito (404, 412-417 CFPP y 271, 562 fracción I CPPDF); 9) medidas de aprehensión de ciertos funcionarios (201 y 203 CFPP); 10) aseguramiento de objetos (38, 69, 70, 123, 181, 182, 184, 185, 187 y 237 CFPP y 98, 100, 106, 113, 119, 160, 179 y 269 CPPDF); 11) restricción a la libertad personal por citación, requerimiento o emplazamiento (73, 82, 136 fracción II y 157 CFPP y 82 CPPDF); 12) examen anticipado de testigos (256 CFPP); 13) retención (38 CFPP y 100 CPPDF); 14) aseguramiento o restitución de derechos (38 CFPP y 28 CPPDF); 15) interceptación de correspondencia (273 y 274 CFPP y 235-237 CPPDF); 16) medidas en cateo de residencias diplomáticas (156 CPPDF); 17) omisión de cita al acusado en caso de cateo (63, 104 y 123 CFPP y 152 CPPDF); 18) providencias precautorias relacionadas con motivo de responsabilidad civil exigibles a terceras personas (489-493 CFPP y 532-540 CPPDF); 19) aprehensión o detención (16 C, 136 fracción II, 193-204 CFPP y 132, 267 y 268 CPPDF) (45); 20) libertad provisional: bajo caución (fianza, hipoteca o depósito), libertad bajo protesta y libertad previa (20 C y los señalados al tratar las figuras respectivas de la caución, también los artículos 154, 399-406, 418-421 CFPP y 271, 552-574 CPPDF); 21) la prisión preventiva (18 y 19 C, 161, 163-167 CFPP y 297-301 CPPDF), tema del presente trabajo.

(45) Los Códigos adjetivos penales, Federal y del Distrito Federal, utilizan indistintamente los términos aprehensión y detención: como acción de aprehender y detener respectivamente. En su oportunidad se explicarán ampliamente dichos vocablos (infra, pp. 90-94).

6.- Características.

En cuanto a su origen, subsistencia y extinción, se señalan como características o elementos comunes de las providencias precautorias las siguientes (46):

1) Provisionalidad o provisoriedad.- Estas medidas se decretan en forma provisional y previamente o durante el desarrollo de un proceso principal o de conocimiento, teniendo como finalidad el servir de garantía a dicho proceso hasta en tanto llega a su conclusión; es de efectos limitados, interinos. Estas providencias pueden ser modificadas cuando se solicite en términos de ley, o bien que suceda el evento esperado. (47)

2) Instrumentalidad o accesoriedad.- Son instrumento accesorio que tiene vida o que está supeditado a un proceso principal que se promueve o que se pretende incoar, y al que sirven de garantía, de tal suerte que si éste no se ejercita las providencias deben cesar.

3) Sumariedad o celeridad.- Como consecuencia de la anterior característica, estas medidas deben dictarse en forma sumaria o rápida, para que sea eficiente el proceso principal o se eviten perjuicios, ya que de lo contrario, si la rapidez se obtuviera en el principal o que no evitaran eventuales daños o perjuicios, no tendrían existencia.

4) Flexibilidad.- Estas providencias pueden solicitarse, decretarse o modificarse en cualquier momento, hasta antes de que se dicte sentencia definitiva en el juicio.

(46) Fix-Zamudio, op. cit., p. 20.

(47) El proceso puede concluir de varias formas: por sentencia definitiva (incluyendo ejecución, en su caso), no admisión de la demanda, caducidad, transacción, etcétera.

Couture (48) señala como caracteres de las medidas a colación los siguientes: su provisionalidad, la accesoriedad, su preventividad y la responsabilidad. Es decir, a las dos primeras características apuntadas al principio, agrega la preventividad y la responsabilidad, las cuales consisten en lo siguiente:

5) Preventividad.- La finalidad de estas medidas es prevenir y evitar daños y perjuicios que pudieran derivarse del retardo o lentitud en el ejercicio o resolución del proceso de conocimiento.

6) Responsabilidad.- El decreto de las medidas es bajo la responsabilidad de quien las pide; el solicitante es el único responsable de cualquier daño que se ocasione indebidamente.

Así pues, para concluir, de acuerdo a lo mencionado, queremos destacar lo siguiente:

- Medida o providencia cautelar o precautoria son los términos más apropiados para denominar a estos instrumentos jurídicos, ya que, como lo indica Calamandrei (49) como acción o como proceso no son más que un accesorio o una premisa para llegar a la providencia por sí misma. Más aún, no obstante que es correcto usar otras denominaciones, éstas son las que menos importan, lo trascendente es el fin común de todas ellas: la garantía.

- La finalidad de las medidas precautorias es garantizar la eficacia del proceso y su eventual ejecución.

- Las providencias precautorias son aquellas que pueden ser decretadas por la autoridad a fin de proteger o afectar derechos personalísimos a efecto de asegurar la eficacia del proceso y su eventual ejecución.

(48) Couture, op. cit., pp. 326 y 327.

(49) Supra, p. 6.

- El otorgamiento de dichas providencias es en base a: el posible daño jurídico, el femus boni iuris, el periculum in mora y en base al principio rebus sic stantibus.

- La prisión preventiva es una medida cautelar, la cual se impone antes de que exista sentencia ejecutoria que determine la responsabilidad del que la sufre (inculcado, indiciado, procesado, etcétera), a fin de asegurar el éxito del proceso penal y su eventual ejecución. (50)

(50) La imposición anticipada de la pena (si resulta culpable), la privación de la libertad, al final de cuentas, sin que exista responsabilidad decretada por autoridad jurisdiccional, son algunas de las circunstancias que han propiciado duras críticas a la institución.

CAPÍTULO II

ORIGEN Y EVOLUCION DE LA PRISION PREVENTIVA

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Antecedentes histórico-jurídicos: I) La prisión preventiva en el Derecho: A) Griego; B) Romano; C) Canónico; D) Medioevo; E) Español. II) La prisión preventiva en el Derecho Mexicano: A) Legislación Prehispánica; B) Legislación Colonial. C) Regulación en el contexto del Derecho Constitucional: a) Constitución Política de la Monarquía Española de 19 de marzo de 1812; b) El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1823; c) Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 4 de octubre de 1824; d) Leyes Constitucionales de 29 de diciembre de 1836; e) Bases de Organización Política de la República Mexicana de 13 de julio de 1843; f) Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 15 de mayo de 1856; g) Constitución Política de la República Mexicana de 5 de febrero de 1857; h) Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865. D) Regulación en el contexto de algunas leyes importantes y los Códigos de Procedimientos Penales: a) Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia de los Tribunales y Juzgados del Fuero Común de 16 de diciembre de 1853 (Ley Lares); b) Ley para Juzgar a los Ladrones, Homicidas, Heridores y Vagos de 5 de enero de 1857 (Ley Montes); c) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, de 1880; d) Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 6 de julio de 1894; e) Código Federal de Procedimientos Penales de 16 de diciembre de 1908; f) Código de Organización, de Competencia y de Procedimientos en Materia Penal, para el Distrito Federal y Territorios, de 4 de octubre de 1929.

1.- Introducción.

La pena de prisión que constituye la más difundida de las penas privativas de la libertad y la base del sistema punitivo moderno es de origen relativamente reciente. Antiguamente sólo existían la pena de muerte y las penas corporales, las detentivas no tenían aplicación. En sus principios la prisión sólo era de carácter preventivo; la cárcel como pena es una invención del derecho canónico.

La pena tiene como finalidad servir como poder intimidatorio contra la realización del delito. La función represiva ha tenido diversas facetas en las distintas épocas y en los diferentes pueblos en el transcurso de la historia. Así, tenemos que las ideas penales han sido agrupadas en varios períodos: el de la venganza privada; el de la venganza divina; el de la venganza pública; el período humanitario y para algunos la etapa científica.

La torre medieval y después las casas de hilados y de cerrar maderas no tenían como finalidad servir para el cumplimiento de penas impuestas a los delincuentes condenados, sino más bien, entre otras, para los detenidos en prisión preventiva.

La prisión como pena propiamente dicha aparece a fines del siglo XVI y principios del XVII. En esta época se moderan las penas corporales y perpetuas consideradas como demasiado severas, siendo sustituidas por las penas de prisión. La tendencia de reemplazar las penas corporales por penas de prisión tuvo apoyo al establecerse las casas de trabajo o casas de corrección, destinadas a alojar vagabundos, mendigos y mujeres de mal vivir, con el fin de hacer de ellas personas útiles a la sociedad. De esto tenemos que el origen del sistema de penas no se encuentra en las cárceles medievales sino en las casas de corrección.

Uno de los primeros establecimientos de este tipo fue el de Bridewell, construido en Londres en el año de 1555. El nacimiento de este establecimiento se debe a que con la disolución del feudalismo y el nacimiento del capitalismo las ciudades se van poblando de gentes que abandonan el campo propiciando una nueva forma de vida de la población campesina; y considerando, además, que la incipiente manufactura era incapaz de absorber la abundante fuerza de trabajo,

se van creando ciudades de gentes desocupadas que pasan a constituir los mendigos, vagabundos, prostitutas y en ocasiones bandidos. Dada la magnitud del problema se opta por utilizar el castillo de Bridewell para recoger allí a dicha gente de mal vivir, a fin de tratar de reformarlos a través del trabajo y la disciplina. El éxito de la medida originó que se fueran creando en varias partes de Inglaterra houses of correction, llamadas también Bridewells.

Otros de los establecimientos que pretendían sancionar y corregir a los delincuentes mediante el trabajo y privación de la libertad fueron creados en Bélgica en los años de 1595 y 1597 y son las casas de Amsterdam, para hombres y para mujeres. Mediante estos establecimientos se perseguía reemplazar las penas corporales por penas de prisión y rehabilitar al autor del ilícito por medio de educación para el trabajo. Otros tipos de establecimientos de esta misma línea que pretendían corregir (más bien sancionar) al delincuente mediante la reclusión tenemos al Rasphuis y el Spinhuis holandeses. Siguiendo el modelo de Amsterdam se crearon los establecimientos de Lubeck y Brema a comienzos del siglo XVII y en Hamburgo en 1620 y Danzing en 1630. En España encontramos las prisiones para mujeres fundadas por Sor Magdalena de San Jerónimo, a fines del siglo XVI y principios del XVII; el Hospicio Florentino de San Felipe Nerí; creado en el siglo XVII por Filippo Franci; el de San Miguel, de Roma, debido a Clemente XI (1704), y la Casa de Fuerza de Gante, abierta en 1773 por Vilain XIII, y las oeuvres de sonnettes (denominadas así por el ruido que producían los hierros con que se cargaba a los prisioneros) de Suiza, en 1614. Estos establecimientos estaban organizados bajo el sistema de trabajo común durante el día y encierro celular durante la noche.

Este panorama inicialmente alentador de corregir al delincuente, se vio ensombrecido tiempo después porque las cárceles se convirtieron en verdaderos depósitos de gente de mal vivir, en los que convivían hacinados, ociosos y en la promiscuidad: condenados, procesados, hombres, mujeres, etcétera.

En contra de estas anomalías se levantó John Howard, filántropo inglés, quien después de haber visitado varias prisiones y darse cuenta del estado que guardaban, propugnó el aislamiento carcelario, la higiene y la alimentación adecuadas y a cargo del estado; la disciplina por el trabajo

y diferenciada según se tratase de simples detenidos y condenados; es decir, instituyó las bases del sistema penitenciario moderno. (1)

El problema de la prisión preventiva es verdaderamente preocupante, y no solamente ahora sino más bien desde sus orígenes. En efecto, si bien es cierto que es a partir de los tiempos modernos, y sobre todo a partir de la revolución francesa en 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuando se introducen disposiciones que otorgan una mayor protección a los individuos, estableciendo la obligación de motivar y fundar las resoluciones que atañen en las garantías de los acusados, también no es menos cierto que este problema ha estado latente desde tiempos inmemoriales por el bien jurídico que afecta.

De ahí tenemos que de los diferentes sistemas por los cuales ha atravesado la prisión preventiva han tenido variada regulación. En este orden de pensamientos tenemos que por ejemplo, así como en Grecia la libertad fue verdaderamente apreciada, por lo que ofrecieron un rechazo absoluto a la prisión preventiva, en Roma tuvo aplicación aunque en forma limitada, siendo además debidamente reglamentada; no así en la Edad Media en la cual fue utilizada indiscriminadamente al igual que en el derecho canónico, siendo hasta en la época moderna cuando adquiere su más notable y amplia regulación, tanto a nivel nacional como internacional. No obstante esto último, consideramos que todavía hay que realizar formulaciones más adecuadas a la institución para su eficiente y eficaz funcionamiento, si es que tiene que pervivir.

Así mismo, queremos hacer notar que tanto en el ámbito doctrinario como legislativo y judicial es bastante cuestionada la preventiva, debido a

(1) Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XXIII. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, pp. 161 y 162; voz: prisión. García Ramírez, Sergio. El Artículo 18 Constitucional. Prisión Preventiva, Sistema Penitenciario, Menores Infractores. México, UNAM, 1967, p. 37. Melossi, Dario y Pavarini Massimo. Cárcel y Fábrica. Los Orígenes del Sistema Penitenciario (siglos XVI y XIX). México, Siglo XXI, 1980, pp. 29-35.

que basta que una persona sea presuntamente responsable de la comisión de un hecho delictuoso y cuya responsabilidad está en tela de juicio, para que sea mantenida en prisión a manera de medida de seguridad, sin que, por consiguiente, se haya resuelto su culpabilidad bastando para privarla de su libertad meras presunciones o indicios existentes en su contra.

A fin de conocer, así sea someramente, la regulación que ha tenido la prisión preventiva en algunas de las instituciones más importantes del derecho antiguo, así como en la legislación mexicana, en el presente capítulo tratamos inicialmente la regulación que tuvo dicho instituto en el derecho griego, romano, canónico, medioevo y español, pasando posteriormente al derecho mexicano en el que mencionamos la regulación existente en la legislación prehispánica, en la de la colonia así como en el ámbito del derecho constitucional, lugar en el que señalamos las constituciones que han regido el país, para concluir con lo dispuesto en algunas leyes importantes, como lo son la Ley Lares y la Ley Montes, y los códigos de procedimientos penales que se aplicaron en nuestro territorio.

Creemos que es importante saber los antecedentes históricos de una institución ya que permite tener conocimiento de sus orígenes y evolución, sus aspectos positivos y negativos existentes, buscando mejorarla o perfeccionarla. Se utilizan y aprovechan experiencias pasadas para solucionar problemas actuales. Al respecto resulta oportuno citar a Villalobos (2) quien dice que: "La historia del Derecho Penal no se estudia por afán de exhibir una supuesta erudición, vacía de sentido y de utilidad, sino por el beneficio que reporta para la mejor inteligencia de las instituciones actuales el conocimiento comparativo de sus orígenes y de sus antecedentes, así como la observación atenta del proceso que ha seguido el Derecho en su elaboración."

2.- Antecedentes Histórico-Jurídicos:

I) La Prisión Preventiva en el Derecho:

A) Griego.

(2) Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. México, Porrúa, 1975, p. 24.

Grecia ha sido considerada la cuna de la cultura occidental. Fue aquí donde se concibió el derecho como producto netamente humano y donde se originaron algunas de las grandes instituciones que pasaron al derecho romano y que constituyen el antecedente mediato de nuestro derecho actual. (3)

Los griegos (4) conciben el derecho íntimamente ligado al término constitución. El estado constitucional en muchas ocasiones es identificado con estado de derecho.

El estado de derecho ya existía entre los griegos y es conocido con el nombre Politeia (constitución). La Politeia, como parte del derecho, se integra con la participación de los ciudadanos, o por uno o varios miembros de la comunidad, designados por ésta en asamblea. Por esto se identifica a la Politeia con lo justo.

Los griegos entendían por estado de derecho, o su equivalente, aquella comunidad en la que las funciones de los elementos de la misma, incluyendo las de los gobernantes, estaban previstas por el derecho.

Es la constitución (politeia), la que determina las funciones de los ciudadanos y por ese hecho establece la organización de la polis. Puede decirse que al determinar las funciones del cuerpo de ciudadanos, la constitución se convierte en el esquema de la polis. En tanto esquema de la polis, la Constitución (politeia) funciona como un patrón, como un plan, según el cual la polis se encuentra arreglada, particularmente los roles ciudadanos, sus funciones.... (5).

(3) Aparte de otros, el mundo se divide principalmente en dos grandes sistemas jurídicos: el anglosajón y el romanista. Nuestro derecho pertenece al sistema romanista, principalmente en materia de derechos reales, obligaciones y sucesiones. Véase: Floris Margadant S. Guillermo. El Derecho Privado Romano. México, Esfinge, 1974, p. 12.

(4) El desarrollo de este punto relativo a los griegos es básicamente siguiendo las ideas de Tamayo y Salmorán, Rolando. Introducción al Estudio de la Constitución. El Significado de Constitución y el Constitucionalismo, t. I. México, UNAM, 1979.

(5) Op. cit., pp. 24 y 25.

Afirma Karl Loewenstein (6) que los griegos tienen el indiscutible mérito de haber realizado la secularización y racionalización del proceso del poder.

El Derecho entre los griegos era verdaderamente estimado. (7)

... el respeto por el derecho y la salvaguarda de éste por los órganos jurisdiccionales era... la garantía más importante de la regularidad.

La conformidad al derecho era así el primer objetivo del constitucionalismo griego. El gobierno sometido a las leyes (nomoi) es conocido ahora como 'gobierno constitucional' (limitado o previsto en una constitución) o también, como 'Estado de derecho', justamente por las limitaciones jurídicas que supone. (8)

Así mismo:

"La veneración que los individuos manifiestan por el derecho deriva, en un principio, a que éste es obra de los dioses griegos; seres suprahumanos llenos de poderes y cualidades." (9)

Características importantes para la efectividad del Estado de Derecho es la existencia de tribunales independientes, y que también se remonta a Grecia.

(6) Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona, Ariel, 1970, p. 150.

(7) Primeramente lo consideraban como producto de la divinidad; posteriormente como obra conciente de legisladores, finalmente como resultado de la discusión y posterior acuerdo de mayoría de los hombres de la comunidad: Tamayo y Salmorán, op. cit., pp. 85 y 86.

(8) Tamayo y Salmorán, op. cit., p. 87.

(9) Op. cit., p. 84.

Según Aristóteles, en la Constitución de Atenas:

... el Consejo del Areópago (con funciones obviamente jurisdiccionales) era el guardián de las leyes y vigilaba que los magistrados cumplieran sus funciones de conformidad al derecho (a las leyes). Todo ciudadano que pretendía ser víctima de una injusticia podía presentar una denuncia ante el Areópago designando la ley violada. (10)

Los tribunales se encargaban del control de la legalidad:

No se puede ejecutar a muerte a ningún ciudadano sin la decisión de un tribunal... y estableció una ley por la que todas las penas y multas pronunciadas por el consejo serían llevadas por los thesmothetes ante el tribunal y que la decisión pronunciada por los jueces sería la única soberana. (11)

Es decir que: "La legalidad llega a ser un ideal común de todas las poleis griegas." (12)

En cuanto a la prisión, diremos que los griegos (13) identificaban a la persona con el cuerpo, la libertad era concebida esencialmente como la libertad corporal. La justicia penal era administrada por los éforos, los cuales la aplicaban arbitrariamente e intervenían como acusadores y jueces en todos los asuntos penales. En Grecia no tuvo vigencia la prisión preventiva; la pena de prisión no tuvo aplicación porque consideraban que se afectaba la libertad, era sustituida por penas pecuniarias.

(10) Tamayo y Salmorán, Rolando. "Algunas Consideraciones Sobre la Justicia Constitucional y la Tradición Judicial del Common Law", en Anuario Jurídico VI-1979. México, UNAM, 1980, p. 359.

(11) Loc. cit.

(12) Ibidem, p. 358.

(13) Rodríguez y Rodríguez, Jesús. La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado. México, UNAM, 1981, p. 18.

B) Romano.

Los romanos en principio adoptaron las instituciones griegas y con el transcurso del tiempo las fueron modificando y adaptando de acuerdo a sus necesidades.

El derecho romano constituye la base de gran parte de los sistemas jurídicos posteriores, inclusive hasta la actualidad.

El primer edificio de custodia o detención (prensio) en Roma -en la época del rey Anco Marcio- fue construido al lado de los comicios, fue ésta la primera vincula publica o cárcel. (14)

En Roma bastaba ser atado para ser considerado como encarcelado. El hecho de estar atado significaba estar en la cárcel ya que no podía presentarse en público sin descrédito. Era suficiente, asimismo, estar en la cárcel para considerar al detenido como un vinculado (15), atado, aunque sea por las simples paredes que lo rodean. (16)

(14) Enciclopedia Jurídica Omeba, op. cit., p. 180. Voz: Prisiones y Cárceles en Roma. En esta obra, Cornel Zoltán Mehész menciona que la primera cárcel en Roma fue edificada en el séptimo siglo a. de C., o sea en el primer siglo después de la fundación. Esta cárcel fue ampliada y fortificada por el rey Servio Tullio recibiendo el nombre de Tullianum. Ibid. p. 182.

(15) El concepto vincula, al igual que lautumiae, carcer en Roma "nacieron de la idea de detención (prensio) y de la de maniatar a los cautivos de guerra...": vincire (verbo latino: atar, unir, prender, etcétera). De allí viene la palabra vincula que en principio significaba, el estar maniatado, después quería decir el lugar reservado, donde los vinculados, los atados estaban custodiados. Ibidem, p. 180.

(16) Loc. cit.

La finalidad de las prisiones y cárceles en Roma era doble:

... pretendían asegurar la validez y prolongar la duración de una detención (prensio) hasta el cumplimiento de la condena correspondiente, es decir, el detenido ha sido custodiado hasta su procesamiento; su detención podía ser también prolongada durante su procesamiento... servían además como medios punitivos directa o indirectamente. Indirectamente, en cuanto las cárceles, siendo un lugar cerrado y adecuado, servían para las ejecuciones... como medios punitivos directos... para hacer cumplir las penas de pérdida de libertad provisoriamente... o en forma perpetua.... (17)

Entre los romanos era inconcebible e incompatible con su sentimiento de libertad la idea de la prisión perpetua (18). Aún así existían, siendo terminantemente prohibidas con el Emperador Adriano. (19)

En Roma las cárceles eran de carácter público y privado.

La forma primitiva de carcer privatus era el ergastulum, producto de la organización económico familiar. El ergastulum era un calabozo, edificado especialmente a fin de poder custodiar y disciplinar allí a los esclavos, de la familia rústica... También, el pater familias (SIC) a veces aprovechaba su ergastulo para custodiar su deudor confessus o judicatus, cuando éste por el magistrado ha sido declarado ad-dictus.... (20).

(17) Ibidem, pp. 180 y 181.

(18) Ibid., p. 181. Señala que según el emperador Caracalla: "... Incredibile est, quod allegas, liberum hominem ut vinculus perpetuis contineretur, esse damnatum hoc enim vix in sola servili conditione procedere potest ('es increíble como alegas, que un hombre libre haya sido condenado a ser retenido en prisión perpetua, porque esto apenas suele ser procedente, sólo respecto a los de condición servil')."

(19) Loc. cit.

(20) Loc. cit.

Fue en Roma (21) donde la institución de la prisión preventiva adquirió los rasgos característicos que aún se reflejan en las legislaciones de nuestra época, a pesar de lo limitado de su aplicación.

En la antigua Roma (22) encontramos cuatro diferentes clases de cárceles públicas: la custodia libera, las lautumiae, los praktoreioi y la vincula publica.

La custodia libera era una prisión pública, porque la detención (prensio) y la custodia era ordenada por un magistrado con imperio o potestas. Era la clase y forma más liviana de las prisiones (preferentemente era usada en asuntos políticos o cuando eran detenidas altas personalidades y mujeres).

Otro tipo de prisiones públicas eran las lautumiae. En estas los prisioneros eran llevados a canteras, donde trabajaban sacando y cortando piedras.

Los praktoreioi eran prisiones especialmente preparadas para deudas al fisco, por razón de Muletas (23) o deudas no pagadas. El término medio de la detención allí era de seis meses, pero parece ser que era más fácil evitar la entrada a estas prisiones que salir de ellas, pues aún cuando el término medio en estas prisiones de deudores es el que se ha mencionado, se sabe que los que no podían pagar sus deudas convertían ellos mismos automáticamente sus prisiones en perpetuas.

(21) Lo que se menciona a continuación en el presente apartado, es principalmente en base a las ideas que seguimos de: Momsen, Teodoro. El Derecho Penal Romano. Trad. del alemán por P. Dorado. 1a. parte. Madrid, 1898, pp. 336 y ss.; Zavaleta, Arturo J. La Prisión Preventiva y la Libertad Provisoria. Buenos Aires, Ed. Arayú, 1954, pp. 13 y ss.; y Rodríguez y Rodríguez, op. cit., pp. 18 y ss, salvo mención específica al respecto.

(22) Op. cit., supra, nota 14, p. 182.

(23) La prisión por cuestión de muletas se daba cuando en una causa se imponía alguna multa o se tenían deudas con el estado o un particular y no eran cubiertas. Ibid., pp. 181 y 182.

La cuarta clase de prisiones públicas eran las cárceles, la vincula publica, que tenían cierta mezcla de lautumiae y de la tullia, o cárcel interna. La vincula publica era una cárcel pública con dos diferentes partes, externa e interna, y también con dos muy diferentes tratamientos, ya que en la parte lautumiae, como se ha dicho, los presos gozaban de libre movimiento, mientras que en la tullia, parte interna, los encarcelados estaban vinculados (24) en las más miserables condiciones.

En cuanto a la organización (25) se sabe que las cárceles y prisiones públicas eran administradas por encargados especiales y supervisadas por supremos órganos de seguridad. Había cárceles públicas las cuales eran edificadas con "... enormes piedras y angostitas ventanas, a donde apenas llega alguna luz..." (26) y en las cuales los confinados vegetaban prácticamente en la continua semioscuridad.

Los confinados en cárcel interior en la mayoría de los casos eran también vinculados, o sea que no podían desplazarse porque estaban esposados o atados por los pies con el ferreum vinculum o por medio de cippus o podokaké, cierta manera de calabozo pedestre, o ceпо, de gran auge en el medioevo.

Los presos vivían en horribles hacinamientos, mujeres y varones juntos, especialmente a finales de la República.

En cuanto a la alimentación en prisiones, parece que era abundante ya que se han señalado casos en que algunos murieron en la cárcel obesos y cuando no querían alimentarse eran alimentados por los guardianes a la fuerza. (27)

En las cárceles había lugar de tormentos y ejecuciones, era el roble lo cual infundía incertidumbre, temor y preocupación a los encarcelados. (28)

(24) Ver: supra, nota 15.

(25) Op. cit., supra, nota 14, p. 183.

(26) Ibidem, su nota 45.

(27) Ibid., p. 183.

(28) Loc. cit.

Monarquía.- En el período monárquico los jueces penales y los magistrados gozaban de un gran cúmulo de facultades discrecionales, y podían imponer la prisión preventiva como medio de coerción.

En los inicios de Roma los medios coercitivos de que estaban facultados los magistrados para incoar y substanciar los procesos penales públicos, eran la citación personal (vocatio), la detención (prehensio) y la prisión preventiva. Mediante la citación el magistrado ordenaba al inculcado comparecer ante él en un lugar y día determinado. En sí no era una medida propia del procedimiento penal, sino que más bien era una facultad de la cual se hallaban investidos los magistrados con imperium (29) para poder ordenar la comparecencia de una persona ante ellos (vocatio).

Así mismo, tenían facultades para hacer comparecer a los citados por medio de la fuerza (prehensio). Si eran citados y no comparecían reiteraba la orden de citación efectivizándola mediante la detención, con lo que se convertía en citación calificada. En caso de que a pesar de la citación no comparecía y se ignoraba su localización por medio de cédula o requisición dirigida a las autoridades del reino o de la ciudad, y además por anuncio público, se le incluía en la lista de los buscados (requisitio o requirendi) y se le embargaban sus bienes los cuales pasaban al poder del fisco si transcurría un año desde la citación y no comparecía o no justificaba su incomparecencia o tardanza.

El inculcado que acudía a la citación simple o a la calificada podía ser constituido en prisión preventiva por el magistrado a su arbitrio, lo cual ocasionó que arbitrariamente detuvieran y encarcelaran a los ciudadanos que desobedecían sus órdenes, inclusive llegaban a ordenar que se les azotara y diera muerte. Con el tiempo se crearon algunas reglas para su procedencia, pero también se siguieron dando las arbitrariedades a tal grado que fue

(29) Figura jurídico política proveniente de los etruscos, la cual concedía un gran cúmulo de facultades o poderes. Su símbolo; el hacha con las varas. Floris Margadant, op. cit., p. 28.

necesario que se crearan leyes represivas contra tales proceder como fueron con las Leges Parciae dictadas a mediados del siglo VI. El intento a la violación de estas disposiciones que prohibían hacer apalear o dar muerte a los ciudadanos romanos, daba derecho al amenazado a invocar la intercesión de los tribunos o para recurrir directamente al pueblo. En este período, la coertio (función policiaca que se encontraba entre las facultades de los cónsules) es el único instrumento de persecución de los delitos, llegando a ser un poder ilimitado y arbitrario que se restringió con las ya mencionadas Leges Parciae.

Colín Sánchez (30) menciona que al cometerse un delito más o menos grave, los quaestores parricidii tenían conocimiento de los hechos, y los duoviri perduellionis de los casos de alta traición, pero la decisión generalmente la pronunciaba el monarca; los reyes eran los encargados de administrar justicia.

Posteriormente se cae en el procedimiento inquisitivo, en este se aplica el tormento al acusado y aún a los testigos. La función de juzgar estaba encomendada a los pretores, procónsules, los prefectos y algunos otros funcionarios. Además, el estado tomando en cuenta el tipo de infracción, aplicaba invariablemente penas corporales o multas a través de órganos específicos, patentizando así el ejemplo. (31)

El proceso penal público revestía dos formas: la cognitio y la accusatio. La primera es la más antigua en la que la intervención de los órganos del estado es de oficio; la segunda, la accusatio, la más moderna, a veces estaba a cargo de algún ciudadano.

(30) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. México, Porrúa, 1964, p. 29.

(31) Loc. cit.

La instrucción de todo proceso penal público se verificaba siempre a nombre del estado y con su intervención; pero, mientras que en la cognitio el proceso era instruido por un magistrado representante de la comunidad, en el cual no se tomaba en cuenta al procesado ya que éste podía intervenir hasta que se pronunciaba la sentencia, para solicitar al pueblo su anulación, en su caso; en la accusatio la averiguación y el ejercicio de la acción se encomendó a un particular (accusator) representante de la sociedad, el cual podía desempeñar libremente tal función pública. La declaración del derecho la podían realizar los comicios, las cuestiones o un magistrado. Estas atribuciones, más tarde, fueron invadidas por las mencionadas autoridades, las cuales sin previa acusación formal investigaban, instrufan la causa y resolvían.

La característica esencial de la cognición era la carencia de formalidades establecidas legalmente. La ley no especificaba ninguna formalidad para la apertura del juicio ni para su terminación. El magistrado podía sobreseer y abandonar la causa en cualquier momento al igual que podía reanudarla; la cognición no admitía que se diese una absolución tal que impidiera abrir de nuevo el mismo proceso. El interrogatorio del inculcado debió constituir el punto central del procedimiento de cognición, ya que ningún inculcado podía negarse a contestar al magistrado que le preguntaba. (32)

El procedimiento acusatorio tuvo su nacimiento en el último siglo de la República.

(32) En cuanto a todo lo anteriormente anotado sobre la cognitio y la accusatio ver: Loc. cit. y Monsen, op. cit., pp. 336, 337 y ss.

República.- En este período estuvo en vigor la Ley de las XII Tablas, la cual consagró el principio de igualdad ante la ley, los comicios por centurias, que desde su nacimiento habían constituido el ejército nacional, pasaron a componer el comitiatus maximus, es decir, la asamblea del pueblo en la que residía la soberanía nacional.

Por varias generaciones el pueblo mismo ejerció directamente el poder judicial en materia penal. Sólo los comicios por centurias o asamblea del pueblo podían conocer de los delitos que eran sancionados con privación de la vida o del derecho de ciudadano. Los comisarios extraordinarios conocidos como questores o douvirii perduellionis y parricidii, pero, en su mayoría, eran los tribunos y los ediles los que actuaban como acusadores públicos. Tanto en los procesos seguidos ante las centurias como en los que seguían ante las asambleas de las tribus (los que no conocían las centurias), se seguía con el procedimiento de la citación del inculcado, y si no deja de ser cierto que se imponía la detención o prisión preventiva, para la que existían cárceles públicas de las que a veces no se hacía caso para confiar la custodia del detenido a algunos particulares (custodia libera), tampoco es menos cierto que en la mayoría de los casos el inculcado quedaba en libertad si ofrecía ciudadanos que respondiesen por él como fiadores (vades publici).

Conforme a la manus iniectio señalada en las doce tablas, en caso de incumplimiento por parte del deudor, el acreedor podía llevarlo a una cárcel privada donde lo retenía durante sesenta días, mostrándolo tres veces en el mercado para ver si alguien quería liberarlo, pagando la suma debida. Transcurrido dicho plazo al acreedor podía vender al deudor como esclavo fuera de Roma; también, si quería, podía matarlo (33). Este sistema fue restringido hacia el año 326 a. de J.C., por la Ley Poetelia Papiria quedando únicamente subsistente para cuestiones nacidas de delitos privados, mas no por

(33) Floris Margadant, op. cit., p. 309.

deudas de índole civil (34). Esta ley permitía al deudor amortizar su deuda con trabajo realizado para su acreedor. (35)

Este hecho indica la tendencia a eliminar los abusos que se cometían por los particulares. Sin embargo, siguieron subsistiendo por mucho tiempo las cárceles privadas (pero ya más bien con fines políticos, o mejor dicho, con fines seudolegales), alegando que simplemente eran ergástulos. Es con la Constitución del Emperador Zenón cuando se prohíbe definitivamente el mantenimiento de cárceles privadas, amenazando a los infractores con la aplicación de la Ley de Talión hasta con la sanción del delito de la lesa majestad (36).

A partir del último siglo de la República, en la época en que la función represiva empezó a delegarse en tribunales permanentes (quaestiones perpetuae), cuando comenzó a darse con gran fuerza el proceso acusatorio, de acuerdo con la Ley de las Doce Tablas, los magistrados que integraban esos tribunales seguían disfrutando del derecho de ordenar la citación de los inculpados, pero parece ser que no sucedía lo mismo con la facultad de disponer la detención o de constituirlos en prisión preventiva, ya que los acusados de homicidio permanecían siempre en libertad. Ahora bien, desde la Ley Julia de vi publica et privata, los ciudadanos romanos estaban exentos de esas medidas precautorias, por lo que en ningún caso era necesaria la prestación de fianza. Esta exención de los ciudadanos romanos encuentra su justificación en el hecho de que, en el proceso acustorio debía existir igualdad total entre la acusación y la defensa. Tener en prisión preventiva al inculpadado mientras que el acusador disponía de entera libertad de obrar implicaba alterar esa igualdad, favorecer al acusador y desproteger al que, en todo caso, merecía garantías más serias.

(34) Loc. cit.

(35) Op. cit., supra, nota 14, p. 181.

(36) Ibidem, pp. 181 y 182.

Así mismo, conviene aclarar que si bien no se podía hacer conducir al inculpado por la fuerza pública, detenerle o mantenerlo en prisión preventiva, ello sólo se daba cuando se trataba de un delito contra la seguridad del estado, cuando no mediaba confesión o flagrancia, porque en estos casos dichas medidas tenían aplicación. La Ley de las Doce Tablas inclusive permitía hasta matar al ladrón que era sorprendido en flagrante delito cuando el golpe hubiera sido de noche o también en el día cuando se defendía con alguna arma cualquiera. En estos casos el detenido era conducido a presencia del juez a los efectos de ser interrogado (auditus apud acta) y sólo después de ser escuchado era llevado a prisión si el delito lo ameritaba.

Al respecto García Ramírez (37) señala que en la antigua Roma la prisión preventiva "... se podía sustituir por fidejussione y sólo era aplicable tratándose de ciudadanos, a quienes habían confesado."

Existían normas que hacían posible la agilidad del proceso cuando había detenidos. Así, Baldo decía: quod incriminalibus celeriter est procedendum in causis detentorum. Ulpiano indicaba que: carceres enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debent (la cárcel debía existir para contener a los hombres y no para punirlos). (38)

En esta etapa las penas detentivas o restrictivas de la libertad no tenían aplicación, se imponían las penas corporales y la de muerte, la prisión sólo tenía como finalidad evitar la fuga de los procesados, de ahí su carácter preventivo.

(37) García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. México, Porrúa, 1977, p. 410.

(38) Loc. cit. Mario Chihizola citando a Momen lo anota así: carcer ad continendos homines non ad puniendum haberi debet. Op. cit., supra, nota 14, p. 160. voz: prisión.

Imperio.- En la Roma imperial, cuando el proceso inquisitivo empezó a reemplazar al acusatorio, en la época en que se abandonó la justicia lega y se dejó en manos de los magistrados toda la jurisdicción a raíz del auge de la cognitio, volvió nuevamente a hacerse uso de la prisión preventiva, durante la instrucción del proceso. La institución revistió las modalidades siguientes:

a) in carcerum, esta se decretaba en los crímenes muy graves y debía cumplirse en una cárcel pública; b) la milite traditio se aplicaba dejando al inculcado bajo la vigilancia de uno o varios soldados, casi siempre ancianos, quienes se responsabilizaban de aquél. La vigilancia se hacía efectiva ya sea habitando su casa, viviendo con él en un lugar determinado, o limitándose a seguirlo y vigilarlo de cerca; c) la custodia libera, como ya se explicó, ponía al inculcado bajo la custodia de un particular, y fue utilizada en la república. Su aplicación era cuando se trataba de personas que en razón de su rango o fortuna no podían ser engrillados, como sucedía con los senadores y dignatarios del imperio. La aplicación de la medida quedaba a discreción del magistrado, quien la decretaba tomando en consideración la personalidad del inculcado y la naturaleza del delito imputado. La detención del inculcado se condicionaba a una orden emanada del magistrado superior o del defensor de la ciudad. En los crímenes graves tenían que existir indicios también graves de culpabilidad para que procediera la detención. No obstante lo afirmado, se prescindía de las formalidades señaladas tratándose de crímenes flagrantes y graves, con la obligación de conducir al detenido a presencia del gobernador para los efectos de su interrogatorio. La instrucción debía terminar en un mes y si el inculcado no tenía fiador no podía permanecer encarcelado más de un año.

Con el paso del tiempo se procuró reducir el término de la prisión preventiva, estableciéndose que para los esclavos no debía pasar de veinte días, transcurridos los cuales debían ser remitidos a sus amos o vendidos si carecían de ellos. Los hombres libres que se les acusaba de sedición eran juzgados inmediatamente si no habían obtenido la libertad provisoria, y en treinta días si se les imputaba un crimen castigado con pena capital. Lo mismo que las personas ilustres, las mujeres no podían ser detenidas ni puestas en prisión preventiva, y cuando la medida cautelar se hacía indispensable se exigía una fianza, y si decían, bajo juramento, que no tenían forma de proporcionarla, era suficiente entonces la simple caución juratoria. Cuando consideraban que

era necesario prevenir la huida, se las enviaba a los monasterios o las confiaban a otras mujeres para su custodia libre y públicamente, no debiendo ser nunca encarceladas ni custodiadas por hombres.

En los últimos años de imperio romano, la prisión preventiva era la excepción; nadie debía estar encarcelado sin estar convicto. Las simples presunciones no bastaban para aprisionar al inculcado. La libertad provisional era de derecho, salvo cuando había flagrancia o confesión expresa. A través de la acción que otorgaba la Lex Favía de Plagiarius, se protegía la libertad del inculcado contra detenciones ilegales; por medio de la liberalis causa el inculcado podía solicitar la reivindicación de su libertad contra dichas detenciones, esta acción la ejercitaba por medio de un assertor libertatis.

El Emperador Constantino fue el que prohibió definitivamente emplear las esposas. Así mismo, se preocupó por las mujeres encarceladas y concedía a ellas la custodia libera en casa privada. (39)

Durante el gobierno de los emperadores surgió el cristianismo, y con ellos vino la Khairé, el amor mutuo, y con este la humanización, lo que ocasionó que se dieran muchas facilidades y concesiones a los encarcelados. (40)

Para el quirite romano, el bien más apreciado era la libertad. El que no tenía libertad era esclavo. Para el romano el perder la libertad era como si perdiera la vida; el peor castigo no era la muerte sino la cárcel. (41)

(39) Op. cit., supra, nota 14, p. 183.

(40) Loc. cit.

(41) Loc. cit.

C) , Canónico.

La iglesia organizó la detención como pena, sometiendo a los presos a un régimen de penitencia, unas veces celular, otras comunitaria. Al decir de Ruíz Funes, la cárcel de pena es una invención del derecho canónico. Debido a esto Beccaria afirmó: "la prisión es una pena que necesariamente debe preceder a la declaración del delito, a diferencia de cualquier otra." (42) En estas palabras encontramos el carácter preventivo de la primitiva prisión. Se considera que la prisión canónica más bien tuvo el carácter de custodia preventiva, como lugar de soledad y reflexión, que tenía como finalidad moral: el arrepentimiento y la enmienda para la salvación del alma a través de la penitencia. (43)

Las legislaciones laicas la comenzaron a utilizar como pena propiamente dicha en una mayor escala hasta fines del siglo XVI.

Las primeras formas de sanción que utilizó la iglesia se impusieron a los clérigos que habían cometido alguna infracción religiosa. Como reacción a las faltas religiosas la iglesia se veía obligada a imponer un castigo a fin de ejemplificar a la comunidad cristiana; "Así nació el castigo de cumplir la penitencia en una celda, hasta que el culpable se enmendara (usque ad correctionem)." (44)

La penitencia, cuando se transformó en sanción penal propiamente, mantuvo en parte su finalidad de corrección; se transformó en reclusión en un monasterio por tiempo determinado. (45)

(42) García Ramírez, op. cit., p. 410.

(43) Al respecto: op. cit., supra, nota 12, p. 161; y Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, t. I. México, Editora Nacional, 1951, p. 696.

(44) Melossi, et al., op. cit., p. 21.

(45) Ibid., p. 22.

El régimen canónico penitenciario conoció varias formas. Además de diferenciarse porque la pena se debía cumplir en la reclusión de un monasterio, en una celda o en una cárcel episcopal, tuvo distintas maneras de ejecutarse: a la privación de la libertad se añadieron sufrimientos de orden físico, aislamiento en calabozo (cella, carcer, ergastulum) y sobre todo la obligación del silencio. Estos atributos, propios de la ejecución penitenciaria canónica tiene su origen en la organización de la vida conventual.... (46)

La inquisición tuvo su nacimiento en la Edad Media, como reacción contra las doctrinas maniqueas. La inquisición era un tribunal de inquirir quienes estaban en contra de la iglesia.

En aquella época, el ser miembro del estado implicaba también serlo de la iglesia; por esta razón las autoridades civiles emprendieron una tenaz lucha contra la herejía, la cual implicaba por ese hecho doble delito: religioso y civil.

El Tribunal de la Inquisición desde la Edad Media reglamentó sus procedimientos. (47) Para las causas criminales se emplearon tres métodos: por acusación formal, denuncia y la inquisición o pesquisa. Por haber utilizado casi únicamente este último, el tribunal de la fe se le denominó: inquisición.

La instrucción. El tribunal de la fe contaba con diversos medios para enterarse donde había delitos que perseguir.

La denuncia era el principal medio de los inquisidores para enterarse de la existencia de delitos, pero no podía ser anónima. En ocasiones se esperaba a recibir muchas denuncias antes de principiar las averiguaciones, ya que muchas veces se prestaba a venganzas personales.

(46) Loc. cit.

(47) Salvo anotación en contrario: lo expresado en este apartado es en base a la obra de: Mariel de Ibañez, Yolanda. El Tribunal de la Inquisición en México (siglo XVI). México, UNAM, 1979.

Aparte de la denuncia el Santo Oficio contaba con el espionaje. Este medio les permitía descubrir a los individuos que ocultaban astutamente su herejía. Era empleada principalmente para tener conocimiento de libros prohibidos.

Una vez que se tenía la denuncia se procedía a completar las pruebas; se hacía comparecer al denunciante y se le preguntaba sobre si había habido testigos, en caso afirmativo se les interrogaba si sabían de algo que se hubiese dicho o hecho contra la fe.

Cuando no había plena claridad de herejía en las afirmaciones del acusado, se pasaban a los clasificadores teólogos, quienes las examinaban y calificaban. Si los teólogos consideraban ser heréticas dichas afirmaciones, se procedía a la aprehensión; en caso contrario se amonestaba al acusador.

Era necesario que existiesen suficientes elementos de prueba para poder detener una persona. Al respecto la Instrucción 3 de Torquemada (48) dice:

(48) Es a través de 3 libros como se regula la actividad de la inquisición en la Nueva España, así como del Consejo y la del Inquisidor General: Las Instrucciones para el Santo Oficio formuladas por Fray Tomás de Torquemada; las Ordenanzas de Toledo, compilación de instrucciones hecha en 1561 por el inquisidor Fernando Valdez, arzobispo de Sevilla; y el formulario recopilado por Pablo García, Secretario del Consejo de la Santa Inquisición intitulado: Orden que comunmente se guarda en el Santo Oficio de la Inquisición acerca del procesar en las causas que de él se tratan, conforme a lo que esté proveydo por las Instrucciones Antiguas y Nuevas. Además en México se imprimió para instrucciones de los comisarios una Cartilla de Comisarios del Santo Oficio de la Inquisición en México: Mariel de Ibañez, *op. cit.*, p. 19. En cuanto a las normas que regulan el funcionamiento del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición y sus cárceles, encontramos una enunciación de su contenido en: Piña y Palacios, Javier, *et al.* "La Cárcel del Tribunal del Santo Oficio y su Régimen", en Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano (1980). México, UNAM, 1981, pp. 337-341.

Que los inquisidores tengan tiempo en el prender y no prendan ninguno sin tener suficiente probanza para ello y después de así preso, dentro de 10 días se le ponga la acusación y en este término se le hagan las amonestaciones que en tal caso se requieren y procedan en las acusaciones y procesos con toda diligencia y brevedad sin esperar que sobrevenga más probanza, porque a esta causa ha acaecido detener algunas personas en la cárcel y no den lugar a relaciones (SIC) porque de ellos se siguen inconvenientes, así a las personas como a las haciendas. (49)

La inquisición regulaba tres clases de detenciones: la prisión preventiva, la prisión secreta y la perpetua.

La prisión preventiva se imponía a las personas que eran objeto de una denuncia y que, aunque sin prueba plena de culpabilidad, los inquisidores consideraban que resultaba peligroso dejarlos libres porque existiese temor de que se fugaran o de que avisaran a otros inmiscuidos y ponerlos sobre aviso de los pasos y averiguaciones que estaban realizando los inquisidores. Era una medida cautelar que se decretaba entretanto se ventilaba el juicio en el tribunal.

Las cárceles secretas eran aquellas donde existía imposibilidad de comunicarse con nadie de fuera y en ocasiones tampoco con los mismos presos, en especial con los acusados del mismo delito.

La cárcel perpetua, esta sanción no era prisión preventiva, se aplicaba como pena. Esta no quería decir que fuera por toda la vida, sino que se le llamaba así para distinguirla de las anteriores. La pena de cárcel perpetua era de diferente duración, podía ser de uno o varios años. En estas cárceles los presos podían trabajar para ganarse la vida y al parecer no eran separados de sus cónyuges. Piña y Palacios, dice que tanto los sentenciados como los procesados tenían que trabajar para su sostenimiento. (50)

(49) Mariel de Ibañez, op. cit., p. 21.

(50) Op. cit., p. 342.

En cuanto a las audiencias, la primera se efectuaba a los ocho días de que eran aprehendidos y lo primero que se les pedía a los acusados, era un juramento solemne de decir verdad en todo.

En el proceso se recababa desde la denuncia hasta la declaración del último testigo y sobre los primeros testimonios realizaba el fiscal su acusación. Estos testimonios no constituían prueba plena para la culpabilidad. Los testigos debían ratificar sus declaraciones pasado algún tiempo, si no lo hacían no eran tomados en cuenta para la sentencia definitiva.

Existía la publicación de testigos. Esta consistía en hacer del conocimiento del procesado y de su defensor todos los testimonios que había en su contra, pero sin decir el nombre de los testigos y todas las circunstancias del lugar y tiempo que pudieran contribuir a identificarlos. Este secreto en cuanto al nombre de los testigos que deponían en contra de un procesado por el tribunal del Santo Oficio siempre era un obstáculo para la defensa.

Al igual que los tribunales civiles, el tribunal de la inquisición recurría al tormento para conseguir las confesiones de los delincuentes que se negaban a declarar.

En el Santo Oficio el tormento sólo era empleado en la última parte del proceso, y solamente cuando la prueba y la defensa habían sido insuficientes para demostrar la inocencia del acusado y se podía sostener con certeza la culpabilidad del mismo. A través del tormento pretendían conseguir la verdad. Nunca lo usaron antes de la acusación para arrancar confesiones. Cuando quedaba bien probada la culpabilidad o inocencia del procesado nunca se le sometía a tormento.

La inquisición utilizaba tres clases de tormentos: el de los cordeles, el de la garrucha y el del agua, en combinación con el llamado burro o potro. A través de ellos se causaba un intenso dolor pero sin poner en peligro la vida ni ocasionaban la pérdida de ningún miembro de la persona que lo sufría. Tampoco los desangraba ni dejaba lesión duradera. La garrucha rara vez llegó a ser utilizada en España. En México, en los procesos del siglo XVI no se encontraron casos en que se utilizara. Este tormento consistía en amarrar a los reos de las manos y suspenderlos, dejándolos caer bruscamente.

Se sabe que los tormentos que más se utilizaban en México eran los de cordeles y agua. (51)

En los inquisidores recaían las funciones procesales. Después de las diligencias mencionadas, hubiera o no tormento se llegaba a la sentencia.

A fin de existir la sentencia, se reunía en pleno el Tribunal, con el ordinario o su delegado y los consultores y teólogos; se repasaba toda la causa y se procedía a efectuar la votación final.

Las penas que imponía la inquisición eran las siguientes: la reconciliación, el Sambenito, abjuración, cárcel perpetua, galeras, destierro y la relación al brazo secular.

El Tribunal del Santo Oficio concedía el beneficio de la libertad bajo fianza, la cual se concedía ordenándose el secreto, que no se saliera de la ciudad sin licencia del inquisidor y que se presentara al tribunal siempre que se le ordenase. (52)

Es en el período de la inquisición donde nace la cárcel como pena propiamente dicha, ya que con antelación, como se ha afirmado, únicamente tenía un carácter preventivo. (53)

(51) El tormento del cordel, consistía en colocar al reo sobre un banco o una mesa y se le sujetaba bien, dándole vuelta al cordel en los brazos y piernas, comenzando por los brazos desde la muñeca. Los inquisidores instaban al prisionero a que dijese la verdad; en caso negativo se ordenaba que apretasen más el cordel dándole otra vuelta. El tormento del agua consistía en que estando colocado de espaldas sobre una madera, con la cabeza más baja que el resto del cuerpo, se le colocaba sobre el rostro un lienzo muy fino llamado toca y sobre él se vertía lentamente el agua, esto provocaba síntomas de asfixia. De rato en rato se interrumpía para pedir su confesión al reo.

(52) Mariel de Ibañez, op. cit., pp. 65 y 69.

(53) Colín Sánchez, op. cit., p. 30.

Existían disposiciones que siguen siendo reguladas por el derecho criminal como la separación entre hombres y mujeres; la separación de procesados y sentenciados. (54)

D) Medievo.

La torre medieval y sus sucesoras inmediatas, las casas de hilados y de cerrar maderas, no sirvieron para la punición de los delincuentes condenados, sino para la custodia de los deudores remisos, de los retenidos en prisión preventiva y de los infractores a los reglamentos de policía. (55)

En la sociedad feudal no existía la pena carcelaria. La cárcel medieval tuvo un carácter esencialmente procesal, "En la sociedad feudal existía la cárcel preventiva o la cárcel por deudas, pero no es correcto afirmar que la simple privación de la libertad, prolongada por un período determinado de tiempo y sin que le acompañara ningún otro sufrimiento, era conocida y utilizada como pena autónoma y ordinaria." (56)

En esta época (57) se utilizaron dos sistemas para el enjuiciamiento de los inculcados; el primero fue lo que se denominó la accusatio, descendiente directo del derecho romano; el segundo, la inquisitio, resultado de la interpretación de ciertas partes del derecho romano, adecuadas a las necesidades de la época. El sistema acusatorio (accusatio) constituyó hasta fines del siglo XIV el remedium ordinarium de enjuiciamiento. En él los derechos del imputado estaban regularmente protegidos en virtud del origen romano de

(54) Piña y Palacios, op. cit., p. 341.

(55) Liszt, Franz Von. Tratado de Derecho Penal, t. 3. Traducción española, Madrid, 1914-17, p. 245.

(56) Melossi, et al., op. cit., p. 19.

(57) Lo que se anota a continuación es principalmente en base a la obra de Rodríguez y Rodríguez, op. cit., pp. 20 y 21.

su regulación, así como por los principios mismos que sustentaban este procedimiento. En efecto, recordemos que en el derecho romano existía el principio de igualdad del derecho. El acusador pedía el castigo para el acusado y si éste se encontraba detenido, aquél debía compartir tal privación de la libertad, estos principios también fueron contemplados en el medioevo. En cuanto al sistema de la indagación (inquisitio), se le consideraba como un remedium extraordinarium; es decir, se le aceptaba como un mal repugnante pero imprescindible. En los procesos instruidos conforme a este sistema, los derechos del encausado sólo eran objeto de una vaga formulación.

En los albores del siglo XIV, el procedimiento inquisitorio tenía dos fines: primero, establecer la naturaleza y gravedad del delito y, segundo, descubrir y aprehender al sospechoso de haberlo cometido. Por otro lado, el hecho de que el derecho penal buscara proporcionar una mayor seguridad, buscando que ningún delito quedara impune, así como las interpretaciones abusivas del derecho acusatorio como de las funciones del juez, en razón de considerar en esa época al delito como un mal público, propiciaron el abandono casi total del sistema acusatorio, del cual, ya en el siglo XV, pero sobre todo en el XVI, ya no quedaba más que el nombre, entre tanto que el sistema inquisitorio pasaba a un primer plano, sustituyendo al acusatorio como remedium ordinarium.

Así pues, durante la Edad Media la detención pierde su carácter excepcional y se convierte en regla, y en contrapartida, la libertad es excepción; la detención se convierte en operación preliminar indispensable a fin de obtener la confesión del inculgado, aún utilizando la tortura. En este período encontramos también el secreto del procedimiento.

Salvo algunas excepciones (58), las prácticas penales siguieron siendo crueles hasta finales del siglo XVIII y principios del XIX, escudadas en una supuesta prevención a través de la intimidación y del castigo como ejemplo.

En relación al carácter preventivo de la prisión en el período medieval, García Ramírez cita: 'carcer introductus est non ad poenam, sed ad custodiam.' Así mismo, el proceso debía tramitarse con celeridad, principalmente en las causas en que había detenidos. De tal suerte, señala también que: 'quod in criminalibus celeriter est procedendum in causis detentorum.' (59)

(58) Infra E). De igual manera en Inglaterra existían una serie de garantías mediante las cuales se protegía la libertad y derechos de las personas por medio de varios instrumentos jurídicos como la Magna Charta de 15 de junio de 1215, la Petition of Rights de 1628, la Habeas Corpus Act de 1679, el Bill of Rights de 1689. Mediante la revolución de 1215, los barones ingleses obligan a Juan Sin Tierra al otorgamiento de la Carta Magna una vez que fue derrotado en el Continente en Bouvines y en Roche-aux-Moines. Los derechos públicos subjetivos son arrancados a los que detentan el poder a la fuerza, por medio de revoluciones, no son una graciosa concesión. Mediante la Carta Magna el soberano inglés se compromete a respetar las libertades individuales. El artículo 29 de ese documento decía: "Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de su tenencia, de sus libertades o libres usos, ni puesto fuera de la ley, ni exiliado, ni molestado de manera alguna; y no pondremos ni haremos poner mano sobre él, a no ser en virtud de un juicio legal de sus pares y según la ley del país." Sobre esto: Castro, Juventino V. Lecciones de Garantías y Amparo. México, Porrúa, 1974, pp. 15-18.

(59) García Ramírez, op. cit., p. 410.

E) Derecho Español.

En el antiguo derecho español, en forma paralela al antecedente inglés de la protección de las garantías individuales (60) se señala la existencia de los procesos Forales de Aragón.

Fairén Guillén (61), equipara la garantía jurídica del derecho de libertad en los Fueros de Aragón y la Carta Magna inglesa, considerando a aquellos como el antecedente del proceso de Manifestación, estimando a este último como un corolario del derecho de los hombres a un fallo legal ante juez competente. Menciona un importante texto del año 683, el VII Concilio de Toledo, quien en su canon 2 preceptúa que nadie puede ser privado de sus honores, detenido, atormentado o condenado a muerte por ninguna institución del estado sin tener pruebas claras y evidentes. Además señala la protección contra el encarcelamiento, en los Fueros de Najera, Jaca (año 1064), Tudela, Zaragoza y Daroca (año 1142) en los que se encuentran disposiciones sobre la libertad bajo fianza.

Abunda:

Pero la protección judicial como garantía del derecho de libertad -dejando aparte el supuesto Fuero de Sobrarbe- aparece en Aragón con la figura del justicia como juez medio entre el rey y sus vasallos, en el Fuero de Ejea de 1265, ampliándose a todos ellos, sin distinción entre nobleza y estado llano en 1283....

Y, según él, "La combinación de estas normas permite asentar la existencia legal del principio - garantía del 'proceso legal ante el juez competente'...."

(60) Supra, nota 58.

(61) Fairén Guillén, Víctor. Antecedentes Aragoneses de los Juicios de Amparo. México, UNAM, 1971, pp. 100-103.

Concluyendo:

Así, el problema fundamental de garantizar las concesiones reales, resultó en Inglaterra por la creación, en la Carta Magna, del Tribunal de 25 barones, "especie de tribunal de contrafuero", se resuelve en Aragón, posiblemente más tarde -de modo fidedigno en las Cortes de Ejea, de 1265- con la aparición del Justicia Mayor como Juez medio; pero la institución inglesa desaparece tempranamente -es una institución feudal- en tanto que el Justicia, se aposenta en Aragón, incrementa sus poderes paulatinamente, y tiene continuidad como garante de los derechos fundados en los Fueros, hasta bien entrada la Edad Moderna; y garantizar la integridad de los derechos fundamentales por proceso judicial, como se ha visto.

Aparte de los textos mencionados, Rodríguez y Rodríguez (62) recuerda la existencia de otro tipo de cartas, contratos o pactos que concedían algunas franquicias y libertades a ciertas personas en razón de su pertenencia a ciertas capas o estamentos sociales.

Así, menciona el Pacto o Fuero de León (1188), convenido entre Alfonso IX y el reino, en el que se establecía la obligación de hacer saber al acusado sin demora el nombre de su acusador (artículo 2); admitía la libertad bajo caución (artículo 4) y también se prohibía la privación de la libertad sin una orden escrita de autoridad competente (artículos 7 y 13). También cita el Fuero de Cuenca, dado por Alfonso VIII (1189), el cual permitía la detención sin orden de autoridad en caso de flagrante delito, con la obligación de conducir al delincuente ante la autoridad competente para su encausamiento (título I, libro II, ley 17). Entre los Fueros, menciona el Privilegio General de Aragón (1348) otorgado por Pedro III en el que se instituye el procedimiento especial denominado 'de Manifestación de personas'. Nos dice que conforme a la manifestación, si alguna persona era detenida o encarcelada sin haber sido encontrada en delito in fraganti, o si no había acusación fundada en su contra, o si hubiera habido irregularidades en la detención o encarcelamiento, o bien, si dentro del término de tres días después de su detención no se le hubieren notificado los cargos en su contra, "...el detenido debía ser puesto en libertad por un cierto tiempo en virtud de lo que se denominaba 'vía privilegiada'."

Precisa, además, que: "...este procedimiento se traducía en una petición de amparo, es decir, de protección al 'Justicia', funcionario de quien dependía la prisión de los 'manifestados'." (63)

Concluye mencionando al Fuero de Vizcaya (1527), en la Ley 26, del título XI, se prohibía, con excepción de flagrante delito, toda detención sin mandato de juez competente.

En el antiguo derecho español, de gran ascendencia romanística, la prisión tiene poca importancia como instrumento procesal.

Fuero Juzgo. En el libro VII, título IV del Fuero Juzgo, se consagran garantías a la libertad individual, como son que el malechor preso no podía ser detenido en casa del que le prendió más que únicamente un día o una noche, debiendo ser entregado enseguida al juez, en caso contrario eran castigadas dichas violaciones. El título I del libro VI trata de la acusación; contempla los requisitos y formalidades que se deben de cubrir para poder realizarla; la necesidad de probar la acusación; los casos en que era procedente el tormento y en los que lo era el juramento purgatorio del reo cuando no se encontraba probada la acusación ni su inocencia (64). En los fueros municipales, en varios, se menciona con el carácter de verdadera pena. (65)

Las partidas. Al igual que en Roma, en las leyes de partidas del derecho español la prisión tenía solamente un carácter preventivo. La prisión preventiva debía aplicarse sólo a los acusados de delitos graves, sin que fuese necesaria la exigencia de fiadores (para garantizar su presencia), a fin de que gozaran de su libertad. La prisión no se imponía como castigo por los delitos sino para guardar a los imputados hasta su juzgamiento. Al respecto, la ley 2a, título II, partida VII establecía que: ca la carcel debe

(63) Loc. cit.

(64) Colín Sánchez, op. cit., p. 32.

(65) Cuello Calón, op. cit., p. 704.

ser para guardar los presos, e non para facerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella; y la Ley 4a, título XXXI, partida VII prescribía: ca la carcel non es dada para escarmentar los yerros, más para guardar los presos tan solamente en ella fasta que sean juzgados. (66)

Cualquier persona podía detener sin orden judicial a los autores de ciertos delitos, pero los que aprehendiesen a una persona sin derecho o que la tuvieran presa por más de veinte horas, eran castigados como autores de plagio. (67)

Las partidas contemplaban el tormento durante la detención para conocer la verdad de los hechos que eran motivo de acusación. El tormento fue regla general, con excepción de los menores de catorce años, los caballeros, los maestros de las leyes u otro saber, los consejeros del rey y otros personajes. Existía la obligación de prestar por escrito la acusación. (68)

Novísima Recopilación. El libro V, título XXXIII, ley IV, prescribe: Mandamos que ninguno de los Alguaciles de la Nostra Casa y Corte, Chancillería, ni de las otras justicias, prenda persona alguna sin mandatario, salvo al que hallaren haciendo delito. En caso de delito in fraganti se establecen medidas proteccionistas, como la de que sea puesto en presencia de los Alguaciles antes que los metan en las cárceles, y si fuere de noche, a la mañana siguiente (69). Se contemplan penas pecuniarias severas al respecto, destinándose una parte de la pena pecuniaria al ofendido.

Esta es pues la regulación que se prescribía de la prisión preventiva en el derecho español.

(66) Al respecto: Rodríguez y Rodríguez, op. cit., p. 20; García Ramírez, El Artículo 18 Constitucional, p. 25.

(67) Rodríguez y Rodríguez, Loc. cit.

(68) Colín Sánchez, op. cit., pp. 32 y 33.

(69) Barragán Barragán, José. El Juicio de Responsabilidad en la Constitución de 1824 (antecedente inmediato del amparo). México, UNAM, 1978, pp. 29 y 30.

II) La Prisión Preventiva en el Derecho Mexicano:

A) Legislación Prehispánica.

Las noticias que se tienen del derecho prehispánico (70) son escasas, incompletas y oscuras. Se sabe que se sometía a prisión a los inculpa- dos, a los condenados a muerte y a los prisioneros de guerra. Aparte de la pena de muerte, otras de las sanciones que a menudo se aplicaron fueron la esclavitud, los castigos corporales, el destierro, la confiscación e inclu- so ciertas formas de encarcelamiento. En vista de lo anterior, entendemos que la legislación penal prehispánica era severa.

Entre los aztecas, cuyo derecho es el que más se conoce, las prisio- nes eran oscuras, estrechas y existía una pésima alimentación. Entre las di- versas modalidades de ellas tenemos:

a') El teipiloyan.- Este tipo de prisiones eran para las personas que eran acusadas por deudas y reos exentos de pena capital.

b') El cauhcalli o quauhcalli.- Estas prisiones eran para presuntos responsables de delitos graves.

c') El petlacalli.- Eran prisiones reservadas para presuntos respon- sables de delitos leves.

d') El malcalli.- Prisión destinada para prisioneros de guerra.

Algunos delitos eran perseguibles de oficio, bastaba el simple rumor público para iniciar las indagaciones, aún cuando no hubiera acusación. Los calpulelque eran los encargados de arrestar a los delincuentes; la detención

(70) Sobre lo que se anota en este punto ver: García Ramírez, Sergio. "Derecho Penal", en Introducción al Derecho Mexicano. México, UNAM, 1981, p. 10; Rodríguez y Rodríguez, op. cit., pp. 25 y 26.

de los nobles se realizaba en su domicilio. A los responsables de delitos graves se les sentenciaba lo más pronto posible, después de la rendición de pruebas, éstas podían ser testimonios, confesión o los indicios a través de los cuales se buscaba llegar a conocer la verdad. Tratándose de adulterio se podía recurrir a la tortura para conseguir la confesión del inculpado, pero, siempre y cuando hubiese demasiadas o graves sospechas.

Se sabe que, de acuerdo con el Código Matritense y algunas narraciones de historiadores, en el proceso penal azteca, las propias partes podían realizar su defensa y que podían ser auxiliados por patrones (tepantlatoni) o por representantes (tlanemiliani); cada ochenta días, todos los jueces del reino, bajo la presidencia del monarca, se reunían en audiencia suprema (nappoal-lato1-li) o tribunal de los ochenta días, el cual debía decidir especialmente sobre los delitos graves durante cada sesión, ésta se prolongaba de diez a doce días.

En el procedimiento penal texcocano, de notables similitudes al azteca, había jueces ordinarios que tenían poderes restringidos; sin embargo, podían detener preventivamente a los delincuentes con la obligación de informar de ello a los jueces superiores, o bien, turnarles los asuntos para su resolución en el nappoal-lato1-li.

Entre los tarascos (Michoacán) parece ser que el encarcelamiento preventivo era más frecuente que en otras partes. La investigación de los delitos la practicaban los jueces locales. Existía un tribunal supremo denominado petamuti; sin embargo los casos más graves se turnaban al rey (cazonzi) para su decisión.

B) Legislación Colonial.

Durante los tres siglos del México colonial, en materia carcelaria tuvieron vigencia una serie de ordenamientos que tenían aplicación en la metrópoli como algunos otros creados específicamente para las nuevas tierras. (71)

(71) En relación a esta parte ver: Bernal G., Beatriz. "Dos Aspectos de la Legislación Carcelaria Novohispana", en Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano (1980), op. cit., pp. 133-146.

Entre la diversidad de ordenamientos de derecho castellano que tuvieron aplicación, directa o supletoriamente, en nuestro país durante el período colonial, tenemos entre otros: el Fuero Juzgo, Fuero Real, las Leyes de Estilo, las Siete Partidas, los Autos Acordados a la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación de Castilla. En cuanto al derecho indiano metropolitano y criollo que se aplicó se encuentran: la Recopilación de Leyes de Indias, las Ordenanzas de Audiencia y Compilación de Leyes del Virrey Antonio de Mendoza y los Autos Acordados de Montemayor-Beleña.

Enunciamos dichos textos:

El Fuero Juzgo (libro VII, título IV y libro VI, título I), las Partidas (Partida VII: título II, Ley 2a. y título XXXI, Ley 4a.), y la Novísima Recopilación (libro V, título XXXIII, ley IV), como ya lo hemos mencionado (72), en estos textos existen garantías que protegen la libertad individual, existiendo por ejemplo la obligación del aprehensor de un malechor de ponerlo enseguida a disposición del juez, no pudiéndolo tener detenido más de un día o una noche. Las Partidas prescribían que la preventiva sólo debía aplicarse a los acusados de delitos graves, sin necesitar éstos que exhibir fiadores para garantizar su libertad. La prisión servía como lugar de custodia entre tanto se desarrollaba el proceso, no como castigo. En cuanto a los demás aspectos sobresalientes de estos ordenamientos nos remitimos al lugar indicado, ya que resultaría ocioso volver a ellos.

Las Leyes de Estilo, establecían que la aprehensión sólo podía ser hecha por mandamiento del rey o las justicias, con algunas excepciones (73)

(72) Supra, pp. 52 y 53.

(73) Los casos excepcionales son: al acusado de falsa moneda; el caballero que vigilaba alguna frontera o lugar lo descuida sin orden de su superior; el ladrón conocido o robador, o quemase casa de noche, o cortase viñas de árboles, o quemase mieses; si forzase o llevase robada alguna virgen o religiosa de un monasterio: Bernal G., op. cit., p. 142.

en cuyos casos cualquier persona podía prenderlos y llevarlos ante el juez, tratándose de caballero ante el rey, ante el caudillo de la caballería que abandonó, o ante el adelantado de la tierra (Ley 2).

Tratándose de una persona confesa, o si el delito ameritaba pena capital o corporal, debía ser llevado a la cárcel si era hombre vil; si fuese hombre destacado por su riqueza o ciencia, no se le debía llevar a la cárcel con los otros presos, pero sí ponerlo en lugar seguro y a cargo de custodios que lo vigilaran (Ley 4), a menos que se encontrare confeso o probado su delito y existiese peligro de que huyera, lo podían meter en prisión debiendo cuidarlo (Ley 6).

La Ley 7 establecía la forma como debía ser custodiado el preso hasta la definición de su causa, prescribiendo además que ningún juicio criminal debía durar más de dos años.

Los Autos Acordados de la Nueva Recopilación, en éstos se determina que los alguaciles, oficiales y porteros de cárceles de corte y villas, no podían prender a persona alguna sin orden del juez, salvo tratándose de delito flagrante, en cuyo caso debían asegurar a los reos en la cárcel y dar cuenta inmediata a los jueces correspondientes, si fuere de noche al amanecer, con el apercibimiento de ser sancionados en caso de incumplimiento: destierro, pérdida del oficio o quedar al arbitrio del juez (Auto VII, párrafo 4).

Así mismo los alguaciles debían llevar directamente los presos a la cárcel, sin poder guardarlos en otro sitio, sin orden de los jueces, salvo accidente, en cuyo caso debería dar cuenta a las justicias sin dilación (Auto VII, párrafo 5).

En lo que respecta al derecho indiano metropolitano y criollo encontramos que: la Recopilación de Leyes de Indias señalan el carácter preventivo de las cárceles indianas. "Mandamos que en todas las ciudades, villas y lugares de las indias se hagan cárceles para 'custodia y guarda' de los delincuentes y otros que deben estar presos." (libro VII, título 6, ley 1). No se podía detener a una persona por derechos o costas debidas a la justicia y escribanos, si fueran pobres, o jurasen que no tenían con que pagar (libro VII, título 6, leyes 16, 19 y 20).

Se dice, que la cárcel de pena sólo se aplicaba en el derecho indiano en condenas eclesiásticas y en otros casos, como injuria a los padres y algunos delitos de poca monta. Frecuentemente se aplicaba como pena la cárcel ya sufrida por el reo. (74)

Bernal señala que con independencia de la práctica judicial, ya en el siglo XVIII se encuentran referencias del uso de la cárcel de pena para delitos leves. Menciona un bando de la Real Sala de la Audiencia de México de lo. de octubre de 1766, en el que se establece pena de un mes o dos de cárcel a vinateros que vendan sus productos en días festivos. (75)

La Compilación de Leyes del Virrey Antonio de Mendoza, en la parte relativa a los alguaciles menciona que éstos, así como sus tenientes no podían detener a alguna persona sin mandamiento judicial, salvo en caso de flagrancia, con la obligación de presentarlo inmediatamente a la justicia; en caso de que fuese de noche a la mañana siguiente.

En cuanto a las Ordenanzas de Audiencia del mismo virrey, prescriben que los alguaciles tuviesen mucha vigilancia y cuidado en prender a los delincuentes.

Por último, los Autos Acordados de Montemayor-Berleño ordenan que el alcaide de la cárcel no puede ejecutar mandamiento, ni otra diligencia, salvo poder prender in fraganti de día, ya que de noche debe asistir en la cárcel para su mejor custodia o cuidado.

En cuanto a los instrumentos existentes a fin de hacer efectivo el respeto a la libertad de la persona, encontramos en el derecho indiano el juicio de residencia, en éste encontramos que la responsabilidad que podía formularse contra los residenciados era ilimitada. En cuanto al tema que nos

(74) Ibidem, p. 140.

(75) Loc. cit.

interesa, era motivo de responsabilidad "...los relativos a 'agravios a los naturales della (de la Nueva España), tratando mal a sus personas, y llevándoles sus haciendas injustamente'." Así mismo se ordena la residencia 'para desagaviar a los naturales que hubieren sufrido alguna merma o agravios en sus personas y en su hacienda', actuando el juicio de residencia como instrumento idóneo de amparo y protección tanto en agravios a las personas, como en las haciendas. (76)

Entre los agravios mencionados se encuentra la prisión arbitraria. Esta se verificaba cuando se imponía sin ningún auto de prisión, ni resolución alguna que la justificara, situación en la cual se ponía en libertad al preso. La justicia ordinaria era la encargada de esta clase de agravios contra la libertad individual y de oficio. (77)

c) Regulación en el contexto del Derecho Constitucional. (78)

En el entendido de que este epígrafe desborda el ámbito de los aspectos estrictamente procesales a que se contrae el presente trabajo, resulta imprescindible su contemplación debido a la regulación que realizan las normas supremas, las cuales dan las bases para su consideración en las normas secundarias.

(76) Barragán Barragán, op. cit., p. 42.

(77) Ibidem, p. 43.

(78) Al respecto: Legislación Mexicana Sobre Presos, Cárceles y Sistemas Penitenciarios (1790-1930), recopilación del Dr. José Barragán, México, Secretaría de Gobernación, 1976. García Ramírez, op. cit. El Artículo 18 Constitucional. Pp. 7-9. Rodríguez y Rodríguez, op. cit., pp. 27 y 28. Diccionario Jurídico Mexicano, t. III. México, UNAM, 1983, p. 275. Coronado, Mariano. Elementos de Derecho Constitucional Mexicano. México, UNAM, 1977.

Al igual que el sistema de cárceles y penitenciarías, la prisión preventiva ha sido abundantemente regulada por las constituciones que han estado en vigor en nuestro país, en razón de lo delicado y valioso del bien que afecta como lo es el de la libertad de la persona.

a) Constitución Política de la Monarquía Española de 19 de marzo de 1812.

La Constitución de Cádiz sirvió para España como para sus dominios. Este código tuvo vigencia en México a partir del 30 de septiembre de 1812, con algunas interrupciones.

Los artículos 287, 289, 291, 292, 293, 295, 297, 299 y 300 determinan lo relativo a las detenciones, presos y prisiones.

La Constitución limitó la prisión preventiva al caso de proceso por delito que trajese aparejada pena corporal; se condicionó su aplicación a la existencia de mandamiento escrito por parte de la autoridad judicial, el cual debía notificarse al inculcado en el momento mismo de la detención (artículo 287), salvo que se tratase de delitos in fraganti, en los que cualquier persona podía realizar la aprehensión con la obligación de poner inmediatamente al inculcado a disposición de la autoridad judicial (artículo 292). En caso de que hubiese resistencia o se temiese la fuga, se podía usar de la fuerza para asegurar la persona (artículo 289).

El detenido, antes de ser puesto en prisión, debía ser presentado al juez para que le recibiese su declaración; en caso de que éste no pudiera verificarse, se le conduciría a la cárcel en calidad de detenido, y el juez debía recibirle en declaración dentro de las veinticuatro horas (artículo 290).

Si se resolvía que el detenido fuese preso, o que permaneciera en ella en calidad de preso, debía dictar auto motivado, debiendo entregar copia de él al alcaide, para que la inserte en el libro de presos, sin cuyo requisito no admitiría el alcaide a ningún preso en calidad de tal, bajo su responsabilidad (artículo 293).

En los casos en que era procedente la admisión de fianza, no podía ser llevado el detenido a la cárcel (artículo 295). En cualquier estado de

la causa que apareciere que no podía imponerse al preso pena corporal, debía ser puesto en libertad bajo fianza (artículo 296).

Las cárceles servían para asegurar y no para molestar a los presos: el alcaide debía tenerlos bajo custodia y separados los que el juez mandase tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos (artículo 297). El juez y alcaide que faltaren a lo dispuesto en las disposiciones citadas serían castigados como reos de detención arbitraria (artículo 299). Dentro de las veinticuatro horas a la detención se debía hacer saber al detenido la causa de su prisión y el nombre de su acusador; si lo hubiere (artículo 300).

b) El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1823.

Al igual que la Constitución de Cádiz, este texto limitó la prisión preventiva a los delitos sancionados con pena corporal (artículo 72 a 74). En cuanto a las condiciones que el juzgador debía tomar en consideración para decretar o no la prisión preventiva, tenemos: en cuanto al fondo, la gravedad y trascendencia del delito, la existencia de indicios suficientes de culpabilidad y el peligro de fuga; en cuanto a la forma, se requería la existencia de mandato escrito y motivado de autoridad competente, el cual debía notificarse al inculpado (artículo 73).

En cuanto al derecho de la libertad provisional, se concedía la libertad bajo fianza solamente para los casos de delitos no sancionados con pena corporal (artículo 74).

Existía prohibición de aplicar cualquier clase de tormento y la obtención de confesiones mediante coacción o violencia (artículo 76).

c) Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 4 de octubre de 1824.

La regulación que hacía esta Carta Magna es verdaderamente exigua en materia de prisión. Prescribía que nadie podía detener a una persona sin que existiesen indicios o elementos de prueba de su presunta responsabilidad (artículo 150). Ninguno podía ser detenido por meros indicios más de sesenta horas (artículo 151).

Para proceder a la simple detención era suficiente alguna presunción legal o sospecha fundada que inclinase al juez contra una persona y por delito determinado; las arbitrariedades que se cometiesen debían ser castigadas (artículo 44).

Ningún preso podía sufrir embargo en sus bienes, a menos que la prisión fuese por delitos que trajesen responsabilidad pecuniaria, supuesto en el cual sólo debía verificarse en los necesarios para cubrirla (artículo 45).

Cuando en la secuela del proceso, y por sus constancias, apareciere que el reo no debiese ser castigado con pena corporal, debía ser puesto en libertad, en los términos y con las circunstancias que determinara la ley (artículo 46).

La declaración preparatoria del inculpado debía ser tomada dentro de los tres días siguientes de verificada la detención o prisión; en ese momento se le debía hacer saber la causa del proceso y el nombre de su acusador, si lo hubiere (artículo 47). El acusado tenía derecho a que se le dieran a conocer los documentos, testigos y demás datos que existiesen en su contra (artículo 48).

Quedaba prohibida la utilización del tormento para la averiguación de cualquier clase de delito (artículo 49).

e) Bases de Organización Política de la República Mexicana de 13 de julio de 1843.

En las Bases Orgánicas se limitó la prisión preventiva a los delitos que tuviesen aparejada pena corporal; nadie podía ser detenido o aprehendido sino mediante mandamiento escrito y firmado por autoridad competente, y sólo cuando obrasen contra él indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se persiguiese; la prisión podía decretarse si los indicios existentes, una vez corroborados, hicieran presumir que el detenido cometió el hecho criminal. Tratándose del delito flagrante, cualquier persona podía detener al autor, debiendo poner de inmediato a disposición de su juez; nadie podía ser detenido más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez respectivo, ni éste lo podía tener en su poder más de cinco sin declararlo formalmente preso. En el caso de que el mismo juez hubiere verificado la aprehensión, o recibido al reo antes de

cumplirse tres días de su detención, dentro de aquel término (cinco días) debía dictar el auto de bien preso, de modo que no resultase detenido más de ocho. El incumplimiento de estas disposiciones hacía arbitraria la detención. Nadie podía ser juzgado ni sentenciado sino por jueces de su propio fuero, y por leyes y tribunales establecidas con anterioridad al hecho o delito de que se tratase. En cualquier estado de la causa en que resultare que no se podía imponer pena corporal al preso, debía ser puesto en libertad dando fianza. Así mismo nadie podía ser coaccionado a confesar el hecho por el que se le juzgara (artículo 9).

Las cárceles debían disponerse de modo que el lugar de la detención fuere diverso del de la prisión (artículo 175).

La declaración preparatoria del inculpado debía ser tomada dentro de los tres días que estuviese a disposición del juez, debiéndole manifestar antes el nombre de su acusador, la causa de su prisión y los demás datos que existiesen contra él (artículo 177). Al tomar la declaración al inculpado debía leersele íntegro el proceso, en caso de que no conociere los testigos que deponían en su contra, se le debían dar todos los datos para que los conociera (artículo 178).

Si prohibía la pena de confiscación de bienes; más cuando la prisión fuere por delitos que trajesen consigo responsabilidad pecunaria, podían embargarse los suficientes para cubrirla (artículo 179).

Cualquier violación en los trámites esenciales del proceso, producía la responsabilidad del juez (artículo 182). Los magistrados y jueces que hubiesen fallado en una instancia, no podían hacerlo en la otra (artículo 184).

f) Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 15 de mayo de 1856.

La sección quinta de este estatuto, relativa a las garantías individuales, contempló la seguridad de las personas.

El delincuente in fraganti, el preso que se hubiese fugado de la cárcel o del lugar en que se hubiese cometido el delito, o el ausente que hubiese sido citado, podían ser aprehendidos por cualquier particular, debiéndolo presentar inmediatamente a la autoridad política (artículo 41).

Las prisiones debían arreglarse de modo que los detenidos estuviesen separados de los presos; tampoco debía sujetarseles ni a unos ni a otros a tratamiento alguno que importase alguna pena (artículo 49).

En los delitos en los cuales no existiera sanción corporal, debía ponerse a los detenidos en libertad bajo fianza (artículo 50). Se prohibían los azotes, la marca, la mutilación, la infamia trascendental y la confiscación de bienes (artículo 55).

Ni la pena de muerte, ni ninguna otra grave, podían imponerse sino en virtud de pruebas suficientes que acrediten plenamente la responsabilidad del acusado, ni ejecutarse por solo la sentencia del juez de primera instancia (artículo 57).

g) Constitución Política de la República Mexicana de 5 de febrero de 1857.

Al igual que el código anterior, esta ley fundamental vinculó la detención preventiva a delito sancionado con pena corporal (artículo 18). Prescribía que nadie podía ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales (artículo 13).

Se garantizaba la seguridad personal y real de las personas. No se podía expedir ninguna ley retroactiva, ni nadie podía ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente hubiese establecido la ley (artículo 14). Era necesario mandamiento escrito de autoridad competente para realizar cualquier acto de molestia, que fundara y motivara la causa legal del procedimiento. Tratándose de delito flagrante, toda persona podía aprehender al delincuente y a sus cómplices, debiéndolos poner sin demora a disposición de la autoridad inmediata (artículo 16).

Como hemos dicho, sólo había lugar a prisión por delito castigado con pena corporal. En cualquier estado del proceso en que se encontrase que no se podía imponer tal pena al acusado, debía ser puesto en libertad bajo fianza. También se prohibía la prolongación de la prisión o detención por falta de pago de honorarios, o de cualquiera otra ministración de dinero (artículo 18).

Ninguna detención podía exceder de tres días sin que se justificase con auto motivado de prisión y los demás requisitos de ley. La violación de esta disposición constituía responsable a la autoridad que la ordenase o consintiera, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecutasen. Se prohibía todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones y debía ser castigado (artículo 19).

En todo juicio criminal el acusado tenía las siguientes garantías:

- a) que se le hiciese saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere;
- b) se le debía tomar su declaración preparatoria dentro de las cuarenta y ocho horas, contadas desde que estuviese a disposición del juez;
- c) debía ser careado con los testigos que declararen en su contra;
- d) que se le facilitaran los datos que necesitare y constasen en el proceso, para preparar sus descargos;
- e) que fuese oído en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos según su voluntad, si no tenía quien lo defendiera se le presentaría lista de los defensores de oficio (artículo 20).

La aplicación de las penas propiamente dichas era exclusiva de la autoridad judicial (artículo 21). Se abolían las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas o trascendentales (artículo 22). Nadie podía ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absolviese o se le condenase. Quedaba abolida la práctica de absolver de la instancia (artículo 24).

h) Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865.

Este ordenamiento es el único que contiene excepción en cuanto a la vinculación de la prisión preventiva a los delitos sancionados con pena corporal. En efecto, se contemplaba la preventiva para el caso de comisión de un delito, sin hacer diferenciación de ninguna especie (artículo 60). Preceptuó que en las cárceles habría siempre separación entre los formalmente presos y los simplemente detenidos (artículo 67); y que las cárceles se organizarían de modo que sólo sirviesen para asegurar a los reos, sin exacerbar necesariamente los padecimientos de la prisión (artículo 66). (79)

(79) García Ramírez, op. cit. El Artículo 18 Constitucional. p. 9.

D) Regulación en el Contexto de Algunas Leyes Importantes y los Códigos de Procedimientos Penales.

La gran variedad de leyes y fueros que se aplicaron en la época colonial, siguieron aplicándose en la Nueva España después de consumada la independencia, lo que propiciaba la aplicación de una administración de justicia engorrosa. En las disposiciones existentes convergían disposiciones de carácter sustantivo y de orden formal, que originaban en la práctica continuas complicaciones. (80)

Durante muchos años después de la emancipación de México de la Metrópoli, hasta antes del Código de Procedimientos Penales de 1880, se crearon una gran cantidad de disposiciones y leyes procesales que regularon el ámbito criminal; leyes que constituían gran cantidad de parches que originaban complicación y retardo en la administración de justicia; leyes que no se ajustaban ni respondían a las necesidades de la época.

Antes de mencionar los códigos adjetivos que regulaban la materia penal, citaremos algunas leyes que trataron dicha materia.

a) Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia de los Tribunales y Juzgados del Fuero Común de 16 de diciembre de 1853 (Ley Lares). (81)

Esta ley que reguló los procedimientos criminales entretanto se publicaba el respectivo código de procedimientos, condicionó la prisión preventiva a delito castigado con pena corporal, así mismo a que precediese denuncia de los hechos que la motivasen y que hubiere motivo o indicios suficientes para presumir la responsabilidad del individuo (artículo 370 y 371). El aprisionamiento debía ser mediante mandamiento escrito del juez, el cual tenía que

(80) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. México, Porrúa, 1983, p. 17.

(81) Dublan Manuel y Lozano José Ma. Legislación Mexicana o Colección Completa de las Disposiciones Legislativas Expedidas desde la Independencia de la República, t. VI. México, Imprenta del Comercio, 1877.

notificarse en el acto mismo de la prisión; en caso de que no se dieran estas formalidades o si por la urgencia o complicación, o cualquier otro motivo, no se verificase la información o denuncia de hechos, no podía el juez decretar el aprisionamiento de una persona; no obstante podía ordenar la detención y mantenerla como tal, en caso de que le pareciere sospechoso, entretanto recababa la información de los hechos a la brevedad posible (artículo 372). La detención a que se refiere el punto anterior no se consideraba como prisión, no debiendo exceder de ocho días sin proveer auto motivado de prisión, debiendo notificar al preso tal resolución y dar copia al alcaide para que lo recibiese. Tratándose de flagrante delito todo delincuente podía ser arrestado por cualquier persona, debiendo ser conducido de inmediato a la presencia del juez o de cualquier autoridad (artículo 373).

El juez dentro de los tres primeros días en que esté a su disposición el detenido, le debía tomar su declaración, informándole antes el nombre de su acusador si lo hubiere, la causa de su prisión y los datos que existiesen contra él. En caso de que no se le pudiese tomar su declaración en el término citado, se haría constar la circunstancia que lo impedía y se le debía recibir la declaración dentro de cinco días (artículo 374). Los términos legales se contaban de momento a momento; eran perentorios e improrrogables, no debiéndose contar en ellos los días inhábiles (artículo 348). Las declaraciones sobre hechos propios se debían recibir sin juramento (artículo 367).

En su confesión se le debía dar a conocer íntegro el proceso y proporcionar los medios para su defensa y no se le podían hacer otros cargos que los que resultaren de los hechos denunciados y las manifestaciones del procesado (artículo 375). La confiscación de bienes del procesado únicamente procedía cuando existía responsabilidad pecuniaria (artículo 377).

En cualquier estado de la causa en que apareciere que al procesado no se le podía imponer pena corporal, debía ser puesto en libertad bajo caución (artículo 378). Se prohibía a los jueces el uso del tormento y mortificaciones a los reos con hierros, ataduras y prisiones que no fueren necesarias para su seguridad; la incomunicación sólo se permitía en caso necesario, pero sólo por el tiempo realmente indispensable. En caso de resistencia o para prevenir la fuga, podía usarse la fuerza (artículo 384).

Por último, los alcaides no podían recibir en la cárcel a ninguna persona con el carácter de presa, detenido o arrestada, sino en virtud de orden de autoridad competente, o mediante entrega que le hiciera quien tuviera facultades para ello (artículo 391). Además existían visitas a las cárceles de parte de los magistrados del Supremo Tribunal, en éstas debían examinarse el estado de las causas, inspeccionarían las habitaciones y debían informar en general el trato que recibiesen los procesados y demás anomalías que existiesen, debiendo tomar las medidas necesarias para evitar los abusos que notaren (artículo 395).

b) Ley para Juzgar a los Ladrones, Homicidas, Heridores y Vagos de 5 de enero de 1857 (Ley Montes). (82)

En materia de detenciones, esta ley prescribía que cuando se hubiese cometido un delito y existiesen datos de la participación de una persona, como autora, cómplice o encubridora, se le podía detener e incomunicar mediante orden escrita de cualquier autoridad. Tratándose de delincuentes in fraganti y al prófugo, cualquier persona podía aprehenderlos y ponerlos a disposición de la autoridad. Así mismo señalaba que la autoridad podía mantener detenida a una persona únicamente por el tiempo necesario para que produjera sus declaraciones, evitándole todo perjuicio que no fuese estrictamente indispensable. La declaración preparatoria del presunto responsable se debía tomar dentro de las veinticuatro horas siguientes a su detención y dentro del término de tres días debían remitirse las actuaciones practicadas y la persona o personas detenidas al juez de primera instancia. Después de recibida la preparatoria, el detenido podía nombrar defensor. Una vez que obrasen en su poder las actuaciones practicadas, los jueces de primera instancia las examinarían, verían si existía alguna prueba o indicio de criminalidad contra los detenidos; si así fuere, los declararían presos dentro del término de veinticuatro horas después de recibido el proceso, en caso contrario se les debía poner en libertad, a menos que faltase alguna diligencia o dato, supuesto en el cual se facultaba al juez a tomar el tiempo absolutamente indispensable para su

práctica, sin que por ningún motivo el mencionado término excediera de cinco días, contados desde el momento en que el acusado fuera puesto en detención. En los casos en que el delito no tuviese señalada pena corporal, el juez debía admitir fianza desde el principio del proceso; igual beneficio se concedía al encausado en caso de que transcurridos los cinco días que hemos mencionado no hubiere datos necesarios para decretar la formal prisión (artículo 55).

c) Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1880.

El Código Adjetivo Penal de 15 de septiembre de 1880 contemplaba al Ministerio Público como órgano encargado de perseguir y acusar ante los tribunales a los causantes de algún delito (artículo 2º). La investigación de los delitos se realizaba a través de la policía judicial (artículo 11).

Los funcionarios de la policía judicial luego de que tenían conocimiento de la existencia de un delito que pudiera ser perseguible de oficio, debían dictar las providencias necesarias para aprehender a los culpables, y para impedir que se perdiesen o destruyesen los vestigios del hecho y los instrumentos objeto del delito, o se dificultase la averiguación, sin perjuicio de dar parte inmediatamente al juez competente para iniciar la instrucción, comunicándole los datos que hubieren recopilado una vez que conociere de los hechos (artículo 18).

En caso de aprehensión, el aprehendido debía ser puesto a disposición de la autoridad competente para averiguar el delito antes de veinticuatro horas (artículo 23).

Los jueces de paz podían practicar en averiguación de los delitos, todas las diligencias que se encomendaban a los jueces del ramo penal, mientras este funcionario se presentaba a seguirlas. En caso de que no se presentase dicho funcionario, el Juez de Paz le debía remitir las diligencias practicadas con los individuos aprehendidos dentro de los treinta y seis horas de haber tomado conocimiento del hecho, y nunca más tarde (artículo 25).

Cuando existían motivos suficientes para sospechar que una persona era responsable de un delito se le debía recibir su declaración preparatoria

o indagatoria (artículo 158). Cuando se le privaba de la libertad al inculpa- do, la declaración indagatoria se le debía tomar dentro de las cuarenta y ocho horas de haber sido detenido (artículo 159). (83)

Una vez terminada la declaración indagatoria se le hacía saber al inculpado la causa de su detención y el nombre del quejoso, si lo hubiere, y que podía nombrar defensor, si quería hacerlo (artículo 161). Si de las dili- gencias practicadas existieran elementos para seguir manteniendo detenido al inculpado, dentro de tres días se le debía dictar auto motivado de prisión (artículo 168). (84)

El capítulo XII contemplaba de los diversos grados y casos en que podía restringirse la libertad del inculpado, y de las personas que tenían facultad de hacerlo.

El artículo 244 señalaba que la libertad de las personas solamente podía restringirse provisionalmente en tres formas: con el carácter de aprehensión, con el de detención y con el de prisión preventiva. Se debía observar, además, necesariamente el principio de la legalidad en dichas pri- vaciones de libertad.

Nadie debía ser aprehendido sino por autoridad competente o mediante orden escrita que ella emitiera (artículo 245).

(83) El artículo 1039 del Código Penal de 1872 señalaba como pena por infracción de este precepto de 8 días a 11 meses de arresto y multa de 10 a 200 pesos, o una sola de estas dos penas, según las circunstancias.

(84) El Código Sustantivo castigaba con las penas que señala la nota anterior, a los jueces y magistrados que tenían detenido a un acusado, sin dictar dentro de tres días auto motivado de prisión. Lo anterior en el supues- to de que estuviera legalmente detenido; en caso contrario se le acumulaban los delitos o faltas cometidas.

Cualquier persona podía aprehender a un delincuente cuando se tratase de delito in fraganti o de un prófugo, sin necesidad de orden; existía la obligación en estos casos de presentarlos y ponerlos a disposición de algún agente de la policía judicial inmediatamente (artículo 247). Los encargados de ejecutar una orden de aprehensión debían abstenerse de ejercer violencia o el uso innecesario de la fuerza en las personas, debiendo entregarlas al jefe de la prisión o a la autoridad que ordenó la aprehensión, dejando en todo caso la orden en virtud de la cual se hubiera procedido a ésta. Los alcaides de las cárceles no debían recibir detenida a ninguna persona sin recoger previamente la orden escrita, a menos que se tratara de delito in fraganti o prófugo (artículo 248).

Una orden de aprehensión podía ser sustituida por la citación cuando se dieran las siguientes circunstancias: que el delito no sea sancionado con pena corporal; y cuando siendo ésta menor de tres meses de arresto mayor, el inculpado tuviera buenos antecedentes de moralidad y domicilio en el lugar que se instruía la causa. Si el citado no comparecía o si existía temor de que se fugara, se debía mandar aprehenderlo, hasta en tanto no otorgara caución suficiente (artículo 249).

La detención traía consigo la incomunicación del inculpado. Cuando se quería levantar ésta durante los tres días que aquélla debía durar, así como cuando se quería prolongar por más de ese tiempo, era necesario mandamiento expreso por escrito del juez al alcaide o jefe de la prisión (artículo 251). La detención por ningún motivo podía exceder de tres días, debiéndose verificar precisamente en algún establecimiento destinado en cada lugar para ese objeto (artículo 252).

En cuanto a la prisión preventiva, ésta sólo podía ser decretada por el Tribunal Superior, los jueces de lo criminal, los correccionales, los menores y los de paz (artículo 254).

El artículo 255 señalaba que la prisión preventiva solamente podría decretarse cuando se llenaban los requisitos siguientes:

a) Que estuviera comprobada la existencia de un hecho ilícito que mereciera pena corporal;

b) Que al detenido se le hubiera tomado su declaración preparatoria, e impuesto de la causa de su prisión y quien lo acusaba, si lo hubiere; y

c) Que existieran datos suficientes a juicio del juez, en contra del inculpado para considerarlo responsable del hecho delictuoso.

El artículo 256 señalaba los requisitos de forma que debía contener el mandamiento de prisión preventiva: el nombre del juez, el nombre del acusado y el delito que se le imputaba. La prisión preventiva debía sufrirse, como se ha dicho, precisamente en el local destinado en cada lugar para tal efecto.

Cuando se decretara la prisión preventiva de un militar o de algún empleado público, debía comunicarse también el mandamiento al superior jerárquico respectivo.

Al recibir en una prisión a cualquier persona en calidad de detenido o presa, los alcaldes debían otorgar el recibo correspondiente y que debería agregarse al proceso, debiendo contener la hora y el día en que se realizara la detención o prisión (artículo 257).

En cualquier estado del proceso en que se desvanecieran los datos que habían servido para fundamentar la detención o prisión preventiva, debía ser puesto el detenido o preso en libertad, previa audiencia del Ministerio Público. En caso de que volvieran a aparecer motivos suficientes en el transcurso del proceso, podía dictarse una nueva orden de prisión (artículo 258).

En el supuesto de que no se hubieran desvanecido los fundamentos que sirvieron de base para decretar la detención o prisión preventiva del inculpado, podía concederse el beneficio de la libertad provisional cuando concurrían las circunstancias siguientes: a) que el delito no tuviera señalada pena corporal; o que si la tuviera no excediera de tres meses de arresto mayor; b) que el inculpado tuviese domicilio fijo y conocido en el lugar en que se seguía el proceso; c) que tuviera buenos antecedentes de moralidad; d) que tuviese profesión, oficio o modo honesto de vivir; e) que no fuera mendigo, ni hubiera sido condenado en otro juicio criminal; f) que a juicio del juez no hubiera temor de que se fugue; y g) que protestara presentarse al juez o tribunal siempre que se lo ordenara (artículo 259).

Se concedía el beneficio de la libertad bajo caución a toda persona detenida o presa por un delito cuya pena no fuera mayor de cinco años de prisión, previa audiencia del Ministerio Público, siempre y cuando tuviera domicilio fijo y conocido, que tuviera bienes o ejerciera alguna profesión, industria, arte u oficio, y que, a juicio del juez, no existiera temor de que se fugara (artículo 260).

La libertad provisional y la libertad bajo caución podían pedirse y decretarse en cualquier estado del proceso después de recibida la declaración indagatoria. El incidente de libertad se debía promover ante el juez o tribunal que conocía del proceso, debiéndose substanciar por cuerda separada y oyéndose en audiencia verbal al Ministerio Público y a la parte civil (ofendido) en el caso de la fracción III del artículo 261 (85) para el efecto de que su reclamación se garantizara (artículo 263).

Las resoluciones que otorgaran la libertad bajo caución no podían ser ejecutadas sin que previamente las confirmara el Tribunal Superior, cuando era apelable la sentencia definitiva. La resolución dictada en primera o en segunda instancia sobre la libertad bajo caución no era cosa juzgada. Por causas supervenientes o por nuevos datos que se adquirieran, podía repetirse la instancia mientras durara la instrucción (artículo 264).

La persona que habiendo sido puesta en libertad provisional o bajo caución, hubiera desobedecido injustificadamente la orden de presentarse al juez o tribunal, era reducida nuevamente a prisión, sin existir ya derecho alguno a gozar de dichos beneficios en la causa ni en ninguna otra, perdiendo el depósito o se hacía efectiva la hipoteca que hubiese constituido (artículo 265).

(85) La fracción III del artículo 261 del Código Adjetivo decía que, si cuando se hubiere promovido el incidente de libertad el ofendido ya se hubiese constituido en parte civil, podía solicitar que no se concediera tal beneficio, sin que previamente se garantizara el importe de lo reclamado por la responsabilidad civil.

En cualquier momento en que hubiese temor fundado de que se fugara u ocultara el inculpado, podían revocarse los beneficios de libertad provisional y bajo caución. En este caso, una vez asegurado el inculpado, se procedía a la cancelación de las fianzas o hipotecas que se hubieren constituido, o a la devolución del depósito que se hubiese otorgado (artículo 269).

La instrucción del proceso debía practicarse con la mayor brevedad posible, procurando que estuviese concluida a más tardar en el término de seis meses cuando se tratara de delitos que debía conocer el jurado; de tres meses cuando se tratara de delitos que debían conocer los jueces correccionales. Si por circunstancias inevitables se prolongaba por mayor tiempo la instrucción, los jueces y tribunales, al pronunciar sus sentencias, harían la imputación del exceso a la pena que debía sufrir el condenado, en los términos que contemplaba el Código Penal (86). Sólo en tal situación existía la imputación de la preventiva a la pena (artículo 272); se abonaba a la pena únicamente el exceso de tiempo que debía durar el proceso.

Si en sus conclusiones el Ministerio Público señalaba que no había lugar a la acusación, se remitía el proceso al Tribunal Superior, el que con la sola audiencia de aquél, debía decidir en el término de quince días, si se debía o no someter a juicio al inculpado. En caso afirmativo se devolvería el proceso al juez para que continuara el procedimiento; en caso negativo,

(86) El Código Penal de 1872 disponía que: "Artículo 192.- Si la duración del proceso excediere del tiempo que la ley señale para terminarlo, podrán los jueces imputar el exceso, si creyeren justo hacerlo, en la pena que impongan en la sentencia, cuando esta consista en un sufrimiento de la misma especie, o de mayor gravedad que el que haya tenido el reo durante el juicio. Artículo 193.- Si el sufrimiento del reo durante el proceso fuere de distinta especie y mayor que el que la pena le ha de causar, podrá el juez rebajarle en su sentencia hasta la mitad del exceso. Artículo 194.- En los casos de que hablan los dos artículos anteriores, son requisitos indispensables para que el reo goce del beneficio que conceden: I. Que no haya tenido él ni sus defensores culpa alguna en la demora del juicio; II. Que durante éste haya tenido el reo buena conducta."

la devolución se haría para el efecto de que se pusiera en libertad al inculcado y se archivara el asunto como concluido. Es decir, que se ponía en libertad al procesado sujeto a prisión preventiva sin que se le dictara sentencia en virtud de que en sus conclusiones al Ministerio Público consideraba improcedente someterlo a juicio por no haber elementos de convicción que dieran lugar a formular acusación (artículo 276).

Los términos para tomar al inculcado su declaración preparatoria o para pronunciar el auto de formal prisión se contaban de momento a momento, y desde que el inculcado era puesto a disposición de la autoridad judicial; es decir, el término era improrrogable, se contaban los domingos y días festivos. Sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir la autoridad correspondiente por no realizar en su oportunidad la consignación (artículos 318 y 319).

El auto que decretaba la formal prisión, el que concedía o negaba la libertad provisional o bajo caución, algunas sentencias interlocutorias y definitivas podían ser recurridas a través del recurso de apelación (artículo 525).

Procedía el recurso de casación cuando se violaban, entre otras, las leyes del procedimiento, entendiéndose por éstas cuando, por ejemplo, no se había hecho saber al inculcado la causa de su detención y el nombre del quejoso, si lo hubiere; por no habersele permitido al inculcado nombrar defensor después de recibida su declaración indagatoria, etcétera (artículo 551).

El capítulo único del título II relativo a las prisiones regulaba lo referente a las visitas que las autoridades judicial y administrativa debían efectuar a los juzgados del ramo penal y a las prisiones a fin de procurar que las causas no se retardaran, cuidar el buen estado de los edificios destinados a detención y reclusión, cuidar sus condiciones de salubridad, cuidar la alimentación sana, nutritiva y suficiente para los presos, el trabajo que debían efectuar éstos sin ser excesivo, pero tampoco negligente, del trato que debían recibir los presos, así como de las correcciones que debían realizar por faltas cometidas dentro de las prisiones (artículos 667 y 677).

Para que las visitas judiciales pudieran llevarse a cabo, los jueces del ramo penal debían de remitir al Tribunal Superior todos los sábados, o

el día hábil anterior, si el sábado fuese feriado, un extracto de los procesos que hubiera iniciado en la semana, en el que debía expresarse el nombre de los inculpados que se le hubieren consignado, la fecha de la consignación, el delito por el que se les procesó, el lugar de su detención o prisión, si han sido puestos en libertad provisional o bajo caución, y, por último, las diligencias que se hubiesen practicado y la fecha de la última realizada (artículo 668).

Los procesados cuando consideraban que se retardaban sus procesos indebidamente o cuando recibían malos tratos, podían recurrir directamente al tribunal, o bien si éste lo consideraba oportuno lo hacía oficiosamente; tan luego que se recibía la queja, se pasaba al magistrado en turno, el cual podía presentarse en la prisión a oír al quejoso y pedir que se le mostrara el proceso para realizar la respectiva verificación, pudiendo dictar las providencias que creyere necesarias para evitar las anomalías que existiesen y la indebida prolongación de la prisión preventiva, en su caso (artículo 672, 673 y 674).

d) Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 6 de julio de 1894.

El artículo primero transitorio señalaba que este código comenzaría a regir el 15 de septiembre de ese mismo año. Así mismo, derogaba el de 15 de septiembre de 1880, la Ley de Jurados de 24 de junio de 1891 y todas las leyes y decretos entonces vigentes, en lo que se oponían a este ordenamiento.

Los artículos que regulaban lo relacionado con la materia que tratamos eran los números: 105-107, 117, 121, 221, 222, 224-227, 229, 230, 232-235, 328, 430, 433, 434, 438, 440, 653, 654 y 667.

La declaración preparatoria de las personas que se sospechaban responsables de un delito debía rendirse dentro de las cuarenta y ocho horas a su detención (artículo 105). En la preparatoria se le debía imponer el motivo de su detención; la querrela, si hubiere; se le informaría del nombre de su acusador y se le interrogaría sobre los hechos investigados a fin de llegar a la verdad de los mismos (artículo 106). Terminado el interrogatorio, podía nombrar defensor, particular o de oficio (artículo 107).

Cuando tuviere que verificarse algún reconocimiento en casa, habitación, edificio público o lugar cerrado, debía realizarlo el juez o algún funcionario competente previa orden al respecto y debidamente motivada; a menos que solicitase alguien de la casa la intervención de algún funcionario o agente de la policía judicial por estarse cometiendo un delito o, hubiere pruebas de que se cometió; o bien si se tratase de delito in fraganti (artículo 117).

A las personas sólo podía privarseles de su libertad con el carácter de aprehensión, con el de detención y con el de prisión preventiva, aparte de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada, pero debía verificarse tal privación en términos de ley y por los funcionarios o agentes expresamente facultados para ello (artículo 221).

Ninguna persona podía ser aprehendida sino por autoridad competente, o en virtud de orden escrita que ella dictare fundando y motivando la causa legal del procedimiento (artículo 222).

En caso de delito in fraganti o prófugo, cualquier persona podía aprehender al delincuente sin necesidad de orden alguna, debiéndolos presentar en el acto a la policía judicial (artículo 224).

Las personas encargadas de ejecutar un mandamiento de aprehensión, deberían cuidar no usar la violencia y el uso innecesario de la fuerza, y las entregarían al jefe de la prisión o a la autoridad que ordenó la aprehensión. Los alcaldes de las cárceles no podían recibir detenida a ninguna persona sin recoger previamente la orden escrita, con excepción de lo manifestado en el artículo precedente (artículo 225).

En cualquier caso de aprehensión, el aprehendido debía ser consignado antes de veinticuatro horas a la autoridad competente para conocer el delito (artículo 226).

La orden de aprehensión podía ser sustituida por la citación, cuando el delito no mereciere ser sancionado con pena corporal, y cuando siendo ésta de menos de tres meses de arresto mayor, que el inculpado tuviera buenos antecedentes de moralidad y domicilio en el lugar de la causa; pero en caso de que el inculpado fuere citado y no compareciese, o si hubiere temor de que se fugue, debía ser aprehendido hasta que exhibiese caución (artículo 227).

La detención traía consigo la incomunicación del inculpado durante tres días. Para levantarla durante ese tiempo o prolongarla, se requiere mandamiento expreso del juez que se comunicara al alcaide o jefe de la prisión, sin exceder esta última de diez días (artículo 229).

La detención en ningún caso podía exceder de tres días, debiéndose verificar en los establecimientos destinados para ese objeto (artículo 230).

La prisión preventiva sólo podía ser decretada por los jueces del ramo penal, el juez instructor en los jurados de responsabilidad y los menores de paz en su caso (artículo 232).

La prisión formal o preventiva, sólo se podía decretar cuando se daban los requisitos siguientes: I. Que estuviera comprobada la existencia de un hecho delictuoso sancionado con pena corporal; II. Que se le hubiera tomado su declaración preparatoria al detenido, y se le hubiera impuesto de la causa de su prisión, y de quién era su acusador, si lo hubiere; III. Que existieran datos suficientes en contra del inculpado, a juicio del juez, para suponerlo responsable del hecho. No debía decretarse la formal prisión, cuando al cumplirse el término constitucional, el inculpado hubiere sido puesto en libertad bajo caución o bajo protesta, siendo suficiente para continuar el procedimiento el auto que encabezaba el proceso (artículo 233).

Como requisitos formales, el mandamiento de prisión preventiva debía contener el nombre del juez, el nombre del acusado y el delito que se perseguía; el mandamiento debía ser informado al alcaide del establecimiento. La prisión preventiva debía sufrirse en el lugar destinado para ese objeto (artículo 234).

El alcaide, al recibir en la prisión a cualquier persona en calidad de detenida o de presa, debía otorgar el recibo correspondiente, el cual se agregaría al proceso anotándose el día y hora de realizada la detención o prisión (artículo 235).

En caso de sentencia absolutoria y que ninguna de las partes la recurriera, se debía poner en absoluta libertad al acusado, si por otro motivo no estuviese detenido. En caso de que apelare el Ministerio Público o la parte civil, se pondría en libertad al acusado, previa protesta de presentarse al juzgado cuando se le citare y de avisar sus cambios de domicilio (artículo 328).

La libertad bajo protesta se podía decretar en cualquier estado del proceso en que apareciera que se habían desvanecido los fundamentos que sirvieron para decretar la detención o prisión preventiva (artículo 430).

La libertad protestatoria no era obstáculo para que se librara nueva orden de prisión o detención contra el encausado, si apareciesen motivos suficientes en el transcurso del proceso (artículo 433).

También podía ser puesto en libertad bajo protesta el inculcado, cuando concurrían las circunstancias siguientes: I. Que el delito no tuviera señalada pena corporal, en su caso, que no excediera de cinco meses de arresto mayor; II. Que el inculcado tuviera domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siguiera el juicio; III. Que tuviera buenos antecedentes de moralidad; IV. Que tuviera profesión, oficio o modo honesto de vivir; V. Que no hubiera sido condenado en otro juicio criminal por delito de igual naturaleza; VI. Que no existiera temor de que se fugase (artículo 438).

La libertad provisional bajo caución era procedente cuando el delito que se imputaba a una persona detenida o presa tenía sanción que no excediese de siete años de prisión (artículo 440).

Además de que eran improrrogables los términos para tomar la declaración indagatoria y para pronunciar el auto de prisión preventiva, se tomaban en cuenta los domingos y días de fiesta civil (artículo 653). Los términos para decretar las resoluciones mencionadas, se contaban de momento a momento y desde que el procesado fuere puesto a disposición de la autoridad judicial; sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir la autoridad correspondiente por no hacer oportunamente la consignación (artículo 654).

Por último, el acusado podía defenderse por sí mismo o nombrar defensor (artículo 667).

e) Código Federal de Procedimientos Penales de 16 de diciembre de 1908.

El código que nos ocupa, en sus artículos 129, 130, 132-137, 139, 141, 142, 145, 146, 347, 349, 351, 352, 353, 355, 356, 359 y 362 reglamentaba el tema de la prisión preventiva, en sus aspectos más sobresalientes.

La aprehensión sólo podía realizarse mediante orden de juez, con excepción de delito in fraganti, supuesto en el que, cualquier persona podía detener al delincuente, con la obligación de presentarlo inmediatamente al agente de la autoridad más próximo (artículo 129).

Cuando hubiese sospecha de que una persona fuere responsable en un delito sancionado con pena corporal, se le detendría. En caso de empleado o funcionario público que no gozaran de fuero constitucional, el auto que ordenase la aprehensión debía ser notificado sin demora a su superior jerárquico (artículo 130).

La aprehensión traía consigo la incomunicación, salvo disposición en contrario en la orden respectiva, durante el término de tres días. Para prolongarla por más tiempo se necesitaba mandamiento escrito y motivado del juez, que se comunicaría al alcaide o encargado de la prisión, pero no podía ser mayor a veinte días tal incomunicación. Durante la instrucción del proceso podía decretarse también la incomunicación, pero únicamente cuando fuera absolutamente necesaria, debiendo ser por escrito y motivada, sin exceder de diez días (artículo 132).

Hecha una aprehensión por la autoridad, inmediatamente tenía que comunicarlo al juez correspondiente, debiendo quedar el detenido a su disposición (artículo 133).

El alcaide o encargado de una prisión que recibiese un detenido, de inmediato debía dar aviso al juez a cuya disposición quedaría (artículo 134).

La detención o prisión que debía sufrirse en cárceles que no dependían del gobierno federal, se sujetarían al reglamento de éstas, sin perjuicio de que el juez dictase las órdenes convenientes respecto del preso o detenido (artículo 135).

En caso de que la aprehensión tuviera que realizarse en jurisdicción territorial distinta de la del juez de la causa, se realizaría a través de exhorto (artículo 136).

En su declaración preparatoria, el inculpado debía ser informado del motivo de su detención, se le haría saber la querrela y el nombre de su acusador (artículo 137).

El inculpaado tenía derecho a nombrar defensor después de la preparatoria (artículo 139). Una vez recibida ésta, se debían realizar las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos (artículo 141).

El auto de formal prisión debía dictarse dentro del término de setenta y dos horas, contadas desde el momento en que el inculpaado se encontrase a disposición del juez; el auto solamente se dictaría cuando de las actuaciones aparecieran llenados los requisitos siguientes: I. Que estuviera comprobada la existencia de un hecho delictuoso que mereciera pena corporal; II. Que al detenido se le hubiera tomado su declaración preparatoria e impuesto de la causa de su prisión, y de quién era su acusador, si lo hubiere; III. Que contra el inculpaado hubiera datos suficientes, a juicio del juez, para considerarlo responsable del hecho (artículo 142).

El auto de formal prisión debía ser notificado al procesado, al defensor y al Ministerio Público (artículo 145). La resolución de prisión preventiva debía contener el nombre del juez, el del acusado y el delito que se persiguiese, debiendo ser comunicada al alcaide del establecimiento. La prisión preventiva debía sufrirse en el local destinado en cada lugar para ese objeto (artículo 146).

La libertad absoluta de los procesados era procedente en varios supuestos: I. Si al cumplirse el término constitucional de la detención, no hubiere méritos suficientes para decretar la prisión formal, sin perjuicio de lo que procediera por los nuevos elementos que arrojase el proceso; II. Si al cumplirse el término mencionado apareciere alguna circunstancia exculpanate, de acuerdo con el artículo 34 del Código Penal; III. Si apareciere que el delito que se persigue no estuviere sancionado con pena corporal; IV. Si apareciere que la acción penal se hubiere extinguido; V. Si existiese alguna circunstancia excluyente de responsabilidad criminal después del auto de formal prisión; y VI. En caso de sentencia absolutoria (artículo 347).

La libertad provisional bajo protesta procedía en cualquier estado del proceso en que apareciere que se habían desvanecido los fundamentos que sirvieron para decretar la prisión preventiva (artículo 349). La resolución que concedía la libertad protestatoria no era obstáculo para que se librase una nueva orden de prisión o detención contra el procesado, si en el desarrollo del proceso aparecieren motivos suficientes para ello (artículo 351).

También era procedente este tipo de libertad, cuando concurrían las circunstancias siguientes: I. Que la pena corporal que debía imponerse no excedía de cinco meses de arresto mayor; II. Que el acusado tuviera domicilio fijo y conocido en el lugar del proceso; III. Que tuviera buenos antecedentes de moralidad; IV. Que tuviera profesión, oficio o modo honesto de vivir; V. Que no hubiera sido condenado en otro juicio criminal; VI. Que no existiese temor de que se fugase (artículo 352).

Así mismo, debía ser puesto en libertad bajo protesta el sentenciado que hubiese cumplido la pena impuesta en primera instancia estando pendiente el recurso de apelación. El Juez de Distrito de oficio debía decretar la libertad (artículo 353).

La libertad provisional bajo caución procedía cuando la pena máxima del delito imputado no excedía de cinco años, con las condiciones señaladas en las fracciones II a VI del artículo 352 citado. La libertad caucionada podía solicitarse en cualquier estado del proceso, después de rendida la declaración indagatoria (artículo 355 y 356).

En cuanto a la cantidad de la caución, para su señalamiento debía tomarse en cuenta la fortuna, clase y antecedentes de la persona detenida; la gravedad y circunstancias del delito, y el riesgo que existiese en que el inculpado se sustrajese de la acción de la justicia (artículo 359).

Si el inculpado hubiere sido puesto en libertad bajo caución antes de cumplirse el término constitucional de setenta y dos horas, y el juez no comprobase dentro de ese término la existencia de un delito sancionado con pena corporal o no hubiese datos suficientes de culpabilidad o si apareciera alguna circunstancia excluyente de responsabilidad, debía dictar auto motivado y fundado de libertad absoluta, disponiendo que quedase sin efecto la caución. En caso contrario, si las diligencias aportaban elementos suficientes para dictar el auto motivado de prisión, el juez procedería a dictarlo en términos de ley, sin que por eso se revocase la libertad de que disfrutase el inculpado (artículo 362).

f) Código de Organización, de Competencia y de Procedimientos en Materia Penal, para el Distrito Federal y Territorios, de 4 de octubre de 1929.

Este código condicionaba la detención de una persona a la existencia de orden escrita, para cuyo libramiento se requería: que el Ministerio Público hubiera solicitado la detención; que el hecho por el que se solicitaba fuera tipificado como delito; que el hecho estuviera sancionado con pena privativa de la libertad y que existiesen elementos que hicieran probable la responsabilidad del acusado (artículo 273). El Ministerio Público y la policía judicial podían prescindir de la orden judicial y detener a una persona responsable de un delito, tratándose de: casos de flagrancia y los de notoria urgencia, cuando no hubiere en el lugar autoridad judicial (artículo 229). Existía flagrancia cuando el delincuente era arrestado en el momento de estar cometiendo el delito o cuando después de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente era materialmente perseguido (artículo 230). No había autoridad judicial en el lugar y existía notoria urgencia para la aprehensión del delincuente: cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se pretendía realizar la detención, no había ninguna autoridad que pudiera expedir la orden correspondiente y existían temores de que el responsable se sustrajese a la acción de la justicia (artículo 231).

Tratándose de la orden de detención que el juez hubiere dictado, se debía entregar al Ministerio Público solicitante o al jefe de la policía judicial (artículo 274). Realizada una detención mediante orden judicial, el agente que la hubiere efectuado debía poner al detenido a disposición del juez respectivo sin demora, debiendo asentar la hora en que se efectuó la detención (artículo 275). Tratándose de flagrancia o urgencia, realizada la aprehensión se debía decretar su detención, haciéndose constar la hora en que se realizó ésta y la declaración de aquél (artículo 232); así mismo, en estos supuestos (flagrancia o urgencia) el detenido podía nombrar defensor ante el funcionario del Ministerio Público o de la policía judicial, pudiendo entrar en ese momento a desempeñar su cometido (artículo 233); además, el aprehendido debía ser puesto inmediatamente a disposición de la autoridad judicial, con las actuaciones correspondientes (artículo 235).

En cuanto a la incoación del procedimiento, ésta se iniciaba con la resolución del juez mediante la cual daba entrada a la consignación del Ministerio Público (artículo 269). En el auto de incoación se debía señalar la fecha y hora en que debía efectuarse la audiencia para que el detenido rindiese su declaración preparatoria (artículo 270). Al rendir su declaración preparatoria no debía incomunicarse al detenido ni realizar coacción contra él (artí-

culo 277), en ésta el juez debía hacer saber al detenido: el nombre del acusador, si lo hubiere, y la causa y naturaleza de la acusación, a fin de que pudiese contestar los cargos con pleno conocimiento de ellos; que la confesión del delito, si lo hubiere cometido, era circunstancia atenuante de responsabilidad; y que tenía derecho para defenderse por sí mismo, o para nombrar defensor, y en caso de que no lo hiciera así, el juez le designaría uno de oficio (artículo 278).

El auto de formal prisión o prisión preventiva debía contener los siguientes requisitos: a) la fecha y hora exacta en que se dictase; b) el tiempo transcurrido entre esta hora y en la que fue detenido el reo; c) la expresión del delito imputado al reo por el Ministerio Público; d) el delito o delitos por los que debería seguirse el proceso y la comprobación de sus elementos; e) expresión del lugar y circunstancias de ejecución y demás datos que arrojase la averiguación previa, suficientes para tener por acreditado el cuerpo del delito; f) los datos que arrojase la averiguación, que hiciera probable la responsabilidad del acusado; g) los nombres del juez y del secretario que dictasen la resolución (artículo 284).

El auto de formal prisión debía notificarse inmediatamente que se hubiere dictado, al acusado y al alcaide o establecimiento de detención debiéndosele dar copia de la resolución (artículo 286). Cuando el delito no tuviese sanción corporal no podía privarse de la libertad a una persona, el juez debía dictar el auto de formal prisión para el solo efecto de señalar el delito o delitos por los que se debía seguir el proceso (artículo 288).

En caso de que hubiese falta de pruebas para acreditar la existencia del cuerpo del delito o la responsabilidad del acusado, se debía dictar auto de libertad al detenido. En ambos casos, el auto tenía como efecto restituir al acusado en la libertad que tenía antes de la detención; pero en el segundo caso se debía dejar abierto el proceso para proceder nuevamente a la detención en caso de que aparecieran méritos para ella (artículo 288).

En cuanto a la instrucción del proceso, en ésta se debían practicar las diligencias solicitadas por las partes y en caso de que el juez considerare indispensable recibir otras pruebas para aclarar o robustecer algunas cuestiones de importancia, podía dictar auto ordenando la práctica de las

diligencias necesarias, las cuales debían desahogarse en un término menor de quince días (artículo 292). Una vez que el juez instructor estimase agotada la averiguación y estuvieren practicadas las diligencias solicitadas por las partes, debía poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la defensa para que en el término de tres días formularan sus respectivas conclusiones (artículo 293). En caso de que el Ministerio Público formulase conclusiones de no acusación, previa ratificación del procurador de justicia, el juez debía dictar auto sobreseyendo el asunto y ordenando la inmediata libertad del procesado, si lo hubiere (artículo 298).

En cualquier estado del proceso las partes podían promover que se declarase extinguida la acción penal, en caso de que la excepción fuese procedente a juicio del Ministerio Público, previa confirmación del procurador, debía cesar el procedimiento y mandarse sobreseer y archivar la causa, poniéndose en libertad al procesado (artículos 302 y 303).

En cuanto al beneficio de la libertad provisional del encausado, éste podía solicitar la protestatoria o la caucional mediante la promoción del incidente respectivo (artículos 577 y 580).

CAPITULO III

LA PRISION PREVENTIVA EN EL DERECHO MEXICANO VIGENTE

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Conceptos: Aprehensión, Detención y Prisión Preventiva. 3.- Procedencia de la Aprehensión y Detención; I) Aprehensión y Detención Mediante Orden de Autoridad Judicial Competente; A) Requisitos para el Libramiento de la Orden de Aprehensión: A)1.- Requisitos de Fondo; A)2.- Requisitos de Forma; II) Los Casos de Excepción: A) Flagrancia: A)1.- Flagrancia por Equiparación: a) Delito Cuasiflagrante; b) Presunción de Flagrancia. B) Urgencia. III) Duración de la Detención. IV) Duración de la Averiguación Previa. 4.- Auto de Formal Prisión y Prisión Preventiva: I) Requisitos del Auto de Formal Prisión: A) Requisitos de Fondo; B) Requisitos de Forma; II) Efectos del Auto de Formal Prisión. III) Semejanza y Diferencia entre estos dos Institutos; a) Semejanza; b) Diferencia. 5.- Naturaleza y Finalidades de la Prisión Preventiva. 6.- Características de la Prisión Preventiva: I) Duración. II) Terminación e Interrupción. III) Condiciones del Encarcelamiento. 7.- Aplicabilidad de la Ley de Normas Mínimas y el Reglamento de Reclusorios a la Prisión Preventiva. 8.- Efectos: I) Cómputo de la Preventiva a la Pena. II) Indemnización. Jurisprudencia.

1.- Introducción.

Una de las instituciones más criticadas y problemáticas del proceso penal lo constituye indudablemente la prisión preventiva, que representa, entre las diversas medidas privativas de la libertad personal, una de las más graves en cuanto a su frecuente aplicación y cuestionada justificación; y, más aún, considerando el bien jurídico que afecta que es uno de los más preciados y de mayor valor del ser humano: la libertad.

En cuanto al conflicto de la justificación o injustificación de la prisión preventiva existen dos elementos que contribuyen a promover tal conflicto. En primer lugar tenemos que se da como una reacción inmediata contra la comisión del delito y, además, como medida cautelar para asegurar el éxito del procedimiento penal, bien para alcanzar la verdad, asegurar el cumplimiento de la pena o evitar la posible continuación de la actividad delictiva, etcétera. En segundo término, y en contraposición con la reacción inmediata contra el delito, resulta injustificada la prisión preventiva atendiendo el principio de la presunción de inocencia que tiene el procesado, situación que implica que resulta injusto castigar a una persona cuya responsabilidad está aún por determinarse; evento que debe obligar a la limitación de la aplicación del internamiento preventivo a los casos más estrictamente necesarios; la preventiva tiene que aplicarse excepcionalmente.

Los elementos mencionados que propician el conflicto en cuanto a la justificación o injustificación de la prisión preventiva, traen consigo además el conflicto entre el interés colectivo y el individual. Ahora bien, la conciliación entre estos dos intereses constituye una problemática que sigue teniendo vigencia en la actualidad y a todos niveles, no obstante los esfuerzos realizados a niveles nacionales como internacionales para conciliar dichos intereses.

En justicia lo primordial es encontrar ese justo medio entre los derechos de la sociedad y los del individuo presuntamente responsable. Ese justo medio podría encontrarse en limitar la aplicación de la preventiva a los casos más indispensables, no decretarla ciega y automáticamente en todos los casos, no hay que hacer de ella una pena.

Ahora bien, independientemente de lo justo o injusto que resulte la prisión preventiva, es evidente que el individuo en muchas ocasiones se ve sujeto a constantes violaciones a su libertad o a la de sus familiares por considerársele presunto responsable de una conducta delictuosa.

En efecto, es del conocimiento del ciudadano común que constantemente las autoridades detienen a personas sin ninguna orden judicial o sin que se cumplan los requisitos exigidos para considerar legítima la aprehensión o

detención, situación que propicia que en muchos países se violen constante y flagrantemente los derechos humanos y no se tiene ni un mínimo de respeto a la dignidad de la persona. Existen una gran variedad de instrumentos jurídicos que contienen una gran gama de disposiciones que pretenden brindar una adecuada protección a los derechos humanos. No obstante lo anterior, desafortunadamente en muchos países a pesar de que de jure cuentan con numerosas disposiciones que salvaguardan los intereses del individuo y de la sociedad en la protección de los derechos humanos, de facto estos intereses se ven pisoteados por algunos órganos del estado ante los cuales el individuo queda sin defensa e imposibilitado de acudir a las autoridades a exigir respeto a sus garantías ante la amenaza de que se le cause algún mal a su familia.

Así pues, en este contexto, en el presente capítulo señalamos los requisitos y exigencias que se deben dar para considerar legalmente válida la detención de una persona, las consecuencias que resultan de una privación de la libertad y los derechos y obligaciones que tiene el que la sufre.

En efecto, en este capítulo tratamos de precisar los conceptos de aprehensión, detención y prisión preventiva; la procedencia de la aprehensión y la detención; el auto de formal prisión y prisión preventiva; la naturaleza y finalidades de la prisión preventiva; sus características; la aplicabilidad que tiene la ley de normas mínimas y el reglamento de reclusorios del Distrito Federal a la prisión preventiva, así como algunos de los efectos de la medida cautelar y terminamos mencionando la jurisprudencia aplicable a algunos de los apartados que se mencionan.

Por último solamente queremos mencionar que si el estado quiere ser verdaderamente fuerte tiene que ver que sus órganos respeten los derechos humanos, se tiene que respetar la dignidad del individuo, tiene que brindar una real y mayor protección del individuo y de la sociedad; en la proporción que el estado respete los derechos individuales, en esa misma proporción se verá fortalecido; un estado es fuerte en la medida que respete al elemento pueblo que lo constituye.

2.- Conceptos: Aprehensión, Detención y Prisión Preventiva.

Existen diferentes formas mediante las cuales se puede privar de la libertad personal: la aprehensión, la detención y la prisión preventiva. No obstante que no son las únicas formas de privación de la libertad, éstas son de las más aflictivas, aún cuando su duración sea transitoria. Estas medidas cautelares coinciden en que las tres tienen por esencia y efecto privar de la libertad física al inculpado en forma provisional; tienen por objeto asegurar el éxito del proceso. La diferencia entre estas medidas es sólo cuestión de grado: la prisión preventiva es más intensa y prolongada que la aprehensión y la detención.

Los términos aprehensión y detención han sido usados indistintamente como sinónimos; más aún, se han prestado a la confusión: no han sido distinguidos apropiadamente. Aún cuando el uso indiscriminado de tales conceptos es irrelevante para efectos prácticos, haremos algunas referencias al respecto.

Acero (1) considera como aprehensión "...el acto mismo de la captura del reo, el hecho material del apoderamiento de su persona", y la detención la considera como un estado: "...el estado de privación de la libertad que sigue inmediatamente a ese aseguramiento y termina con la formal prisión o la libertad por falta de méritos a las setenta y dos horas siguientes." Agrega que por tal motivo, "...cuando un juez después de la declaración de un individuo que comparece por citación que se le hace, juzga restringir su libertad, no dice que lo aprehende, faltando todo elemento de violencia o sorpresa, sino que lo detiene." En otras palabras, de lo anterior se infiere que el autor mencionado reserva la aprehensión al mero apoderamiento del imputado, el hecho material de la captura por la autoridad administrativa o cualquier persona. Es a partir de este momento, el de la captura, cuando se da la detención, la cual termina dentro de las setenta y dos horas siguientes con el auto de formal prisión o la libertad por falta de elementos. Se refiere a la aprehensión como el mero apoderamiento del presunto responsable, después de ésta y hasta

(1) Acero, Julio. Procedimiento Penal. Puebla, Cajica, 1976, p. 127.

el denominado auto de término constitucional que decreta la autoridad judicial se da la detención.

Briseño Sierra (2), dice que:

...aprehensión y detención son los medios para lograr la privación de libertad, en tanto que arresto y prisión resultan las sanciones corporales, la primera de carácter disciplinario y la segunda típicamente penal. La aprehensión es la vía coactiva, y la detención es el estado de privación preventiva que antecede a la prisión.

El maestro González Bustamante (3), señala que:

...por aprehensión entendemos el acto material que ejecuta la Policía Judicial encargada de cumplir los mandamientos judiciales y que consiste en asegurar o prender a una persona, poniéndola bajo custodia con fines preventivos, conforme lo amerite la naturaleza del proceso. La detención, en cambio, es el estado de privación de libertad que sufre una persona en virtud de un mandamiento judicial. La aprehensión consiste en la acción de apoderarse de una persona; de asegurarla para prevenir su fuga. La detención es el estado de privación de libertad que padece una persona.

Rivera Silva (4) comparte lo afirmado por González Bustamante, agregando que:

...se debe entender por aprehensión el acto material de apoderarse de una persona privándola de su libertad... La detención es el estado de privación de libertad en que se encuentra una persona cuando ha sido depositada en una cárcel, o prisión pública, u otra localidad que preste seguridad necesaria para que no se evada.

(2) Briseño Sierra, Humberto. El Artículo 16 de la Constitución Mexicana. México, UNAM, 1967, p. 91.

(3) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. México, Porrúa, 1983, p. 114.

(4) Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. México, Porrúa, 1973, pp. 146 y 147.

Fenech (5) define a la detención como:

...un acto por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtud de una declaración de voluntad de carácter provisional, y que tiene por fin ponerla a disposición, mediata o inmediatamente, del instructor del proceso penal para los fines de éste, en expectativa de su posible prisión provisional.

Por su parte Arilla Bas (6), respecto de los términos en cuestión, dice que:

La detención y la prisión son resultado de actos jurisdiccionales: el auto de detención y el de formal prisión, respectivamente. Sin embargo, la primera de ellas por necesidad de orden social, puede ser ordenada por autoridades distintas de la judicial. No hay que confundirla, en ningún caso con la aprehensión. Esta consiste en el acto material de prender a la persona, de asirla para privarla de la libertad, y aquella viene a ser el estado jurídico de privación de libertad que sigue a la aprehensión.

Velez Mariconde (7), define como detención:

...el estado relativamente breve de privación de libertad que el juez de instrucción o el Agente Fiscal imponen a quien sospechan participe de un delito reprimido con pena privativa de libertad, cuando no estiman que pueda corresponder una condena de ejecución condicional, a fin de asegurar su comparendo inmediato y evitarle toda acción capaz de impedir o poner obstáculos a la actuación de la ley penal.

Este mismo autor conceptúa la aprehensión como un acto anterior a la detención, ejecutada generalmente por la autoridad judicial y en ocasiones por particulares; es la detención del imputado cuando no existe orden judi-

(5) Fenech, Miguel. Derecho Procesal Penal, t. II. España, Labor, 1952, p. 123.

(6) Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. México, Kratos, 1981, p. 70.

(7) Velez Mariconde, Alfredo. Derecho Procesal Penal, t. II. Buenos Aires, Lerner, 1969, p. 497.

cial. "...el acto de privar de libertad a una persona sospechada de criminalidad, a fin de ponerla inmediatamente a disposición de la autoridad judicial competente." (8)

Por otro lado, Pérez Palma (9) menciona que los términos de detención y aprehensión, no son sinónimos, ni equivalentes. Define que las "...aprehensiones son las que se ejecutan mediante orden de autoridad judicial; detenciones, las privaciones de libertad ejecutadas por la policía judicial, el Ministerio Público, las autoridades administrativas y aún por particulares, sin que medie orden de autoridad judicial."

Las anteriores concepciones de aprehensión y detención, hacen patente la confusión en el uso de esos vocablos, como lo hemos afirmado.

Antes de definir lo que es la prisión preventiva, haremos algunas consideraciones en cuanto a lo que entendemos por aprehensión y detención.

Etimológicamente la palabra aprehensión, del latín apprehensio-onis, es la acción que consiste en tomar, coger, aprehender o asegurar. Aprehender de apprehendere, de ad, a y prehendere, asir, tomar: coger, asir, prehendere a una persona o bien alguna cosa. Detención, también del latín detentio-onis: acción y efecto de detener o de detenerse, privación de la libertad, arresto; detener de detinere: detener, poner en prisión. (10) Así, tenemos, aprehensión y detención, como acción y efecto de aprehender y detener, respectivamente; consisten en que la primera es el acto material en que se asegura al presunto responsable del delito; es decir, el momento preciso de asir materialmente al imputado, ya sea por la autoridad o un particular. La detención

(8) Ibidem, pp. 447, 503 y ss.

(9) Pérez Palma, Rafael. Guía de Derecho Procesal. México, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1975, p. 143.

(10) Diccionario Enciclopédico Espasa, tt. 2 y 9. Voces: aprehensión y detención. Madrid, Espasa-Calpe, 1979, pp. 858 y 168.

es el estado de privación de la libertad que sufre una persona en virtud de una aprehensión. La detención es el estado que sigue inmediatamente a la aprehensión, al apoderamiento.

Una vez realizada la aprehensión, todo el tiempo que dura el detenido a disposición de la autoridad administrativa se encuentra en estado de detención, por tal motivo una vez que se realiza la consignación al órgano jurisdiccional se dice que se hace con detenido; o bien, en su ausencia, sin él. Más aún, una vez que está a disposición de la autoridad judicial, sigue manteniendo la calidad de detenido, cambiando esa situación cuando se dicta el auto de término constitucional dentro de las setenta y dos horas siguientes en que fue puesto a su disposición. La detención se inicia una vez realizada la aprehensión y termina con el auto de formal prisión, sujeción a proceso o con el de libertad por falta de elementos para procesar. En caso de existir auto de formal prisión, la detención se convierte en prisión preventiva; si se decreta la libertad por falta de elementos, se deja en libertad al inculcado, sin perjuicio de que, por datos posteriores de prueba, se proceda nuevamente contra él (artículo 167 CFPP). En sentido estricto, ésta es la connotación que se sugiere se dé a los vocablos aprehensión y detención.

Prisión preventiva. La institución de la prisión preventiva ha sido objeto de violentos ataques, en virtud de que es injusto encarcelar a los imputados antes de la condena; los deteriora y corrompe, los arruina moralmente debido a la promiscuidad existente en la cárcel y propicia su "prisonalización" y "estigmatización", como se precisará en el capítulo siguiente.

A continuación se darán algunos conceptos y precisiones sobre la institución de la prisión preventiva.

Rodríguez y Rodríguez (11) la llama detención preventiva y la define como: "...la medida privativa de la libertad, impuesta excepcionalmente al presupuesto (SIC) responsable de un delito grave, en virtud de un mandato

(11) Rodríguez y Rodríguez, Jesús. La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado. México, UNAM, 1981, p. 14.

judicial, antes del pronunciamiento de sentencia firme." Este autor considera que la detención preventiva se inicia a partir del momento en que la persona es aprehendida en cualquiera de las tres hipótesis que contempla el artículo 16 constitucional. (12)

Rodríguez Manzanera (13) la conceptúa como:

...la privación de la libertad de un sujeto responsable de un delito, cuya comisión ha sido comprobada, y que, por tratarse de una violación grave de la ley penal, hace suponer una peligrosidad que amerita el internamiento del sujeto por el tiempo que debe durar el juicio.

González Bustamante (14) dice que consiste en "...el aseguramiento provisional de la persona en contra de quien recaen sospechas de culpabilidad."

Velez Mariconde (15) la define de la siguiente manera:

...el estado de privación de libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la sustanciación del proceso, cuando se le atribuye un delito reprimido con pena privativa de la libertad, a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal.

Fix-Zamudio (16) la denomina detención preventiva y dice que debe entenderse como tal:

(12) Ibidem, p.17.

(13) Rodríguez Manzanera, Luis. Introducción a la Penología (Apuntes para un Texto). México, 1978, p. 73.

(14) González Bustamante, op.cit., p. 184.

(15) Velez Mariconde, op. cit., t.I., p.507

(16) Diccionario Jurídico Mexicano, t. III. Voz: Detención Preventiva. México, UNAM, 1983, p. 275.

...la medida precautoria establecida en beneficio de la sociedad, por virtud de la cual se priva de la libertad al acusado en un proceso penal, cuando se le imputa la comisión de un delito grave, y por ello existe la presunción de que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer los fines del proceso punitivo.

Rivera Silva (17), dice que: "La prisión preventiva se refiere al estado de privación de la libertad que guarda una persona contra la que se ha ejercita acción penal."

Pérez Palma (18), dice que ha sido definida como: "...el estado de privación de la libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la substanciación del proceso, a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal."

Burgoa (19) considera a la prisión preventiva y a la detención una sola cosa. Señala la existencia de dos períodos en la prisión preventiva: 1) desde la consignación con detenido o la aprehensión en virtud de mandamiento judicial hasta el auto de formal prisión o el de la libertad por falta de méritos; y 2) desde el primero de los autos mencionados hasta el pronunciamiento de sentencia ejecutoria.

Fenech (20) denomina a la institución prisión preventiva o provisional, y dice que es:

...un acto cautelar por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtud de una declaración de voluntad judicial y que tiene por objeto el ingreso de ésta en un establecimiento al destinado efecto, con el fin de asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena.

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

(18) Pérez Palma, op. cit., p. 293.

(19) Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. México, Porrúa, 1961, p. 460.

(20) Fenech, op. cit., p. 129.

La prisión preventiva es una medida precautoria decretada por el órgano jurisdiccional, mediante la cual se priva de la libertad al procesado, por considerársele responsable de un delito castigado con pena privativa de la libertad, a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal. La prisión preventiva es una prolongación de la detención (stricto sensu). Se inicia a partir del auto de formal prisión y termina con la sentencia ejecutoria, a menos que exista alguna circunstancia que la interrumpa (que desaparezcan los motivos que la originaron).

La detención y la prisión preventiva son las más importantes de las medidas cautelares, por su gravedad y trascendencia, que tiene por sustancia y efecto la privación provisional de la libertad física del inculpado a fin de asegurar que, en su oportunidad, se ejecute la sentencia que recaiga. Detención y prisión preventiva, participan de la misma esencia; difieren sólo en cuestión de grado; la preventiva es más intensa y permanente que la detención. (21)

La prisión preventiva, de la misma manera que la detención, está supe-
ditada a la existencia de delito sancionado con pena privativa de la libertad (artículo 16 constitucional); es impropio, cuando el delito sólo trae aparejada pena no corporal o alternativa.

La detención puede ser llevada a cabo por cualquier persona, tenga o no autoridad, mientras que la prisión preventiva sólo puede ser decretada por la autoridad judicial. La detención puede recaer sobre persona distinta del inculpado, en tanto que la prisión preventiva sólo procede contra él. La detención es siempre una privación momentánea de la libertad y su objeto es poner a la persona a disposición del juez; la prisión preventiva se da solamente mediante resolución escrita de este último, por la que se priva de la libertad al imputado en forma casi permanente, hasta que se dicte sentencia en la causa, salvo que desaparezcan los motivos que la determinaron.

Como se ha dicho, la diferencia entre detención y prisión es sólo cuestión de grado, más cuantitativas que cualitativas.

(21) García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. México, Porrúa, 1977, pp. 407 y 408.

3.- Procedencia de la Aprehesión y Detención.

Aprehesión y detención son dos formas de privación de la libertad humana. Aún cuando su duración es transitoria no deja de ocasionar afectación. La orden de aprehesión o detención es el único título jurídico a través del cual se puede privar de la libertad corporal conforme al artículo 16 constitucional.

La afectación o molestia que derivan de la aplicación de las figuras mencionadas, puede llevarse a cabo al ser cumplidas las condiciones que exige el artículo 16 constitucional para el libramiento de una orden judicial de aprehesión pero no sólo mediante la existencia del mandato judicial se puede privar de la libertad a una persona, existen casos de excepción a esa regla general que permiten realizar dicha afectación: los casos de flagrancia y urgencia; estas excepciones se encuentran en el propio precepto mencionado.

En efecto: el artículo 16 constitucional prescribe:

Art. 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y 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 aprehesión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial....

I) Aprehesión y Detención Mediante Orden de Autoridad Judicial Competente.

La orden de aprehesión es un mandamiento judicial mediante el cual se dispone la privación procesal de la libertad de una persona, con el propó-

sito de que quede sujeta, de manera cautelar, a un proceso determinado como presunta responsable de la comisión de un delito. (22)

A la luz del precepto constitucional mencionado, solamente la autoridad judicial puede librar la orden de aprehensión o detención, pero es necesario que previamente exista acusación, denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley sancione con pena corporal, y aquéllas deberán estar apoyadas por declaraciones, bajo protesta, de personas dignas de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

De lo anterior tenemos que con la existencia de cualquier clase de pruebas o indicios que puedan crear convicción en la autoridad que deba librar la orden pueden ser suficientes para su libramiento.

Se ha sostenido que nuestra Carta Magna no exige para poder verificar una aprehensión, como lo hace para la formal prisión, que esté comprobado en autos el cuerpo del delito en atención a lo urgente de la medida cautelar por el delito cometido; es suficiente que se cumplan las exigencias del artículo 16 constitucional. Sin embargo, atendiendo a lo que llaman presupuestos normales de la consignación, y considerando que ésta ocurre antes de que se dicte orden de aprehensión, previamente a la solicitud de tal mandato ya se deberá haber comprobado el corpus criminis, o al menos procurado comprobarlo. (23)

La orden de aprehensión sólo debe y puede ser solicitada por el Ministerio Público, el juez, previo análisis de las pruebas existentes, determinará si estima procedente o no su libramiento; no la puede librar de oficio, ni tampoco la petición del representante social implica obligación de librarla. Más por el contrario, es una obligación del Ministerio Público solicitarla si considera que se han cubierto los requisitos del artículo 16 constitucional.

(22) Ibidem; p. 372.

(23) Loc. cit.

Dada la naturaleza del sistema acusatorio imperante en el enjuiciamiento mexicano, consistente en que el proceso penal debe ser un proceso de partes, si el Ministerio Público no solicita la orden de aprehensión contra determinada persona, el juez que conoce del asunto no podrá decretarla de manera oficiosa. Debido a que, tanto el Ministerio Público como el juez, están sujetos a imperativos legales; aquél no debe solicitar que se decrete el libramiento de la orden de aprehensión, si no se encuentran satisfechos los presupuestos que la ley exige para su libramiento, y en caso de que lo haga, el juez no está obligado a acceder a su petición. El órgano jurisdiccional debe examinar, previamente, si las pruebas recabadas en la averiguación previa, que sirven de apoyo al Ministerio Público para solicitarla, satisfacen los requisitos de ley; en caso de que no sea así, debe negarse a dictar el mandamiento de captura.

Por el contrario, si las diligencias practicadas son suficientes para cubrir los requisitos exigidos debe satisfacer la solicitud.

Librada la orden de aprehensión en forma escrita, debe entregarse al solicitante, quien a su vez la turnará a la Policía Judicial para su ejecución (artículos 133 CPPDF y 196 CFPP).

Una vez realizada la aprehensión debe ponerse al detenido sin demora a disposición del juzgador, para los efectos constitucionales y legales correspondientes, informando al tribunal sobre la hora en que aquélla se efectuó. El encargado del reclusorio o centro de salud asentará en el documento relativo a la orden de aprehensión ejecutada, el día y hora del recibo del detenido (artículo 197 CFPP). (24)

A) Requisitos para el Libramiento de la Orden de Aprehensión.

Existen casos en los cuales el Ministerio Público en ejercicio de la acción penal, consigna la averiguación previa atendiendo la existencia del curpus criminis y la presunta responsabilidad de una persona. En estos casos,

(24) Este precepto, en los términos que se apuntan, fue publicado en El Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de enero de 1986.

como hemos dicho, solicita a la autoridad judicial que consigna, el libramiento de la orden de aprehensión correspondiente (puede proceder solamente la comparencia) contra quien considera responsable del ilícito. Mas en estos casos, para que el juez resuelva que es procedente librar la orden de aprehensión es necesario que se reúnan ciertos requisitos; a ellos nos referimos líneas adelante.

El juez para negar o acceder a librar la orden de aprehensión, debe comprobar si se satisfacen o no las exigencias del artículo 16 constitucional. Por otra parte, el artículo 132, fracción I, del CPPDF y 195 del CFPP, señalan que para que se libere una orden de aprehensión se deben reunir los requisitos que fija el precepto constitucional mencionado y a petición del Ministerio Público. El artículo 16 mencionado exige que se funde y motive la causa legal del procedimiento que origine la molestia, es decir que señale el precepto jurídico que faculta a la autoridad a ordenar el acto y que explique las causas, motivos y circunstancias que la llevan a tomar tal determinación.

La fundamentación y motivación se traducen en la exigencia del principio de legalidad. En éste se encuentran implicados los principios de irretroactividad, de igualdad y competencia, entre otros.

La aprehensión y detención son actos de molestia que deben ser emitidos u ordenados por autoridad competente, mandamiento que debe constar por escrito. La realización del acto de molestia presupone la satisfacción de los requisitos de fondo y de forma que exige el artículo 16 constitucional.

A) 1.- Requisitos de Fondo:

a) Que exista denuncia o querrela;

b) Que la denuncia o la querrela sea sobre hechos castigados con pena privativa de la libertad (que no sea alternativa o no privativa de libertad);

c) Que la denuncia o querrela estén apoyadas por declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado;

- d) Que la solicite el Ministerio Público; y
- e) Que la expida la autoridad judicial

A) 2.- Requisitos de Forma:

Conforme al artículo 195, segundo párrafo, del CFPP, la orden de aprehensión debe contener los siguientes requisitos de forma:

- a) Relación sucinta de los hechos que la motivan;
- b) Los fundamentos legales;
- c) La clasificación provisional que se haga de los hechos delictuosos; y
- d) Nombre y firma de la autoridad judicial que la emite, así como la fecha en que se expide.

II) Los Casos de Excepción:

Hemos dicho que el único título jurídico que existe para privar de la libertad a una persona es mediante la existencia de orden de aprehensión, la cual solamente puede ser expedida por autoridad judicial a pedimento del Ministerio Público y previa la comprobación de las exigencias del artículo 16 constitucional. Sin embargo, el precepto mencionado contiene dos excepciones a la regla general: la flagrancia y la urgencia. La protección constitucional de la exigencia del mandato de autoridad judicial para aprehender a una persona que se presume responsable de un delito, se ve desbordada y no surte efectos contra las autoridades ni contra los particulares, exigiendo solamente que se ponga al aprehendido a disposición de la autoridad inmediata a la brevedad posible.

Ahora bien, en cuanto a los códigos adjetivos, federal y del Distrito Federal, la regulación que dan a tales situaciones se contemplan en los artículos 193 y 266, respectivamente. En efecto:

Art. 193.- Los funcionarios que practiquen diligencias de policía judicial están obligados a proceder a la detención de los aparezcan responsables de un delito, de los que se persiguen de oficio, sin necesidad de orden judicial: I. En caso de flagrante delito; II. En caso de notoria urgencia, por existir temor fundado de que el inculpado trate de ocultarse o de eludir la acción de la justicia, cuando no hay autoridad judicial en el lugar.

Art. 266.- El Ministerio Público y la policía judicial del Distrito Federal están obligados, sin esperar a tener orden judicial, a proceder a la detención de los responsables de un delito: I. En caso de notoria urgencia, cuando no haya en el lugar autoridad judicial.

A) Flagrancia.- La primera excepción es aquella que atañe al delito flagrante.

La palabra flagrar (25) (del latín flagrare), significa arder o resplandecer como fuego o llama. De tal suerte que etimológicamente flagrante delito equivale a delito flamante o resplandeciente, para dar una idea de un hecho vivo o palpable cuya realidad se impone claramente y subsiste ante los ojos del observador.

García Ramírez (26), al lado de la denuncia y la querrela como instituciones que desencadenan el procedimiento penal, sitúa a la flagrancia, sin desconocer el hecho de que, una vez producida ésta, la situación criminal llegará al conocimiento del Ministerio Público a través de una denuncia o una querrela.

Los casos de flagrante delito por el solo hecho de serlo se consideran de urgencia especial, por tal motivo el artículo 16 constitucional autoriza no sólo al Ministerio Público o a otra autoridad administrativa, sino a cualquiera otra persona, a detener al delincuente, sin más requisitos que ponerlo sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

(25) Diccionario Enciclopédico Espasa, t. II. Voz: flagrancia; op. cit., p. 437.

(26) García Ramírez, op. cit., p. 347.

Los artículos 267 del CPPDF y 194 del CFPP definen lo que es flagrancia.

Art. 267.- Se entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito: no sólo cuando es arrestado en el momento de estarlo cometiendo, sino también cuando, después de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido.

Art. 194.- Para los efectos de la fracción I del artículo anterior, se entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito no sólo cuando es detenido en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpa-do es perseguido materialmente, o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.

Este último precepto es más completo que aquél, ya que mientras el primero sólo contempla los casos de flagrancia en sentido estricto y cuasi-flagrancia, el segundo incluye, además, el de presunción de flagrancia.

Tradicionalmente se ha estimado que existe flagrancia, en sentido estricto, cuando la persona es sorprendida y detenida en el momento mismo de estar cometiendo el delito; sin embargo, dada la evolución natural del derecho penal, el legislador establece que no solamente debe entenderse por flagrancia el aprehender al delincuente en el momento mismo de estar cometiendo el delito, sino también, cuando después de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido (artículo 267 CPPDF); o bien cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir su culpabilidad (artículo 194 CFPP).

A) 1.- Flagrancia por Equiparación: a) Delito Cuasiflagrante; b) Presunción de Flagrancia.

Los casos que hemos mencionado, fuera de la flagrancia en estricto sentido, como flagrantes también son consideradas la cuasiflagrancia y presunción de flagrancia. En sentido estricto, delito flagrante es el que se está cometiendo, aquel que se acaba de cometer ya no lo es. Delincuente in fraganti es aquel que es descubierto en el momento mismo de la comisión

del hecho punible. En consecuencia, hay flagrancia estricta, cuando el sujeto es detenido en el momento mismo de cometer el delito, sin solución de continuidad alguna entre la perpetración del crimen y el instante en que se procede a la captura. (27)

a) Delito Cuasiflagrante. Atendiendo la parte relativa de los códigos adjetivos citados, que dicen que es delito flagrante también cuando: después de ejecutado el hecho o acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido; tenemos que se da tal connotación al delito que acaba de cometerse, en el cual el delincuente es perseguido en forma material. En la cuasiflagrancia se extienden los efectos de la flagrancia a aquel momento en el tiempo en que después de ejecutado el hecho delictuoso el delincuente es materialmente perseguido.

Entonces, existe cuasiflagrancia cuando la detención se produce tras de haber perseguido materialmente al responsable, sin perderle de vista, una vez cometido el delito. En este caso, la solución de continuidad se da por la persecución del delincuente. (28)

González Bustamante (29) considera que delito cuasiflagrante

...es aquel en que el agente del delito, después de haberlo cometido, huye y es perseguido materialmente siempre que la persecución dure y no se suspendiese mientras que el responsable no se ponga fuera del inmediato alcance los que le persiguen.

b) Presunción de Flagrancia. Conforme al artículo 194 del CFPP, se presume que hay flagrancia cuando:

...en el momento de haberlo cometido, alguien le señala como responsable del delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundamente su culpabilidad.

(27) Ibidem, p. 347.

(28) Loc. cit.

(29) Op. cit., p. 118.

De esto tenemos que para que exista cuasiflagrancia se requiere que que exista señalamiento en contra del imputado y además que existan huellas e indicios de su presunta responsabilidad, que tenga en poder el objeto del delito o el instrumento con que se presume que se haya cometido; sino se dan los dos requisitos que se exigen como mínimo no se puede decir que el delincuente es sorprendido en flagrante delito en sentido amplio.

Solamente en los tres casos mencionados se entiende la flagrancia (flagrancia strictu sensu, cuasiflagrancia y flagrancia presuntiva), en caso contrario no existe.

En los casos que existe flagrancia, cualquier persona, sea o no agente de la autoridad, puede realizar la captura del delincuente, y de sus cómplices, pero con la obligación de ponerlos, sin demora, a disposición de la autoridad inmediata. Esta autoridad inmediata, dadas sus funciones, debe ser el Ministerio Público, el cual debe realizar la consignación inmediatamente ya que no tienen motivo de retener a los detenidos, a fin de que se resuelva su situación jurídica mediante el auto de término constitucional (artículo 19 C.). En el caso de que sea otra autoridad a la que se entregue, ésta debe ponerlo inmediatamente a disposición de aquél.

B) Urgencia.- El otro caso de excepción en que se puede aprehender sin previa orden judicial lo encontramos en los llamados casos urgentes.

Si no existe flagrancia nadie puede aprehender al presunto responsable, excepto la policía judicial, siempre y cuando tenga orden judicial para hacerlo. Sin embargo nuestra ley fundamental contempla una situación en que permite la aprehensión de una persona por autoridad administrativa sin orden judicial; se trata de los casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y siempre y cuando se trate de delito perseguible de oficio. En efecto, el artículo 16 constitucional en la parte relativa dispone como hemos dicho que:

... Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial...

El mandato constitucional se repite en las leyes secundarias. En efecto, los artículos 266 y 268 CPPDF y 193 CFPP, prescriben:

Art. 266.- El Ministerio Público y la policía judicial del Distrito Federal están obligados, sin esperar a tener orden judicial a proceder a la detención de los responsables de un delito:... II. En caso de notoria urgencia, cuando no haya en el lugar autoridad judicial.

Se complementa:

Art. 268.- Se entiende que no hay autoridad judicial en el lugar y existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente: cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se practica la detención, no hay ninguna autoridad judicial que puede expedir la orden correspondiente y existan serios temores de que el responsable se substraiga a la acción de la justicia.

Por su parte el CFPP dispone:

Art. 193.- Los funcionarios que practiquen diligencias de Policía Judicial están obligados a proceder a la detención de los que aparezcan responsables de un delito, de los que se persiguen de oficio, sin necesidad de orden judicial:... II. En caso de notoria urgencia, por existir temor fundado de que el inculcado trate de ocultarse o de eludir la acción de la justicia, cuando no haya autoridad judicial en el lugar.

En los denominados casos urgentes, la autoridad administrativa podrá, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado siempre y cuando no exista ninguna autoridad judicial en el lugar y se trate de delitos que se persiguen de oficio, con la obligación de ponerlo inmediatamente a disposición del órgano jurisdiccional. La autoridad administrativa a que se hace referencia, no puede ser otra que el Ministerio Público, ya que éste es el único que puede promover la actuación de la autoridad judicial.

Atendiendo la copulativa "y" del ordenamiento constitucional de referencia, que une las expresiones "... cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio..." implica que deben concurrir ambos requisitos para que se dé la excepción de urgencia; faltando alguno de ellos no se surte la hipótesis normativa.

Acero (30) señala que la falta de autoridad judicial en el lugar debe entenderse respecto de la población, villa o hacienda de que trate así como rancherías, lugares despoblados o en las mismas poblaciones cuando por algún motivo se carezca en ellos de autoridad judicial o se hayan ausentado los jueces respectivos. Esto último no quiere decir que hasta que no se hallen éstos presentes en la casa, calle o sitio mismo de la comisión del delito, ya que esto sería prácticamente imposible y siempre autorizaría invariablemente las facultades administrativas.

No obstante, frecuentemente se recurre a esta última interpretación para tratar de legitimar aprehensiones que de otra manera resultarían notoriamente injustificadas.

La hipótesis constitucional que se menciona, se presta a una ilimitada y subjetiva aplicación por parte de las autoridades administrativas, incluyendo al Ministerio Público, para atentar contra la libertad personal de los ciudadanos. Así, es suficiente que la autoridad administrativa considere, por sí y ante sí, que está ante un caso urgente para proceder a detener a una persona, que en su concepto considere reponsable de un delito que se persigue de oficio. Esta situación propicia que en la práctica se lleven a cabo, con bastante frecuencia, casos en los que, sin orden judicial, se priva de la libertad a una persona; no sólo por funcionarios del Ministerio Público, sino también por autoridades administrativas a las que constitucional y legalmente no incumbe la persecución de los delitos.

Ante tan desolada realidad, es evidente que debido al arbitrio que surge del subjetivismo de los casos de urgencia, resulta engañoso el principio general de que solamente la autoridad judicial puede ordenar la aprehensión.

Ante el subjetivismo de los casos urgentes, Franco Villa (31) apunta que esto entraña incertidumbre y una seria amenaza para la libertad personal

(30) Acero, op. cit., p. 129.

(31) Franco Villa, José. El Ministerio Público Federal. México, Porrúa, 1985, pp. 154 y 155.

de los individuos, existiendo por tal motivo la necesidad de precisar tal denominación; o bien, señalar especialmente los casos en que se pueda detener a una persona sin necesidad de orden judicial a través de la autoridad administrativa, y ante determinados tipos de delitos atendiendo su trascendencia, que no sea necesario esperar a que la autoridad judicial expida la orden de aprehensión contra los responsables.

García Ramírez (32) con anterioridad había planteado la mencionada posibilidad, atendiendo a que no se puede contar con orden de aprehensión en virtud de no haberse ejercitado aún la acción penal, y ante la evidencia, por virtud de confesión o de otras probanzas, la responsabilidad de quien va a ser aprehendido.

Ahora bien, una vez realizada una aprehensión, en cualquiera de sus modalidades (mediante orden judicial, flagrancia o urgencia) cabe preguntarse, ¿cuánto tiempo debe durar una persona privada de su libertad ante el Ministerio Público u otra autoridad administrativa?

III) Duración de la Detención.

En lo referente a la detención mediante orden de aprehensión de la autoridad judicial y los casos de flagrante delito, el artículo 16 constitucional ordena que debe ponerse al detenido o detenidos "...sin demora a disposición de la autoridad inmediata." En los casos urgentes dice que la autoridad administrativa que decreta la detención debe poner al acusado "...inmediatamente a disposición de la autoridad judicial".

Por lo que hace al código del Distrito Federal y al federal; en cuanto a la aprehensión mediante orden judicial el primero prescribe que "...quien la hubiere ejecutado deberá poner al aprehendido, sin demora alguna, a disposición del tribunal respectivo..." (artículo 134); en lo que hace a flagrante delito y urgencia ordena que cuando el acusado sea aprehendido, el Ministerio Público tiene la obligación de poner "...inmediatamente al

(32) García Ramírez, op. cit., p. 358.

detenido a disposición de la autoridad judicial,..." (artículo 272). La ley federal, en relación con el primer caso que citamos menciona que "siempre que se lleve a cabo una aprehensión en virtud de orden judicial, quien la hubiere ejecutado deberá poner al aprehendido, sin demora alguna, a disposición del tribunal respectivo,..." (artículo 197); por lo que se refiere a los casos de flagrancia y urgencia no menciona temporabilidad alguna.

La respuesta a nuestra interrogante la encontramos en los adverbios inmediatamente y sin demora, que utilizan la constitución y las leyes secundarias. Pero, por otra parte, subsiste la interrogante, ya que habrá que dar respuesta a lo que debe entenderse como inmediatamente y sin demora. Estos adverbios excluyen todo término; lo inmediato es en seguida, sin tardanza, rápido; sin demora quiere decir lo mismo que inmediatamente, debe ser sin dilación, sin retraso, sin tardanza. En otras palabras, cuando se priva de la libertad a una persona, sea mediante orden de aprehensión, en flagrancia o en caso urgente, hecha la detención, debe ponerse sin dilación a disposición de la autoridad judicial competente.

La doctrina (33) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación han considerado que, el adverbio inmediatamente se traduce en el plazo de veinticuatro horas contemplando en la fracción XVIII, penúltimo párrafo, del artículo 107 constitucional.

Franco Villa (34) al contemplar los casos urgentes, señala que entre la fracción XVIII del artículo 107 constitucional y el artículo 16 del propio código, o existe contradicción o ambas disposiciones tienen un sentido normativo distinto. En el caso que contempla el artículo 16 se ordena que el detenido debe ser puesto inmediatamente a disposición del juez, es obvio que esta obligación se tiene que cumplir desde luego que se realiza la detención y no dentro del término máximo de veinticuatro horas que menciona la fracción

(33) García Ramírez, op. cit., p. 373; Colín Sánchez, op. cit., p. 230; Arilla Bas, op. cit., p. 61; González Bustamante, op. cit., p. 112.

(34) Franco Villa, op. cit., p. 156.

XVIII; es decir que conforme el artículo 16 dicha obligación no está sujeta a ningún plazo, entretanto que de acuerdo con la fracción citada "...surge después de fenecido el citado lapso de veinticuatro horas (contradicción)".

Por nuestra parte pensamos que la contradicción entre los vocablos "inmediatamente" y "sin demora" con el término de veinticuatro horas no existe, es sólo aparente.

El artículo 107, fracción XVIII, párrafo tercero, ordena que: "También será consignado a la autoridad o agente de ella, el que realizada una aprehensión, no pusiere al detenido a disposición de su juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes."

En efecto, si bien es cierto que el detenido debe ser puesto sin demora a disposición de la autoridad judicial, el texto constitucional no contradice lo dispuesto por los códigos adjetivos ni el propio artículo 16 del mismo código, ya que el hecho de señalar un término no quiere decir que la detención ante la autoridad administrativa tenga que prolongarse hasta que fenezca o esté por fenecer ese término; sino más bien las veinticuatro horas se imponen para poner un tope a la autoridad y no prolongue la detención por un mayor tiempo, esto sin obstar que lo deba hacer de inmediato. Ahora bien, en caso de que las autoridades administrativas prolonguen la detención por más de veinticuatro horas, el detenido tiene materia para promover el juicio de amparo, por su ilegal detención.

Por otra parte hay que recordar que el Ministerio Público tiene que integrar una averiguación previa, lo cual se lleva cierto tiempo, por lo que no puede dejar de detener al presunto responsable por algunas horas y no poner al detenido de inmediato a disposición del órgano jurisdiccional; así mismo, hay que reconocer que en la función indagatoria del órgano investigador, ese tiempo en ocasiones es insuficiente para recabar los elementos de convicción necesarios para acreditar el cuerpo de delito y la presunta responsabilidad de un detenido, razón por la cual a veces prolongan las detenciones por un tiempo mayor al permitido, sin que se repriman tales arbitrariedades.

Así pues, pensamos que la detención de una persona en los casos en que existe orden judicial, la flagrancia y la urgencia no se pueden prolongar por más de las veinticuatro horas que señala el precepto constitucional mencionado, sin evitar que se ponga a disposición del juez de inmediato que se realiza la aprehensión, o bien ponerlo en libertad. Esto sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo in fine de la citada fracción, de que se prolongue la detención por el tiempo suficiente para recorrer la distancia que hubiere entre el lugar en que reside el juez que la solicitó y aquel en que se verificó la captura. En caso de que se prolongue la detención por un tiempo mayor al permitido, la autoridad que lo haga incurre en responsabilidad.

IV) Duración de la Averiguación Previa.

Ninguna disposición legal señala expresamente el tiempo que debe durar la averiguación previa a la consignación a los tribunales judiciales, también denominado período de preparación de la acción procesal. (35)

Nuestra actual Carta Magna no reguló las averiguaciones previas. Si se quiso que el Ministerio Público fuese el encargado de la persecución de los delitos, se le debió dar constitucionalmente facultades para instruir la fase previa al ejercicio de la acción penal, se le diera tiempo para integrar la averiguación previa, término para la consignación de los detenidos y tiempo para resolver si ejercitaría o no la acción. Sin embargo, el constituyente no pensó en ello y no reguló las averiguaciones previas lo que ha propiciado que el Ministerio Público se tome el tiempo que necesita para completar su investigación.

El problema de no señalar en forma clara la duración de las averiguaciones, se padece en los casos en que existe detenido, ya que amparadas en la aparente carencia de término, el Ministerio Público prolonga las detenciones indebidamente por encima de las protestas de los afectados.

(35) Ibidem, pp. 135 ss.

Estamos de acuerdo con Franco Villa (36) que la averiguación previa tiene todas las características del procedimiento inquisitorio, ya que es escrito, secreto, unilateral, no contradictorio, sin derecho real a la defensa, no se permite una intervención efectiva al defensor en las diligencias que se practican, existe incomunicación del detenido; es decir que los métodos de investigación siguen siendo los pasados.

Por otra parte, los códigos de procedimientos penales no contemplan la duración de las averiguaciones previas, situación que hace posible que las averiguaciones en que no existe detenido se prolonguen por tiempo indeterminado.

También participamos con lo dicho por Franco Villa (37) en cuanto que los asuntos en que existe detenido, aún cuando no haya flagrancia ni se trate de caso urgente, la duración es arbitraria pues varía de uno a ocho días. Mas no compartimos su opinión en cuanto a que no existe término para integrar la averiguación en los asuntos con detenido. (38) En efecto, hemos dicho que en los casos de flagrancia y urgencia, al igual que cuando se detiene a una persona por virtud de orden judicial, la autoridad administrativa no puede mantener detenido a un individuo por más de veinticuatro horas sin ponerlo a disposición del órgano jurisdiccional o dejarlo en libertad. Ahora bien, en base a ésto, es evidente que el Ministerio Público, como autoridad administrativa que es, en los casos de urgencia o flagrancia, en que tiene que integrar una averiguación previa antes de consignar a la autoridad judicial, tiene que comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculgado y realizar la consignación dentro del improrrogable término de veinticuatro horas en que puede estar detenida una persona ante el Ministerio Público

(36) Ibid., p. 152.

(37) Loc. cit.

(38) Ibid., pp. 151-153.

antes de que se ponga a disposición del juez. En la práctica esta disposición dista mucho de ser cumplida, ya que la regla más bien es que se prolongue la detención por un término mucho mayor.

Así pues, en los asuntos en que exista detenido la duración de la averiguación previa no debe exceder de veinticuatro horas (término insuficiente en algunos casos), ya que atendiendo a lo ordenado por el artículo 107, fracción XVIII, párrafo tercero, de nuestra ley fundamental, dentro de dicho término se debe poner a disposición del órgano jurisdiccional. En contra partida, en los casos en que no existe detenido ni la constitución ni las leyes secundarias señalan término para que el Ministerio Público realice su función de investigación y persecución de los delitos, por lo que en ocasiones la indagatoria se prolonga por varios años.

4.- Auto de Formal Prisión y Prisión Preventiva.

Hemos dicho con anterioridad (39) que la libertad no puede restringirse más que de acuerdo con el artículo 16 constitucional, una vez restringida, una vez aprehendida una persona y puesta a disposición del juez goza de las garantías que contienen los artículos 19 y 20 del propio código, además de otros, dentro de los cuales debe desarrollarse la actividad del órgano jurisdiccional.

Como sucede cuando lo ordena alguna disposición legal, los artículos 19 y 20 se convierten en un imperativo para la autoridad judicial ante quien el Ministerio Público está ejercitando su acción penal en un caso concreto. Los términos constitucionales improrrogables e ineludibles empiezan a correr para el juez desde el momento en que el detenido queda a su disposición, y su transgresión hace que incurra en responsabilidad.

Antes señalar los términos que señalan los artículos 19 y 20 de nuestra Carta Magna y las diligencias que se deben practicar dentro de ellos, vamos a mencionar brevemente lo relativo al "auto de radicación", denominado también de "inicio" o "cabeza de proceso".

(39) Supra, pp. 98-109.

Una vez que el juez recibe la consignación del Ministerio Público, debe actuar inmediatamente.

El "auto de radicación", "inicio" o "cabeza de proceso" es la primera determinación que lleva a cabo la autoridad judicial una vez que se ha ejercitado acción penal; mediante este auto se manifiesta o da la relación procesal, ya que tanto el procesado como el Ministerio Público quedan sujetos a la jurisdicción de un tribunal determinado.

García Ramírez (40) señala que con el auto de radicación inicia el proceso, no una fase preparatoria de éste; no se desplaza la aparición del proceso hasta el auto de formal prisión, ya que desde el auto en mención existe relación jurídica procesal. Opinar lo contrario implicaría negar el carácter procesal de varias actuaciones, como son: la declaración preparatoria, el nombramiento y las actividades del defensor, el libramiento de la orden de aprehensión, la libertad provisional, etcétera.

Los artículos 19 y 20 de la constitución, señalan los términos improporables de cuarenta y ocho y setenta y dos horas para tomar la declaración preparatoria y resolver sobre la situación jurídica de una persona que es considerada como responsable de un delito. En efecto:

Art. 20.- En todo juicio criminal tendrá el acusado las siguientes garantías... III.- Se le hará saber en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza, y causa de la acusación a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria..."

Art. 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastante para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten....

La expresión del día y la hora exacta en que fue recibida la consignación por el juez que pronuncia el auto de radicación, es de gran importancia pues sirve como punto de referencia para determinar los términos constitucionales a que nos hemos venido refiriendo; es decir, el término de cuarenta y ocho horas para tomar la declaración preparatoria y el de setenta y dos horas para resolver la formal prisión, sujeción a proceso o libertad de la persona detenida.

Estos términos empiezan a contarse desde el momento en que el juez recibe la consignación, por eso es importante, como se ha mencionado, hacer constar ese momento en el auto "cabeza de proceso".

Los términos a colación no se computan conforme a la regla ordinaria, son términos especiales que se computan de acuerdo a la regla especial, es decir, que corren de momento a momento, se cuentan por horas y no por días, y en éstos se incluyen los inhábiles. Términos que se inician desde el mismo instante en que el detenido es puesto a disposición del juez, y los cuales vencen uno cuarenta y ocho y otro setenta y dos horas después. Conforme al primero el juez debe ordenar que se le tome su declaración preparatoria al detenido, y de acuerdo con el segundo, previa apreciación jurídica sobre los hechos comprobados hasta las setenta y dos horas, el juez resolverá sobre la formal prisión, sujeción a proceso o libertad del detenido, según resulte de la comprobación o no del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del imputado.

En el auto de radicación, aparte de que se le tome la declaración preparatoria al inculcado, entre otras, el juez ordena que se practiquen todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos; es decir, el juez persigue conocer la denominada "verdad histórica"

Hasta antes de las reformas del año pasado (41), el artículo primero del CFPP señalaba que el procedimiento penal tenia cuatro periodos: I.- El de averiguación previa a la consignación a los tribunales; II.- El de

instrucción; III.- El de juicio; y IV.- El de ejecución. A partir de la reforma mencionada el Código Federal hace una división más apropiada de su procedimiento y en particular de los que constituyen el proceso penal. En efecto, los artículos 1 y 4 prescriben que:

Art. 1o.- El presente Código comprende los siguientes procedimientos: I.- El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal; II.- El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar; III.- El de instrucción que abarca las diligencias practicadas ante y por los Tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad penal de éste; IV.- El de juicio, durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva; V.- El de ejecución, que comprende desde el momento en que causa ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas; VI.- Los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupafacientes y psicotrópicos.

Art. 4o.- Los procedimientos de preinstrucción, instrucción y juicio constituyen el proceso penal federal, dentro del cual corresponde exclusivamente a los tribunales federales resolver si un hecho es o no delito federal, determinar la responsabilidad o irresponsabilidad de las personas acusadas ante ellos o imponer las sanciones que procedan con arreglo a la ley.

Dentro de estos procedimientos, el Ministerio Público y la Policía Judicial bajo el mando de aquél, en su caso, ejercerán también las funciones que les encomiende la fracción III del artículo 2o.; y el Ministerio Público cuidará de que los tribunales federales apliquen estrictamente las leyes relativas, y de que las resoluciones de aquéllos se cumplan debidamente.

En otras palabras, hasta antes de las reformas citadas, las diligencias que se practicaban desde el momento en que el órgano jurisdiccional recibe la consignación hasta antes del período de juicio formaban parte del período de instrucción. A partir de la reforma los períodos se convierten en procedimientos y el de instrucción lo dividen en dos: el procedimiento de preinstrucción y el de instrucción. La preinstrucción abarca desde el

momento en que se recibe la consignación hasta el auto que determina la probable responsabilidad y el tipo penal aplicable (setenta y dos horas después) al inculpado, o bien, su libertad por falta de elementos para procesar. La instrucción se reserva al período a partir del auto que determina la probable responsabilidad (formal prisión o sujeción a proceso) hasta antes de que se inicie el procedimiento de juicio; durante este período se realizan las diligencias para averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiere sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la culpabilidad o inculpabilidad de éste.

La preinstrucción tiene una duración de setenta y dos horas y durante este término se tienen que determinar los hechos que van a ser materia del proceso y la probable responsabilidad del inculpado; en caso contrario, se le debe dejar en libertad. Dentro del término de setenta y dos horas se encuentra el de cuarenta y ocho horas, dentro del cual el juez debe tomar la declaración preparatoria.

El artículo 19 constitucional regula de manera suprema el auto de formal prisión. La situación jurídica de la persona a quien se imputa la comisión de un delito, es impreciso en las setenta y dos horas siguientes a su consignación al órgano jurisdiccional. Se le asegura preventivamente para garantizar el éxito del proceso, con el objeto de impedir la fuga o que se oculte y paralice la marcha del proceso.

En la investigación de los delitos, y a fin de que los hechos queden esclarecidos de acuerdo al interés social, en ocasiones es necesario privar de la libertad a algún individuo. Esta privación de la libertad es precaria: se impone solamente durante el tiempo absolutamente necesario para que el juez pueda analizar y valorar las pruebas recogidas y resolver si el inculpado ha de quedar formalmente preso, debe ser solamente sujeto a proceso o bien puesto en libertad por falta de elementos para procesar. Ninguna detención puede prolongarse por un término mayor de setenta y dos horas sin que se justifique con un auto fundado y motivado de formal prisión.

En justicia y por respeto a la dignidad humana, a ninguna persona debiera privársele de la libertad sino hasta el fin del proceso, una vez

El auto de formal prisión origina la prisión preventiva y señala el delito por el que debe seguirse el proceso. Al auto de formal prisión se le denomina también auto de formal prisión preventiva (artículo 297 CPPDF). Este auto se dicta cuando el delito cuya existencia se haya comprobado esté sancionado con pena privativa de la libertad no alternativa; a contrario sensu cuando el delito no merezca pena corporal, o esté sancionado con pena alternativa no se dicta auto de formal prisión, en este caso se dicta auto de sujeción a proceso. El auto de formal prisión da nacimiento a la prisión preventiva; la existencia de aquél implica la de ésta. No puede existir prisión preventiva sin formal prisión.

García Ramírez (42) define el auto de formal prisión como:

...la resolución jurisdiccional, dictada dentro de las setenta y dos horas de que el imputado queda a disposición del juzgador, en que se fijan los hechos materia de proceso, estimándose acreditado plenamente el cuerpo del delito y establecida la probable responsabilidad del inculcado.

Franco Villa (43) lo define como:

...la resolución pronunciada por el juez, para resolver la situación jurídica del inculcado al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo del delito que merezca pena corporal y los datos suficientes para hacer probable su responsabilidad; para así determinar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso.

Por su parte el maestro González Bustamante (44), señala que "...el auto de formal prisión tiene por objeto definir la situación jurídica del inculcado y fijar el delito o delitos por los que debe seguirse el proceso."

(42) García Ramírez, op. cit., p. 378.

(43) Franco Villa, op. cit., p. 268.

(44) González Bustamante, op. cit., p. 181.

que han quedado plenamente comprobadas la existencia del cuerpo del delito y la responsabilidad del imputado. El auto de formal prisión debiera de decretarse solamente tratándose de delitos graves que revelen notable peligrosidad en el inculpado, como un recurso de necesidad extrema; en caso contrario, si se llegara a admitir de manera absoluta que la privación de la libertad personal se efectuara hasta la sentencia, se podrían ocasionar graves trastornos en el desarrollo de los procesos criminales, ya que sería fácil a los presuntos responsables de un delito sustraerse a la acción de la justicia y evitar el esclarecimiento de los hechos. Atendiendo el interés de la colectividad se admite que un individuo sea privado de su libertad, pero únicamente por el tiempo absolutamente necesario para definir su situación jurídica. No siempre es necesario que la persona quede detenida desde que se inicia el procedimiento. Tratándose de algunos delitos, el aseguramiento del sospechoso del ilícito debe evitarse o ser facultad discrecional del juez, quien podrá ordenar o no que se le prive de la libertad, si así lo amerita la naturaleza de la infracción y atendiendo la condición moral y social del inculpado, su arraigo en el lugar del juicio y la posibilidad de que se sustraiga a la acción de la justicia.

El artículo 19 constitucional prohíbe que se prolongue la detención por más tiempo del que se ha señalado. La violación de esta disposición propicia que incurran en responsabilidad, los directores o encargados de las cárceles que reciban a un detenido, deberán ponerlo en libertad sin responsabilidad para ellos, en caso de no recibir comunicado del juez de que queda formalmente preso dentro de las setenta y cinco horas siguientes al momento en que se decretó su formal detención ante dicho órgano jurisdiccional (artículo 164 CFPF).

Mediante el auto de formal prisión el órgano jurisdiccional formaliza la privación de la libertad por todo el tiempo que dure el proceso e inicialmente justificada por el auto en que se decreta la detención, es decir, el auto "cabeza de proceso". El auto de formal prisión se dicta cuando están comprobados los elementos integrantes del delito que merezca pena corporal y que no sea alternativa, y los datos suficientes para presumir la responsabilidad; siempre y cuando no exista a favor del inculpado alguna causa de justificación, o que se extinga la acción penal.

Colín Sánchez (45) conceptúa el auto de formal prisión de la siguiente manera:

...es la resolución pronunciada por el juez, para resolver la situación jurídica del procesado al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo de un delito que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir la responsabilidad; siempre y cuando no esté probada a favor del procesado una causa de justificación, o que extinga la acción penal, para así determinar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso.

Estos conceptos del auto de formal prisión, de una u otra forma, coinciden en definir en lo que consiste tal resolución, por lo que no haremos mayor comentario al respecto.

1) Requisitos del Auto de Formal Prisión.

Para que el auto de formal prisión esté debidamente fundado y motivado, como se exige en derecho, para considerar legalmente válido cualquier acto de molestia, o, mejor dicho, de autoridad, es necesario que reunan determinados requisitos, tanto de fondo como de forma.

Los artículos 19 constitucional y 161 y 297 de los códigos adjetivos, federal y del Distrito Federal, contemplan los requisitos de fondo y forma que debe reunir el auto de formal prisión para que sea legalmente válido.

En efecto, el artículo 19 de nuestro máximo ordenamiento prescribe:

Art. 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado... Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente....

Los artículos 161 y 297 de las leyes secundarias mencionadas, no son más que la repetición de las disposiciones que contiene el precepto que acabamos de mencionar; esto es:

Art. 161.- Dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el inculpado quede a disposición del juez, se dictará el auto de formal prisión cuando de lo actuado aparezcan acreditados los siguientes requisitos: I.- Que se haya tomado la declaración preparatoria del inculpado, en la forma y con los requisitos que establece el capítulo anterior, o bien que conste en el expediente que aquél se rehusó a declarar. II.- Que esté comprobado el cuerpo del delito que tenga señalado sanción privativa de libertad. III.- Que en relación a la fracción anterior, esté demostrada la presunta responsabilidad del acusado; y IV.- Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpado, alguna circunstancia eximente de responsabilidad o que extinga la acción penal. (46)

En cuanto al CPPDF, tenemos que:

Art.- 297.- Todo auto de prisión preventiva deberá reunir los siguientes requisitos: I.- La fecha y la hora exacta en que dicte; II.- La expresión del delito imputado al reo por el Ministerio Público; III.- El delito o delitos por los que deberá seguirse el proceso y la comprobación de sus elementos; IV.- La expresión del lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y demás datos que arroje la averiguación previa, que serán bastantes para tener por comprobado el cuerpo del delito; V.- Todos los datos que arroje la averiguación, que hagan probable la responsabilidad del acusado; y VI.- Los nombres del juez que dicte la determinación y del secretario que la autorice.

De los preceptos anteriores se derivan los requisitos o elementos de fondo y forma que debe contener el auto de formal prisión; a ellos nos referimos a continuación:

A) Requisitos de Fondo:

Los requisitos modulares del auto de formal prisión son:

(46) A excepción de la fracción IV, este artículo está en vigor mediante reforma, publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 24 de diciembre de 1984.

- a) La comprobación del cuerpo del delito, plenamente;
- b) La probable responsabilidad del imputado;
- c) Que se haya tomado la declaración preparatoria del inculpado;
- d) Que no esté comprobada en favor del inculpado alguna causa eximente de responsabilidad o que extinga la acción penal; y
- e) Que el delito sea castigado con pena privativa de la libertad, no alternativa (artículo 18 C.).

En cuanto a los dos primeros elementos, es decir a la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, haremos un breve comentario, por los cuestionamientos que ocasionan.

En la doctrina existen opiniones diversas en cuanto a la necesidad de hallarse comprobado el cuerpo del delito o no para dictar el auto de formal prisión.

Al respecto, con apoyo en el artículo 19 constitucional, 161, fracción II, del CFPP y 297, fracción IV, del CPPDF, pensamos que para dictar el auto de formal prisión es necesario que se encuentre acreditado plenamente el cuerpo del delito; por el contrario, tratándose de la presunta responsabilidad del inculpado, ésta no puede estar suficientemente probada, se requiere solamente presunción de culpabilidad. En el supuesto de que no se surtan tales extremos al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas para dictar el auto de formal prisión, el juez dictará auto de soltura, denominado auto de libertad por falta de elementos para procesar.

B) Requisitos de Forma:

Estos consisten en que el juzgador debe expresar en forma pormenorizada en la resolución respectiva, las actuaciones específicas y fundadas en derecho que considere que llenen los requisitos de fondo que se exigen para dictar el auto de formal prisión. Hay que reunir los datos que comprueben el cuerpo del delito; no es suficiente su sola existencia en las actua-

ciones, no es suficiente que en éstas exista la presunta responsabilidad; hay que señalar las constancias que forman convicción de la presunta culpabilidad, describiendo las principales circunstancias de modo, tiempo y lugar del acto delictuoso a que se refieran. En otras palabras, el auto de formal prisión debe estar debidamente fundado y motivado.

Así pues, los requisitos formales del auto de formal prisión son los siguientes:

- a) La fecha y hora exacta en que se dicte;
- b) La expresión del delito imputado al indiciado por el Ministerio Público;
- c) La expresión del delito o delitos por los que deberá seguirse el proceso; y
- d) El nombre del juez que dicte la determinación y del secretario que autoriza.

El incumplimiento de los requisitos de fondo o de forma que se requieren para decretar el auto de formal prisión trae como consecuencia diversas situaciones, según sea el elemento infringido.

Si se dicta un auto de formal prisión sin que se llenen los requisitos de fondo que exigen, éste no debió dictarse, el auto es infundado, ya que el incumplimiento de los requisitos que se exigen implica la ausencia de los elementos suficientes para presumir alguna posible responsabilidad. El auto es susceptible de revocación, ya sea mediante el respectivo recurso o bien a través del amparo, trayendo como consecuencia el otorgamiento de la libertad.

La violación a un requisito de forma hace ilegal el auto de formal prisión, haciéndolo revocable también mediante la apelación o el amparo para el sólo efecto de que se subsane la infracción en el requisito de forma, sin que sea procedente por esa situación la concesión de la libertad del detenido ya que está comprobado el cuerpo del delito y su presunta responsabilidad.

II) Efectos del Auto de Formal Prisión.

El auto de formal prisión produce los siguientes efectos:

- a) Da base al proceso;
- b) Fija el delito o materia del proceso, precisando los hechos por los que éste debe seguirse;
- c) Justifica la prisión preventiva del sujeto; no revoca la libertad provisional concedida, excepto cuando así lo determine el propio auto;
- d) Cambio de la situación jurídica del inculpado, de detenido pasa a ser procesado;
- e) La identificación del procesado;
- f) Solicitar informes sobre antecedentes penales del inculpado;
- g) Expedición de las boletas acreditativas del mismo por triplicado;
- h) Comprobar que la autoridad judicial ha dado cumplimiento a su obligación de resolver sobre la situación jurídica del indiciado dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que éste quedó a su disposición;
- i) El inicio de los plazos a que se refiere el artículo 20, fracción VIII, constitucional, para que el procesado sea juzgado;
- j) La suspensión de los derechos de ciudadano, cuando se trate de delito que merezca pena corporal, según el artículo 38, fracción II, de la constitución;
- k) La terminación de la fase de preinstrucción e inicio de la instrucción; (47) y

(47) Conforme al CPPDF, el auto de formal prisión concluye la primera parte de la instrucción y se inicia la segunda.

1) El inculpado queda sometido a la jurisdicción del juez.

III) Semejanza y Diferencia entre estos dos institutos.

a) La semejanza que existe entre auto de formal prisión y prisión preventiva, consiste en que en los dos existe privación de libertad (48), aún cuando en aquél es solamente formal y en la última en forma material.

b) La diferencia que existe entre las dos instituciones radica en que mientras el auto de formal prisión es un mandamiento pronunciado por el juez que motiva y justifica la prisión preventiva; ésta es la privación de la libertad que se impone al procesado en forma provisional, por el tiempo que dure la tramitación del proceso, impide que se aleje del proceso. (49)

El auto de formal prisión debe contener, además los motivos legales que se tuvieron para dictarlo y antecede al estado de prisión preventiva; de tal suerte que no puede existir ésta, en tanto la autoridad judicial no la establezca en forma expresa; la prisión preventiva inicia con el auto de formal prisión. Entretanto no se dicte el auto de formal prisión el presunto responsable tiene el carácter de detenido, una vez que se dicta el auto de referencia el detenido pasa a ser procesado. (50)

(48) Piña y Palacios, Javier. Derecho Procesal Penal (Apuntes para un Texto). México, 1948, p. 142.

(49) González Bustamante, op. cit., p. 181; Piña y Palacios, op. cit., pp. 142 y 143.

(50) González Bustamante, op. cit., p. 182.

5.- Naturaleza y Finalidades de la Prisión Preventiva.

En el capítulo primero de este trabajo indicamos que la prisión preventiva es una medida cautelar. De esto tenemos que los fines y justificación de esta institución sean los mismos que persiguen los instrumentos cautelares. Atendiendo su carácter personal y duración, sirve a ciertos propósitos que no podrían ser alcanzados con la detención. La prisión preventiva es necesaria ya que persigue diversas finalidades. García Ramírez (51), citando a Pisapia, dice que la prisión preventiva tiene las siguientes funciones:

- a) Garantía de la ejecución de la pena;
- b) Propósito aflictivo con carácter de ejecución anticipada de la sanción o de ejemplaridad;
- c) Coerción procesal encaminada a asegurar la presencia personal del imputado en el proceso;

Por su parte Rodríguez Manzanera (52) señala que las finalidades de la prisión preventiva son:

- a) Impedir la fuga;
- b) Asegurar la presencia a juicio;
- c) Asegurar las pruebas;
- d) Proteger los testigos;

(51) García Ramírez, Sergio: El Artículo 18 Constitucional: Prisión Preventiva, Sistema Penitenciario, Menores Infractores. México, UNAM, 1967, pp. 22 y 23.

(52) Rodríguez Manzanera, op. cit., pp. 78 - 82.

- e) Evitar el ocultamiento o uso del producto del delito;
- f) Garantizar la ejecución de la pena;
- g) Ejecutar anticipadamente la pena;
- h) Evitar la reincidencia;
- i) Proteger al acusado de sus cómplices;
- j) Proteger al criminal de las víctimas;
- k) Prevención general;
- l) Evitar que se concluya el delito;
- m) Impedir que se prevenga a los cómplices;
- n) Hacer el estudio de la personalidad;
- ñ) Asegurar la reparación del daño; y
- o) Impedir el juicio en ausencia.

6.- Características de la Prisión Preventiva:

1) Duración.

Es evidente que la prisión preventiva no puede tener una duración indefinida. García Ramírez (53) señala que para impedir el grave daño que causa el prolongado encarcelamiento, se han creado en algunas legislaciones,

(53) García Ramírez, El Artículo 18 Constitucional. Op. cit., pp. 31 y 32.

varios sistemas: a) el de caducidad, este sistema consiste en una vez transcurrido cierto tiempo cesa automáticamente la prisión (Italia); b) el de revisión, conforme a este la autoridad debe revisar periódicamente el fundamento de la prisión (Alemania); y c) el ecléctico, en él se aceptan tanto la revisión periódica como la cesación del procedimiento después de transcurrido cierto plazo.

En cuanto al derecho mexicano, tenemos que el artículo 20 constitucional, fracciones VIII y X, prescribe que:

Art. 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: ...VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año, si la pena máxima excediere de ese tiempo; ...X. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo. Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso...

Ante el imperativo del precepto constitucional citado, los períodos de preinstrucción, instrucción y de juicio deben concluir con gran anticipación a los cuatro meses, para que antes de este término se sentencie al procesado, si el delito es castigado con pena que no excede de dos años, o antes de un año fuera de este supuesto. Los códigos procesales, por ser normas reglamentarias de la ley fundamental, se deben ajustar a dicho mandato.

Ahora bien, no obstante lo manifestado, atendiendo a que el enjuiciado tiene derecho a defenderse, y para esto a ofrecer toda clase de pruebas, no siempre se cumplen dichos plazos para concluir el proceso, ya que una vez que se han ofrecido las pruebas respectivas, éstas deben desahogarse aún cuando se hayan vencido en exceso los plazos mencionados; lo contrario implicaría dejarlo en estado de indefensión para probar su inocencia y daría margen para solicitar el amparo por dichas violaciones.

Así mismo, no se debe prolongar la prisión preventiva por deudas o responsabilidad civil ya que esto es materia de los tribunales de esa índole; además, no se puede prolongar la preventiva por más tiempo del que como máximo fija la ley al delito que motivó el proceso, esto es evidente, ya

que, aún en el caso de que resultase culpable, la pena máxima que se le puede imponer por el delito cometido ya la cumplió en prisión preventiva.

II) Terminación e Interrupción.

Se ha dicho ya que una de las finalidades de la prisión preventiva es asegurar el éxito del proceso; por tanto, en los casos en que éste ya se substanció, o bien en los que existen elementos de convicción que demuestran esa injustificación de su existencia, debe terminar o interrumpirse la prisión preventiva, ya que, como también hemos mencionado, la prisión preventiva debe limitarse a los casos más indispensables en que se haga necesaria su aplicación.

Así, en este contexto, tenemos que cuando la finalidad de la prisión preventiva se ha cumplido o resulta inútil o injustificada su aplicación, ésta debe concluir. De esto tenemos que la prisión preventiva puede terminar en los siguientes casos:

- a) Por sentencia;
- b) Por sobreseimiento; y
- c) Por cumplimiento del tiempo máximo de la pena.

Explicaremos someramente en qué consisten estas formas de terminación de la prisión preventiva.

a) Por sentencia; en este caso tenemos que cuando existe sentencia, ya sea absolutoria o condenatoria, debe terminar la prisión preventiva. En el primer caso mencionado, es decir, en caso de que exista sentencia absolutoria, debido a que si la medida cautelar se aplica para asegurar el éxito del proceso y debido a la presunta responsabilidad del procesado, entre otros fines, cuando el proceso ha terminado y se ha demostrado la inocencia del imputado en relación con el delito cometido, resulta inútil e injustificada su privación de la libertad.

En el caso de que exista sentencia condenatoria, la prisión preventiva termina para convertirse en prisión por pena; la prisión preventiva

existe mientras se dicta sentencia, entretanto se demuestra la culpabilidad o inculpabilidad de un individuo, una vez que sucede esto, en caso de inculpabilidad se le deja en libertad; en caso de resultar culpable la prisión preventiva termina y se pasa al establecimiento penitenciario para cumplir la prisión por la pena impuesta.

En este caso, es decir en el que exista sentencia condenatoria, pero esta es por tiempo igual o menor al ya sufrido en prisión preventiva, en este caso la prisión por pena resulta ya inaplicable, debido a que si la prisión impuesta por la sentencia es igual a la ya pasada por concepto de prisión preventiva, aquella se encuentra cubierta; en el supuesto de que la prisión que impone la sentencia sea menor al tiempo que ya se pasó en prisión preventiva, es evidente que ya se cumplió por adelantado el tiempo de prisión impuesta debido a la regulación que realizan nuestras leyes del tiempo que se pasa en la preventiva como imputación a la pena, según veremos más adelante (54), y debido a que la prisión sufrida durante la substanciación del proceso es mayor a la que impone la pena, resulta que hasta "le salen debiendo" al condenado. En la realidad no he sabido que se dé esto, lo que sucede es que en los casos en que amerita imponer una pena de prisión mínima, ésta se decreta por el tiempo que ya pasó el sentenciado en prisión preventiva, no por menor tiempo a la prisión ya sufrida.

b) Por sobreseimiento; entre las diversas resoluciones que terminan la instrucción tenemos el sobreseimiento. Normalmente las causas criminales concluyen por lo que se denomina terminación ordinaria o de causa completa por su total desarrollo. Pero, existen algunas que no pasan o concluyen las fases de instrucción y de juicio, y consecuentemente no llegan a la sentencia que les pone fin. Existen formas que se denominan excepcionales y que se dan en los casos de sobreseimiento; casos que aunque no se traten sistemáticamente en el CPPDF, están reconocidos por disposiciones aisladas, es práctica en los tribunales. Los casos de sobreseimiento han sido objeto de agrupación más especial en el CFPP.

(54) Infra, pp. 150 - 152.

De modo general, se considera como sobreseimiento la cesación del procedimiento; y de modo estricto, la terminación definitiva del mismo por medio de una resolución distinta de la sentencia. (55) De acuerdo con este mismo autor (56), el sobreseimiento es una resolución diversa de la sentencia que no resuelve el fondo del asunto, éste sólo se resuelve con la culpabilidad o inculpabilidad del procesado; en los casos en que antes de la sentencia aparecen elementos que hacen palpable la inutilidad o la imposibilidad de todo debate por falta de materia delictuosa o de persona con quien debatirla; es evidente que ya resulta inútil el fallo y éste debe sobreseerse, limitándose a exponer el motivo de la improcedencia de la continuación del proceso y a darlo por terminado.

El CPPDF sólo contempla en forma expresa como causa de sobreseimiento la formulación de conclusiones de no acusación. El artículo 323 contempla tal disposición y ordena que en este caso se deje de inmediato en libertad al procesado. El auto de sobreseimiento es como si existiera sentencia absolutoria (artículo 324). En efecto:

Art. 323.- Si el pedimento del Procurador fuere de no acusación, el juez, al recibir aquél, sobreseerá en el asunto y ordenará la inmediata libertad del procesado.

Art. 324.- El auto de sobreseimiento producirá los mismos efectos que una sentencia absolutoria.

En cuanto al CFPP, el artículo 298, prescribe:

Art. 298.- El sobreseimiento procederá en los casos siguientes: I.- Cuando el Procurador General de la República confirme o formule conclusiones no acusatorias; II.- Cuando el Ministerio Público lo solicite, en el caso a que se refiere el artículo 138; III.- Cuando aparezca que la responsabilidad penal está extinguida; IV.- Cuando no se hubiere dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso y aparezca que el hecho que motiva la averiguación no es delictuoso o, cuando estando agotada ésta, se compruebe que no existió el hecho delictuoso que la motivó; V.- Cuando habiéndose decretado la libertad por desvanecimiento de

(55) Acero, op. cit., p. 157.

(56) Ibidem, p. 158.

datos, esté agotada la averiguación y no existan elementos posteriores para dictar nueva orden de aprehensión, o se esté en el caso previsto por la parte final del artículo 426; y VI.- Cuando esté plenamente comprobado que en favor del inculpaado existe alguna causa eximente de responsabilidad.

Complementamos el precepto con los artículos que menciona:

Art. 138.- El Ministerio Público promoverá el sobreseimiento y la libertad absoluta del inculpaado, cuando durante el proceso aparezca que la conducta o los hechos no son constitutivos de delito; conforme a la descripción típica contenida en la ley penal; que el inculpaado no tuvo participación en el delito que se persigue; que la pretención punitiva está legalmente extinguida, o que existe en favor del inculpaado una causa excluyente de responsabilidad.

Art. 426.- La resolución que conceda la libertad tendrá los mismos efectos que el auto de libertad por falta de elementos para procesar, quedando expedito el derecho del Ministerio Público para pedir nuevamente la aprehensión del inculpaado y la facultad del tribunal para dictar nuevo auto de formal prisión, si aparecieren posteriormente datos que le sirvan de fundamento y siempre que no se varíen los hechos delictuosos motivo del procedimiento. Cuando la libertad se resuelva con apoyo en la fracción I del artículo 422, tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso

Ahora bien, atendiendo lo dispuesto por la parte in fine del precepto que acabamos de citar tenemos que conforme al artículo 422, fracción I, que dice:

Art. 422.- La libertad por desvanecimiento de datos procede en los siguientes casos: I.- Cuando en cualquier estado de la instrucción y después de dictado el auto de formal prisión aparezcan plenamente desvanecidos los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito; II.- Cuando en cualquier estado de la instrucción y sin que hubieren aparecido datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido plenamente los considerados en el auto de formal prisión para tener al detenido como presunto responsable.

La libertad que se conceda en el supuesto de que se encuentren plenamente desvanecidos los datos o elementos que sirvieron para tener por comprobado el cuerpo del delito es absoluta, de efectos definitivos y produce el sobreseimiento de la causa. Fuera de este caso, la libertad por des-

vanecimiento de datos que se conceda es provisional, conforme veremos en líneas posteriores. (57)

El CPPDF, en sus artículos 546, 547 y 551, regula la libertad definitiva por desvanecimiento de datos a que nos venimos refiriendo y el sobreseimiento del proceso. En efecto:

Art. 546.- En cualquier estado del proceso en que aparezca que se han desvanecido los fundamentos que hayan servido para decretar la formal prisión o preventiva, podrá decretarse la libertad del reo, por el juez, a petición de parte y con audiencia del Ministerio Público, a la que éste no podrá dejar de asistir.

Art. 547.- En consecuencia, la libertad por desvanecimiento de datos procede en los siguientes casos: I.- Cuando en el curso del proceso aparezcan, por prueba plena indubitable, desvanecidas las que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito; y II.- Cuando, sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena indubitable, los señalados en el auto de formal prisión para tener al detenido como presunto culpable.

Art. 551.- En el caso de la fracción II del artículo 547, la resolución que conceda la libertad tendrá los mismos efectos del auto de libertad por falta de méritos, quedando expedita la acción del Ministerio Público para pedir de nuevo la aprehensión del inculcado, si aparecieren nuevos datos que lo ameriten, así como nueva formal prisión del mismo. En el caso de la fracción I del artículo 547, la resolución que concede la libertad, tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso.

Por último, el sobreseimiento ocurre siempre que aparecen circunstancias extintivas de la acción penal o remisivas de la pena, plenamente acreditadas en el curso de la instrucción (muerte del procesado, casamiento con la estuprada, prescripción del delito, etcétera). Se termina el proceso sin que el procesado haya sido juzgado, pero se le deja en libertad.

En cuanto al artículo 138 del CFPP, el CPPDF en sus artículos 6 y 8, prescribe:

Art. 6.- El Ministerio Público, pedirá al juez la aplicación de la sanción correspondiente al caso concreto de que se trate o la libertad del procesado, sea porque el delito no haya existido,

sea porque existiendo no sea imputable al procesado, o porque existan en favor de éste alguna de las circunstancias excluyentes de responsabilidad a que se refiere el capítulo IV, título I, libro primero, del Código Penal, o en los casos de amnistía, prescripción y perdón o consentimiento del ofendido.

Art. 8.- En el segundo caso del artículo 6, el agente del Ministerio Público presentará al juez de los autos su promoción, en la que expresará los hechos y preceptos de derecho en que se funde para pedir la libertad del acusado.

Así pues, para concluir, la libertad que se concede en virtud de sobreseimiento de la causa es definitiva y termina, en consecuencia, con el proceso.

c) Cumplimiento del tiempo que como máximo se castigue el delito; conforme al segundo párrafo de la fracción X, del artículo 20 constitucional, que dice: "Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso", creemos que la prisión preventiva termina definitivamente, ya que el máximo de pena que se puede imponer por el delito, ya se cumplió mediante dicha medida cautelar, y aún en el supuesto de que resultase condenado no se le podría imponer sanción mayor a la prisión sufrida preventivamente.

En cuanto a las formas de interrupción de la prisión preventiva tenemos los casos siguientes:

a) La sustracción del presunto responsable a la acción de la justicia; y

b) La libertad provisional.

a) La sustracción del presunto responsable a la acción de la justicia; este caso propicia la suspensión del procedimiento, debido a que si el procesado evade la prisión preventiva que sufría con motivo del proceso que se estaba substanciendo la causa se suspende, atendiendo a que no se puede continuar en su ausencia; en consecuencia, como la prisión preventiva no la está sufriendo el imputado, ésta se interrumpe, así como el cómputo para la pena.

b) La libertad provisional, esta libertad, ya sea mediante caución, protestatoria o por desvanecimiento de datos (en el caso que veremos) interrumpe o puede interrumpir la prisión preventiva.

Tratándose de la libertad bajo caución y la protestatoria, la prisión preventiva se ve interrumpida por ese derecho de que goza el procesado, éste no está sujeto a la mencionada medida cautelar; en el evento de que incumpla las obligaciones que se le imponen se le revoca la libertad y la interrupción deja de surtir efectos para continuar la prisión preventiva. En el caso de que se estuviere gozando de la libertad provisional bajo caución y se dicte sentencia condenatoria que se tenga que cumplir en prisión, en estos casos el tiempo en que el procesado estuvo en libertad no se cuenta a la pena impuesta, se cuenta solamente el tiempo que se sufre en la preventiva; el tiempo en libertad no hizo efectiva la prisión preventiva, ésta se interrumpió por lo que no se computa para la pena.

En el caso de la libertad por desvanecimiento de datos, que regulan los artículos 422 y 426 del CFPP, 547 y 551 del CPPDF, que ya citamos y nos remitimos a ellos, conforme a la fracción II de los artículos 422 y 547 de los códigos citados, en el caso de que en cualquier estado del proceso (instrucción en el CFPP) y sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido por prueba plena indubitable, los considerados en el auto de formal prisión para tener al detenido como presunto responsable. Este tipo de libertad interrumpe la prisión preventiva, no la termina (aún cuando de facto así suceda con el transcurso del tiempo), ya que, atendiendo lo ordenado por los artículos 426 y 551 de los códigos precisados, cuando se concede en la hipótesis que se señala, la libertad tendrá los mismos efectos que la libertad por falta de elementos para procesar, quedando expeditos el derecho del Ministerio Público para pedir nuevamente la aprehensión del inculcado y la facultad del tribunal para dictar nuevo auto de formal prisión, si aparecieren posteriormente datos que les sirvan de fundamento y siempre que no se varíen los hechos delictuosos motivo del procedimiento.

De lo anterior tenemos que el proceso queda abierto y si aparecen nuevos datos se puede aprehender y encarcelar preventivamente al presunto responsable, apareciendo la libertad concedida como una causa interruptiva

de la prisión preventiva. Ahora bien, si no aparecen esos nuevos datos que puedan propiciar nuevamente la privación de la libertad del inculcado, la libertad concedida opera como causa terminativa de la medida cautelar en estudio. Aquí tenemos que aún cuando legalmente está suspendido el procedimiento, de hecho está paralizado.

Existen casos en que aún cuando la paralización del proceso es de facto, legalmente sólo se suspende. De hecho las actividades procesales finalizan, ya que no se realizan actos subsecuentes, pero de derecho el proceso está abierto indefinidamente y en el momento oportuno se puede seguir actuando hasta que se resuelva en definitiva. Ocurre así en la mayoría de los casos en que se decreta la libertad por falta de elementos para procesar o por desvanecimiento de datos y en los casos de fuga del procesado. Por lo regular, casi siempre que esto sucede, no se vuelve a actuar en el expediente y el asunto queda abandonado ya que es raro que se presenten nuevos datos para ordenar la reaprehensión o que ésta se realice; en el evento de que así sucediera se puede reanudar el procedimiento hasta dictar sentencia, ya que éste seguía abierto, sólo se encontraba suspendido.

III) Condiciones del Encarcelamiento.

El artículo 18 constitucional, dispone:

Art. 18.- 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. Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto....

De esto tenemos que el lugar en que se sufra la prisión preventiva deberá ser distinto del que se destina para las personas que extingan una pena y deberán estar separados. Así mismo, tratándose de las mujeres, el lugar en que se encuentren éstas deberá ser distinto del que se reserve a los hombres y, más aún, el lugar en que se encuentren las condenadas debe ser distinto del reservado a las que se encuentran en prisión preventiva.

No obstante lo encomiable que resulta el precepto constitucional, sin desconocer que en los últimos años se ha avanzado en mucho en esta materia, la realidad deja mucho que desear, ya que en muchas partes conviven procesados y sentenciados, sin importar que su situación jurídica sea distinta, y aún cuando las mujeres estén separadas de los hombres, la situación de éstas es igual a la que se sufre en muchos lugares con los hombres. Como ejemplo de la evolución que se ha tenido en la mejora de los establecimientos que sirven para detener en prisión preventiva o pena a las personas, es el Reglamento de Reclutorios del Distrito Federal, que tiene como finalidad regular en particular las condiciones de la prisión preventiva que se cumple en los reclutorios creados para ese fin.

Por otra parte, se manifiesta que el artículo 18 no sólo señala diferencia en cuanto al lugar de reclusión, sino también en cuanto al régimen y al tratamiento. No obstante, lo anterior no conduce necesariamente a la supresión del trabajo en la cárcel preventiva, el cual tampoco se puede imponer obligatoriamente, ya que se estaría en contra de lo dispuesto por los artículos 4 y 5 constitucionales. Al respecto, se ha sugerido promover el trabajo del procesado mediante estímulos y mayor suavidad en la vida carcelaria del trabajador. Cabe destacar que, en general, el régimen de los sujetos a prisión preventiva es y debe ser más benévolo que el que respecta a los condenados. (58)

La finalidad de la separación entre procesados y condenados es evitar la promiscuidad entre los delincuentes avanzados y los primarios; los delincuentes habituales contagian criminalmente a los principiantes, e inclusive a personas inocentes.

7.- Aplicabilidad de la Ley de Normas Mínimas y el Reglamento de Reclusorios a la Prisión Preventiva.

Ley que Establece las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados. (59)

En el ámbito de los instrumentos jurídicos que han generado una mayor protección a los reclusos que se encuentran privados de su libertad, ya sea mediante prisión preventiva o prisión por cumplimiento de una pena, tenemos la Ley que Establece las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados. No obstante que esta ley establece que son normas para sentenciados, atendiendo lo dispuesto por el artículo 18, también son de aplicarse a los procesados, en lo conducente. En este entendido, por regular aspectos que atañen al presente trabajo, nos referimos a ella en sus aspectos más significativos al tema que nos interesa.

Esta ley tiene como finalidad organizar el sistema penitenciario de la república, el cual se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación a fin de obtener la readaptación social del delincuente. El cumplimiento de las normas en el Distrito Federal y en los reclusorios dependientes de la Federación, estará a cargo de la Dirección de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación (artículo 1, 2 y 3).

El tratamiento que se proporcione al interno, será individualizado, con aportación de las diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación social del sujeto, atendiendo sus circunstancias personales. Para la mejor individualización del tratamiento, se clasificará a los reos en instituciones especializadas, entre las que podrán encontrarse establecimientos de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos e instituciones abiertas. Por otra parte el lugar en que se imponga la prisión preventiva será distinto del que se destine

(59) Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 19 de mayo de 1971.

para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Así mismo, el lugar en que se recluya a las mujeres deberá estar separado de los destinados a los hombres. Los menores infractores serán internados en instituciones diversas de las destinadas a los adultos (artículo 6).

En cuanto al régimen penitenciario, éste tendrá el carácter progresivo y técnico y constará de períodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, este último dividido en tratamiento en clasificación y tratamiento preliberal. El tratamiento se fundará en los resultados del estudio de la personalidad que se practique al reo, los cuales deberán ser actualizados periódicamente. Además, se procurará iniciar el estudio de personalidad del interno desde que quede sujeto a proceso, en cuyo caso se turnará copia de dicho estudio a la autoridad jurisdiccional que lo tenga a su disposición (artículo 7).

En lo referente al trabajo, la asignación de los internos a éste se hará atendiendo los deseos, de vocación, las aptitudes, la capacitación laboral para el trabajo en libertad y el tratamiento de aquéllos, así como las posibilidades del reclusorio (artículo 10).

Se deberá impartir educación a los internos, la cual tendrá carácter académico, cívico, higiénico, artístico, físico y ético (artículo 11). Contempla la visita íntima, la cual se concederá, no en forma discrecional, sino previo los estudios social y médico, mediante los cuales se descarte la existencia de situaciones que hagan desaconsejable el contacto íntimo (artículo 12).

La ley prescribe que el reglamento interior del reclusorio regulará lo relativo a las infracciones y las correcciones disciplinarias, así como los hechos meritorios y las medidas de estímulo. Por imponer las correcciones previstas por el reglamento, tras un procedimiento sumario en que se demuestre la falta y responsabilidad del interno y se le oiga en defensa. El interno puede inconformarse con la corrección aplicada, recurriendo para ello al superior jerárquico del director del establecimiento. Se prohíben todo castigo consistente en torturas o en tratamientos crueles, con uso innecesario de violencia en perjuicio del recluso, así como los llamados pabellones o sectores de distinción, a los que se destine a los internos en función de su capacidad económica, mediante pago de cierta cuota o prisión (artículo 13).

En lo relativo a la asistencia al liberado, en cada entidad federativa se promoverá la creación de un Patronato para Liberados, que tendrá a su cargo prestar asistencia moral y material a los excarcelados, ya sea por cumplimiento de condena como por libertad procesal, absolución, condena condicional o libertad preparatoria (artículo 15).

Reglamento de los Reclusorios del Distrito Federal. (60)

Si bien es cierto que no es nada envidiable ni recomendable estar privado de la libertad; y, por el contrario, sí bastante criticable que convivan en las mismas cárceles procesados y sentenciados, contraviniendo el artículo 18 constitucional. Es justo reconocer que en los últimos años la situación de las personas que se encuentran recluidas en los establecimientos carcelarios, ya sea por prisión preventiva o por pena, ha sufrido considerables mejoras debido a la Ley que Establece las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados y al Reglamento de los Reclusorios del Distrito Federal, éste último persigue regular en especial las condiciones que debe tener la prisión preventiva que se da en los reclusorios que tienen esa finalidad.

Por la trascendencia que tiene el reglamento como instrumento que complementa la ley de normas mínimas, nos referimos a él en sus partes más importantes al aspecto que estudiamos.

Las disposiciones del reglamento tienen aplicación en el Distrito Federal y su cumplimiento corresponde al Departamento del Distrito Federal (artículo 1). Así mismo, corresponde al propio departamento la función de integrar, conducir, desarrollar, dirigir y administrar el sistema de reclusorios y centros de readaptación social para adultos. Sin perjuicio de la competencia que sobre esta materia corresponde a la Secretaría de Gobernación (artículo 2). El reglamento se aplicará en las instituciones de reclusión dependientes del Departamento del Distrito Federal destinadas a la ejecución de pena privativa de libertad, a la custodia preventiva de indiciados y procesados y al arresto (artículo 3).

En los establecimientos de reclusión se emplearán medios educativos, morales, terapéuticos, así como el trabajo y la capacitación para el mismo y las formas de asistencia que se tengan, a fin de facilitar al interno su readaptación progresiva a la vida en libertad (artículo 4).

La expedición de los reglamentos, instructivos y manuales de organización y procedimientos para el funcionamiento de los reclusorios está a cargo del Jefe del Departamento del Distrito Federal. En estos instrumentos se determinarán las normas relativas a: instalaciones, seguridad y custodia, manejo presupuestal y sistemas y técnicas de administración y gobierno interiores, selección, capacitación y atribuciones del personal directivo, administrativo, técnico y de custodia, normas de trato y formas y métodos para el registro, ingreso, observación, calificación y tratamiento de los internos (artículo 6).

La organización y funcionamiento de los reclusorios deberán tender a conservar y a fortalecer en el interno la dignidad humana a mantener su propio aprecio, buscar su superación personal y respeto a sí mismo y a los demás (artículo 7). El tratamiento de los internos tiene como finalidad su readaptación a la comunidad libre (artículo 8).

Se proscribe toda forma de violencia física o moral, y actos o procedimientos que menoscaben la dignidad de los internos, es decir, la autoridad no deberá realizar en ningún caso, actos que se traduzcan en tratos inhumanos, denigrantes o crueles, torturas o exacciones económicas (artículo 9).

La autoridad a quien corresponde aplicar el reglamento está facultada para celebrar convenios con otras dependencias de la administración pública federal, para la internación de reclusos, que impliquen el cambio de éstos a otros establecimientos, cuando sea necesario su tratamiento médico o psiquiátrico. Así mismo, coordinará sus actividades con otras dependencias a fin de ayudar a la realización de las políticas de readaptación social y de prevención de la delincuencia (artículo 11).

Se define a los reclusorios como instituciones públicas destinadas a la internación de quienes se encuentren restringidos de su libertad corporal por una resolución judicial o administrativa. El sistema de reclusorios se integra por: a) reclusorios preventivos; b) penitenciarías o reclusorios de

ejecución de penas privativas de libertad; c) reclusorios para el cumplimiento de arrestos; d) instituciones abiertas y e) centro médico para los reclusorios (artículo 12).

Se puede internar a cualquiera de los reclusorios del Distrito Federal, únicamente por: a) resolución judicial; b) por señalamiento hecho por la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, de la Secretaría de Gobernación, previa existencia de resolución judicial; c) ejecución de tratados y convenios de acuerdo con el artículo 18 constitucional; d) caso de arresto, por determinación de autoridad competente y e) los casos de flagrancia, bastando la solicitud de internamiento del Ministerio Público, enviada al director del reclusorio preventivo correspondiente, acompañada de la orden de consignación del detenido (artículo 13).

No podrá prolongarse la retención de un interno por tiempo mayor del que señale la resolución judicial o administrativa correspondiente, o del que determine la autoridad competente para conceder la libertad preparatoria o la remisión parcial de la pena, salvo en el caso de que se aplique la retención conforme a las normas penales aplicables, o que el recluso debe quedar a disposición de alguna otra autoridad (artículo 14).

Los reclusorios para indiciados y procesados serán diferentes de los destinados a sentenciados, y de aquéllos en que deban cumplirse arrestos. Las mujeres serán internadas en establecimientos distintos de los destinados a hombres (artículo 15).

Durante la prisión preventiva se procurará: a) facilitar el adecuado desarrollo del proceso penal; b) preparar la individualización judicial de la pena con base en los estudios de personalidad del procesado; c) evitar, mediante el tratamiento que corresponda, la desadaptación social del interno y propiciar cuando proceda su readaptación; y d) contribuir a proteger, en su caso, a quienes tienen participación en el procedimiento penal (artículo 34).

La prisión preventiva se llevará a efecto en los reclusorios destinados a ese fin y de acuerdo a las modalidades del reglamento en estudio (artículo 35).

El régimen interior de los establecimientos de reclusión preventiva estará fundado en la presunción de la inculpabilidad o la inocencia de los internos (artículo 36).

Los reclusorios para prisión preventiva se destinarán exclusivamente a: a) la custodia de indiciados; b) la prisión preventiva de procesados en el Distrito Federal; c) la custodia de los reclusos cuya sentencia no haya causado ejecutoria, y d) la prisión provisional en el trámite de extradición, ordenada por autoridad competente (artículo 37).

El indiciado permanecerá en la estancia de ingreso hasta en tanto sea resuelta su situación jurídica en el término constitucional, en caso de dictarse el auto de formal prisión será trasladado inmediatamente al departamento de observación y clasificación (artículo 38).

Sin perjuicio de que las mujeres sean internadas en lugares separados de los destinados a los hombres, para instalar transitoriamente a las mujeres indiciadas, los reclusorios preventivos para hombres contarán con una estancia femenil, separadas de las instalaciones destinadas a aquéllos. En el evento de que se dictare auto de formal prisión, deberán ser trasladadas inmediatamente al correspondiente reclusorio para mujeres (artículo 39).

Al ingresar a los reclusorios preventivos, los indiciados serán inmediatamente examinados por médico del establecimiento, a fin de conocer su estado físico y mental. Cuando el médico, por la información recibida, el estudio y la exploración realizada en el interno, 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 enviará certificaciones del caso y anotará los datos relativos en el expediente que corresponda. Cuando a criterio del médico fuere conveniente un tratamiento especializado, el director del reclusorio dictará las medidas necesarias para que el interno sea trasladado al Centro Médico de los Reclusorios (artículo 40).

Los internos deberán ser alojados en la estancia de observación y clasificación por el tiempo indispensable para realizarle su estudio y diagnóstico, así como para determinar con base en los resultados de éstos el

tratamiento relativo a fin de evitar la desadaptación social, que será dispuesto por el director del establecimiento con apoyo en la opinión del Consejo Técnico Interdisciplinario (artículo 42).

Bajo su responsabilidad, los directores de los reclusorios cuidarán que por ningún motivo sea internada en los mencionados reclusorios, persona alguna sin la correspondiente documentación expedida por autoridad competente, en la que conste la consignación o la causa de la internación en el caso de los supuestos del artículo 13. En el supuesto de que sea remitida una persona sin dichos documentos el funcionario o en su caso, el encargado del establecimiento en ese momento, tomará los datos de aquélla e informará de inmediato a la autoridad superior la negativa de recibir a dicha persona (artículo 43).

Conforme al artículo 107, fracción XVIII, de la constitución, el director o encargado de un reclusorio preventivo que no reciba copia autorizada del auto de formal prisión de un indiciado dentro de las setenta y dos horas que dispone el artículo 19 del mismo código mencionado, contadas desde que aquél quede a disposición de un juez, deberá advertir a éste sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad, levantando el acta administrativa correspondiente (artículo 44).

El director o encargado del reclusorio, con anticipación de setenta días hábiles avisará a la autoridad judicial y al Ministerio Público sobre la fecha de conclusión del plazo para dictar sentencia. Si a la terminación del término a que se refiere la fracción VIII del artículo 20 constitucional, el director o encargado del reclusorio no ha recibido la notificación de la sentencia, o el informe del juez de que ésta no ha podido dictarse en virtud de prórrogas o diligencias pendientes solicitadas por la defensa, dará inmediatamente cuenta del hecho a dicha autoridad judicial, al superior jerárquico de ésta, al Ministerio Público y a la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social. Se procederá de la misma manera cuando la prisión preventiva igualó el tiempo que como máximo fija la ley al delito que motivó el proceso, conforme al segundo párrafo de la fracción X del artículo 20 constitucional (artículo 45).

Las observaciones y resultados de los estudios de personalidad y del tratamiento de cada interno, serán enviados a la brevedad posible por el director de la institución al juez de la causa, pero siempre antes de que se declare cerrada la instrucción. Sin perjuicio de lo anotado, estos estudios se remitirán en cualquier momento del proceso en el caso de que se dé algunas de la hipótesis del artículo 68 del Código Penal (artículo 46).

El director de un reclusorio preventivo, previa opinión del Consejo Técnico Interdisciplinario, estará facultado para aplicar, en lo conducente al tratamiento, las medidas previstas por las fracciones I, II y III del artículo 8 de la ley (información y orientación especiales y discusión con el interno y sus familiares de los aspectos personales y prácticos de su vida en libertad, métodos colectivos; y concesión de mayor libertad dentro del establecimiento) excepto en caso de que las mismas impliquen la salida temporal de reclusos, individualmente o en grupo, del establecimiento (artículo 47).

Son modalidades de la prisión preventiva cuya adopción, cuando fuere conducente al tratamiento de los internos, pueden proponer los Consejos Técnicos Interdisciplinarios, a través de los directores de los reclusorios:

- a) visitar en grupo guiados y con fines educativos y culturales o de recreación y esparcimiento, otros sitios e instituciones; y b) señalar para que se lleve a cabo un sitio alternativo al normal, en que se haya disminuido el rigor de las medias cautelares (artículo 48). La facultad de aprobar las medidas de tratamiento mencionadas en el artículo que antecede, corresponde indelegablemente al Director General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social, quien la ejercerá en base al dictamen del consejo de la propia dirección general (artículo 49).

En cuanto al sistema de tratamiento, en los reclusorios preventivos al igual que en las penitenciarías se aplicará el régimen penitenciario progresivo y técnico, que contará de períodos de estudio de personalidad de diagnóstico y de tratamiento de los internos. Los estudios de personalidad, base del tratamiento se actualizarán periódicamente, y se iniciarán desde que el recluso quede sujeto a proceso (artículo 60).

Las únicas diferencias en el tratamiento que se aplique a los internos serán solamente las que resulten por razones médicas, psicológicas, psiquiátricas, educativas o de aptitudes y capacitación en el trabajo (artículo 61).

El Departamento del Distrito Federal tomará las medidas pertinentes para que todos los internos que no tengan incapacidad realicen un trabajo remunerativo, social y personalmente útil y adecuado a sus aptitudes, personalidad y preparación (artículo 63).

Previo acuerdo con el Director General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social, el director o encargado del establecimiento podrá autorizar al interno a salir de la institución en los casos de fallecimiento o enfermedad grave debidamente comprobados, de los padres, hijos, hermanos o quienes constituyeran en la vida en libertad el núcleo familiar del recluso. En estos casos, el director de la institución bajo su más estricta responsabilidad, fijará las condiciones y medidas de seguridad conforme a las cuales deba realizarse la salida y el regreso. Así mismo, los directores de los reclusorios preventivos podrán otorgar discrecionalmente a los internos autorización para externaciones individuales, bajo custodia, para asistir a los actos del estado civil tanto del recluso cuanto de sus más cercanos allegados. Igualmente los directores de los establecimientos preventivos podrán discrecionalmente, autorizar externaciones diurnas a fin de trabajar fuera del reclusorio, debiendo acudir a la reclusión nocturna, a todos aquellos internos que llenando los requisitos necesarios para obtener la libertad bajo caución, estén imposibilitados económicamente para cubrir las primas de ésta, siempre y cuando el respectivo patrón expida una constancia en la que se comprometa a facilitar al interno la asistencia correspondiente cuando sea requerido por el juez de la causa. Esta medida se revocará cuando el interno deje de acudir a la reclusión nocturna, o el patrón niegue la constancia aludida o a pesar de ésta, el patrón rehuse dar las facilidades que se hayan solicitado (artículo 85).

Los reclusorios tendrán permanentemente servicios médico quirúrgicos generales, y los especiales de psiquiatría y odontología, para proporcionar con oportunidad y eficacia la atención que los internos requieran. Cuando el personal médico de la institución lo determine porque así se requiere el tratamiento correspondiente, o en casos de emergencia, el interno deberá ser trasladado al Centro Médico para los Reclusorios (artículo 87).

Los internos que habitualmente observen mala conducta y cuyas relaciones con el personal del reclusorio y sus compañeros sean conflictivas, deberán ser estudiados por el médico psiquiatra del establecimiento para determinar su condición mental. Estos internos estarán bajo vigilancia médica (artículo 92).

Los enfermos mentales deberán ser remitidos al Centro Médico de los Reclusorios para que reciban el tratamiento que corresponda. Si el Centro Médico determina que el interno padece una enfermedad mental, pero que tomando en cuenta su bajo índice de peligrosidad, el paciente es susceptible de ser tratado en su domicilio, si se garantiza la adecuada vigilancia médica, o en otra institución especializada, o en otros hospitales para enfermos mentales, granjas o albergues de carácter asistencial, el director del reclusorio de origen solicitará lo que proceda a la autoridad facultada para resolver. Lo anterior también se aplicará en lo conducente a los sordomudos y deficientes mentales (artículo 93).

En cada uno de los reclusorios preventivos y penitenciarias del Distrito Federal, deberá instalarse y funcionar un Consejo Técnico Interdisciplinario que actuará como cuerpo de consulta, asesoría y auxilio del director del propio reclusorio (artículo 99).

El consejo técnico tendrá las funciones consultivas siguientes: a) actuar sistemáticamente como organismo de orientación y evaluación del tratamiento a los internos; b) recomendar los incentivos o estímulos que puedan conceder a los reclusos y proponer las medidas de tratamiento señaladas en el artículo 48; c) emitir opinión acerca de los asuntos que le sean planteados por el director de cada reclusorio en el orden técnico, administrativo, de custodia o de cualquier otro tipo, relacionados con el funcionamiento de la propia institución; d) orientar los criterios para la aplicación individualizada del sistema progresivo; e) sugerir las medidas de alcance general para la buena marcha del reclusorio; y f) las demás que le confieran la ley y este reglamento (artículo 102).

De las instituciones abiertas. Estas son establecimientos destinados a los internos que por acuerdo de la autoridad competente, deben continuar en ellas el tratamiento de readaptación social, mediante la aplicación de las

medidas previstas por la fracción V del artículo 8 de la ley de normas mínimas (artículo 107). Estas instituciones podrán estar o no vinculadas a otro tipo de reclusorios (artículo 108).

Las instituciones abiertas funcionarán sobre la base de la autodisciplina de los internos y el fortalecimiento de la conciencia de su propia responsabilidad respecto de la comunidad en que vive (artículo 109).

El traslado de un interno a una institución abierta solamente se hará cuando exista recomendación del Consejo Técnico Interdisciplinario del reclusorio respectivo. El director del reclusorio a la brevedad posible enviará a la autoridad que deba resolver, el dictamen que el consejo técnico formule al efecto (artículo 110).

Tratándose de procesados la autoridad competente para determinar el traslado a institución abierta es la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social (artículo 111).

En cuanto al régimen interior de los reclusorios, queda prohibido el empleo de toda violencia física o moral, o procedimiento que realizado por cualquier autoridad o por otra persona o institución suya, ataque la dignidad de los internos (artículo 136).

Las correcciones disciplinarias que se pueden aplicar a los internos son: a) amonestación en privado o en público; b) suspensión parcial o total de los incentivos o estímulos; c) privación o suspensión de la autorización para asistir o participar en actividades recreativas o deportivas; d) traslado a otro dormitorio; e) suspensión de visitas, salvo las de los defensores; y f) aislamiento temporal, sujeto a la vigilancia médica (artículo 148).

8.- Efectos:

Algunos de los efectos de la prisión preventiva son el derecho a que se compute la prisión preventiva sufrida por el procesado a la pena que se imponga y, en algunos países, el derecho a que sea indemnizado en caso de que resulte inocente.

I) Cómputo de la Preventiva a la Pena.

El párrafo in fine del artículo 20 de nuestra Carta Magna, ordena: "En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención."

La prisión preventiva se inicia en el momento mismo de la notificación del auto de formal prisión, pero sus efectos se retrotraen al día de la detención y terminan hasta que exista sentencia firme.

Al respecto García Ramírez (61) dice que:

Si bien la causa jurídica y la finalidad de la prisión penal y del encarcelamiento preventivo son radicalmente distintos, lo cierto es que ambos se resuelven en privación de libertad, por lo que nada impide, sino por el contrario claras razones de justicia aconsejan, imputar el período cumplido en preventiva, que a menudo es muy considerable, al tiempo que se haya fijado a la pena.

La imputación de la prisión preventiva a la pena ha sido cuestionada tanto a nivel de legislación como de la doctrina extranjera.

Al respecto tenemos que de acuerdo con Gómez (62), Carrara señala la existencia de cuatro sistemas relativos al punto a que nos referimos: el político, el jurídico, el empírico y el ecléctico.

En cuanto al sistema político, éste no consiente el cómputo de la prisión preventiva; considera que la prisión preventiva es una consecuencia del delito y que, por lo mismo, el delincuente no tiene derecho a reclamo alguno. Carrara critica el sistema debido a que altera el principio de proporcionalidad e igualdad de la pena; además niega que la prisión preventiva sea una consecuencia del delito y sostiene que la duración de la misma puede depender de ciertas eventualidades.

(61) García Ramírez, Curso de Derecho Procesal Penal. Op. cit., p. 413.

(62) Gómez, Eusebio. Tratado de Derecho Penal, t. I. Buenos Aires, Compañía Argentina Editores, 1939, pp. 604 a 606.

El sistema jurídico, admite el cómputo constante y total de la prisión preventiva, se objeta con el argumento de que altera la naturaleza y condiciones de la penalidad preestablecida por el legislador. El régimen de la pena es más severo que el de la prisión preventiva. Si ésta se prolonga el reo obtiene un beneficio.

El sistema empírico, deja en libertad al juez para que de acuerdo a su arbitrio compute o no la prisión preventiva. Carrara lo consiera el peor de todos y el más irracional, porque no debe entregarse al inestable sentimiento de los juzgadores la solución de las dificultades que la ley le corresponde superar.

El sistema ecléctico, éste asume dos formas: la primera consiste en distinguir dos períodos en la prisión preventiva: uno debido y otro indebido, fijándose la duración de cada uno de ellos; la segunda forma de eclecticismo consiste en instituir el mismo régimen para las cárceles de encausados y condenados. La primera forma es considerada justa por Carrara; la segunda la admite, pero con ciertas reservas. Para este autor, este sistema elimina las dificultades.

Algunos autores rechazan este criterio, consideran que el cómputo de la prisión preventiva debe ser obligatorio, ya que, de otro modo, ella resulta desprovista de todo fundamento jurídico, como considera Florian. (63)

En cuanto al derecho mexicano, como hemos visto, es terminante ya que invariablemente debe computarse el tiempo sufrido en encarcelamiento preventivo a la pena que se imponga, en los términos del artículo constitucional citado; por otra parte, el tiempo de la detención a que se refiere dicho precepto, debe entenderse en sentido lato, el cual debe comprender tanto la detención, stricto sensu, como la prisión preventiva.

En este orden de pensamientos, es fácilmente entendible que si un procesado no se encuentra sujeto a detención alguna, existiendo presunta respon-

sabilidad, el tiempo que dure esta situación no puede computarse como prisión preventiva sufrida para abonarla al tiempo de la pena impuesta.

II) Indemnización.

En algunas legislaciones extranjeras la absolución del procesado después de haber sufrido la prisión preventiva (o solamente por el hecho de haber sido procesado y resulta absuelto), puede traducirse en derecho a ser indemnizado por parte del estado.

Este derecho no es admitido en muchos países, debido a lo oneroso que les resultaría su admisión. No obstante, en recientes reformas que se han llevado a cabo en algunos países de Europa Occidental (Grecia, Noruega, Italia y Francia), bajo la influencia de las disposiciones pertinentes de la Convención Europea Sobre Derechos Humanos, la tendencia actual en esta región es el reconocimiento de este derecho a la reparación. (64)

Rodríguez y Rodríguez (65), refiriéndose a latinoamérica, dice que:

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

En cuanto a nuestro país, solamente diremos que el derecho a la indemnización no tiene aplicación, no existe.

(64) Rodríguez y Rodríguez, op. cit., p. 106.

(65) Loc. cit.

JURISPRUDENCIA

5

ACCION PENAL

Corresponde su ejercicio al Ministerio Público y a la Policía Judicial, que debe estar bajo la autoridad de mando de aquél. Una de las más trascendentales innovaciones hechas por la Constitución de 1917, a la organización judicial, es la de que los jueces dejen de pertenecer a la policía judicial, para que no tengan el carácter de jueces y partes encargados, como estaban antes de la vigencia de la Constitución, de decidir sobre la responsabilidad penal y allegar, de oficio, elementos para fundar el cargo. (Quinta Epoca: Tomo II, Pág. 83.- Harlan Eduardo y Coags. Tomo II, Pág. 1024.- Vázquez Juana. Tomo II, Pág. 1550.- Grimaldo Buenaventura. Tomo IV, Pág. 147.- Mantilla y del Haro Ramón. Tomo IV, Pág. 471.- López Leonardo.) (66)

6

ACCION PENAL

Su ejercicio corresponde exclusivamente al Ministerio Público; de manera que, cuando él no ejerce esa acción, no hay base para el procedimiento; y la sentencia que se dicte sin que tal acción se haya ejercido por el Ministerio Público, importa una violación de las garantías consagradas en el artículo 21 constitucional. (Quinta Epoca: Tomo VII, Pág. 262.- Revuelta Rafael. Tomo VII, Pág. 1503.- Téllez Ricardo. Tomo IX, Pág. 187.- Hernández Trinidad. Tomo IX, Pág. 567.- Ceja José A. Tomo IX, Pág. 659.- Carrillo Daniel y Coags.). (67)

(66) Jurisprudencia de 1917-1975 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Segunda Parte, Primera Sala. México, Mayo Ediciones, 1975, pp. 8 y 9.

(67) Ibidem, p. 13.

TESIS RELACIONADA.

ACCION PENAL, EJERCICIO DE LA.

El ejercicio de la acción penal se realiza cuando el Ministerio Público ocurre ante el Juez y le solicita que se avoque al conocimiento del caso; y la marcha de esa acción pasa durante el proceso por tres etapas; investigación, persecución y acusación. La primera tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción que se fundará en las pruebas obtenidas; en la persecución hay ya ejercicio de la acción ante los Tribunales y es lo que constituye la instrucción y, en la tercera, o sea la acusación, la exigencia punitiva se concreta y el Ministerio Público puede ya establecer con precisión las penas que serán objeto de análisis judicial y, por lo mismo, esta etapa es la que constituye la esencia del juicio, ya que en ella pedirá, en su caso, la aplicación de las sanciones privativas de la libertad y pecuniarias, incluyendo en éstas la reparación del daño, sea por concepto de indemnización o de restitución de la cosa obtenida por el delito. (Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XXXIV, Pág. 9. A.D. 746/60. Luis Castro Malpica.- Unanimidad de 4 Votos.). (68)

34

AUTO DE FORMAL PRISION

Para motivarlo, la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo; requiere únicamente, que los datos arrojados por la averiguación, sea bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. (Quinta Epoca: Tomo II, Pág. 1274.- Piña y Pastor Ignacio. Tomo IV, Pág. 767.- Ostria Mariano y Otilio. Tomo V, Pág. 195.- Aguilar Manuel. Tomo X, Pág. 217.- García Macario. Tomo XIII, Pág. 674.- Guerrero Javier.). (69)

(68) Ibid., pp. 16 y 17.

(69) Ibid., pp. 84 y 85.

AUTO DE FORMAL PRISION

Por ningún motivo puede dejar de dictarse en un proceso el auto de formal prisión, salvo en los casos en que el delito no merezca pena corporal, porque aquel auto constituye la base de las conclusiones acusatorias, o, en otros términos, sin él, no hay juicio que resolver, y por lo mismo, es anticonstitucional la ley que ordene que no se decretará dicho auto, cuando antes de cumplirse el término constitucional, el inculpado haya sido puesto en libertad bajo caución o bajo protesta. (Quinta Epoca: Tomo XIV, Pág. 1233.- Sobrino Dativo. Tomo XV, Pág. 233.- López José de Jesús. Tomo XXVI, Pág. 884.- González Demetrio y Coag. Tomo XXVI, Pág. 1298.- Zertuche Benjamín. Tomo XXVII, Pág. 2447.- Mejía Liborio.) (70)

AUTO DE FORMAL PRISION

Los tribunales federales tienen facultades para apreciar directamente, según su criterio, el valor de las pruebas recibidas y que tiendan a demostrar el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad del inculpado; y si los jueces federales no tuvieran el arbitrio de hacer la estimación de esas pruebas, estarían incapacitados para resolver sobre la constitucionalidad del auto, y en tal sentido es firme la jurisprudencia de la Suprema Corte. (Quinta Epoca: Tomo XXXII, Pág. 1742.- Friedembert Walter. Tomo XXXIII, Pág. 1782.- Fuentevilla Enrique Luis. Tomo XXXIV, Pág. 769.- Gerardo Jesús E. Tomo XXXIV, Pág. 1080.- Matiar y Fadul José. Tomo XXXVI, Pág. 186.- Navarro Bernardo.) (71)

(70) Ibid., pp. 86 y 87.

(71) Ibid., p. 88.

AUTO DE FORMAL PRISION, EFECTOS DEL AMPARO
QUE SE CONCEDE CONTRA EL

Para dictar un auto de formal prisión, son indispensables requisitos de fondo y forma que la Constitución señala; y si faltan los primeros ésto basta para la concesión absoluta del amparo; pero si los omitidos son los de forma, la protección debe otorgarse para el efecto de que se subsanen las deficiencias relativas. (Quinta Epoca: Tomo XXVII, Pág. 1636.- Sánchez Román. Tomo XXVIII, Pág. 794.- Navarrete Germán. Tomo XXXI, Pág. 1332.- Aguilar Gonzalo. Tomo XXXIV, Pág. 1080.- Matiar y Fádul José. Tomo LXXVII, Pág. 4730.- Alvarez Francisco.). (72)

TESIS RELACIONADAS

AUTO DE FORMAL PRISION.

El artículo 19 constitucional, señala como elementos de forma que deberán expresarse en los autos de formal prisión: a) el delito que se imputa al acusado y sus elementos constitutivos; b) las circunstancias de ejecución, de tiempo y de lugar, y, c) los datos que arroje la averiguación previa; y como requisito de fondo, que los datos sean suficientes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculgado. (Quinta Epoca: Tomo XXIX, Pág. 1012.- Antuñani Santiago.). (73)

AUTO DE FORMAL PRISION.

Aun cuando la Suprema Corte ha establecido que el amparo concedido contra un auto de formal prisión sólo debe tener como efecto subsanar las deficiencias de que adolezca esa determinación, esto debe entenderse cuando está perfectamente comprobado el cuerpo del delito y aparecen indicios de responsabilidad en contra del procesado, y sólo faltan requisitos de forma;

(72) Ibid., pp. 92 y 93.

(73) Ibid., p. 93.

mas cuando no ha sido comprobado el cuerpo del delito y además en el procedimiento no existen los elementos necesarios para justificarlo, resultaría absurdo exigir que se llenaran esas deficiencias, porque eso sería colocar a la autoridad responsable en condición de realizar lo que es prácticamente imposible. (Quinta Epoca: Tomo XXVII, Pág. 1636.- Sánchez Román.). (74)

AUTO DE FORMAL PRISION.

Si la responsable omitió citar en el auto de formal prisión que se recurre, el precepto de la ley penal que define el delito imputado, consignando tan sólo la denominación genérica de la infracción, esta omisión se traduce en la imposibilidad de que se puedan fijar concretamente los elementos constitutivos del hecho, en forma de que se satisfagan los requisitos del artículo 18 constitucional, que dispone que sólo por delito que merezca pena corporal, habrá lugar a prisión preventiva, y esta particularidad funda el otorgamiento del amparo para el solo efecto de que, conformando el auto recurrido a lo dispuesto por el artículo 19 constitucional, la responsable dicte nuevo auto de formal prisión, subsanando la deficiencia de forma apuntada. (Quinta Epoca: Tomo LXXXVI, Pág. 1298.- Madrid González Alfonso y Coag.). (75)

AUTO DE FORMAL PRISION.

El auto de formal prisión no llena las condiciones exigidas por el artículo 19 constitucional si omite expresar el lugar y condiciones en que se realizó el delito y no consigna la disposición legal que lo define, requisitos de forma éstos, absolutamente necesarios para tener por satisfechos los extremos de la ley, razón por la que en tales condiciones procede otorgar la protección federal, para el solo efecto de que la responsable dicte nuevo auto de formal prisión, en el que se reúnan los requisitos omitidos. (Quinta Epoca: Tomo LXXXVIII, Pág. 2567.- Luna Higinio.). (75)

(74) Loc. cit.

(75) Ibidem, pp. 95 y 96.

(76) Ibid., p. 96.

AUTO DE FORMAL PRISION.

El artículo 19 constitucional, señala como elementos de forma que deberán expresarse en el auto de formal prisión: a), el delito que se imputa al acusado y sus elementos constitutivos; b), las circunstancias de ejecución, de tiempo y de lugar; y, c), los datos que arroje la averiguación previa; y como requisito de fondo, que los datos sean suficientes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculgado. Ahora bien, para que quede satisfecho el primero de los requisitos de forma enunciados, no basta que el auto de prisión preventiva contenga la denominación genérica de la infracción, sino que es preciso citar, además, el precepto de la ley penal que la defina, ya que sólo de este modo podrán fijarse concretamente los elementos constitutivos correspondientes. Esta conclusión se robustece, si se tiene en consideración además, que el artículo 18 constitucional, que rige igualmente los autos de bien preso, dispone que sólo por delito que merezca pena corporal, habrá lugar a prisión preventiva; lo que indica, de manera indudable, que es forzoso atender el precepto que comprenda el hecho incriminado, ya que en muchos delitos, como el fraude, algunas de sus formas merecen penas corporales y otras solamente pecuniarias. (Quinta Epoca: Tomo XXIX, Pág. 1012.- Antuñano Santiago. Tomo XXXV, Pág. 618.- Miranda Francisco. Tomo XLI, Pág. 3190.- Palma Castro Abraham. Tomo XLII, Pág. 3010.- Díaz López Juan.). (77)

34

AUTO DE FORMAL PRISION, CARENTE DE FUNDAMENTACION Y MOTIVACION LEGALES. PROCÉDE OTORGAR EL AMPARO PARA QUE SE SUBSANEN LOS (SIC) OMISIONES EN QUE INCURRIO LA RESPONSABLE.

Al no haber precisado la autoridad responsable cuáles son los elementos que constituyen el delito imputado al quejoso, no con qué pruebas se tuvo por comprobado el cuerpo del delito del mismo no, por tanto, puede aceptarse que se demostró la probable responsabilidad del quejoso en la comisión

de un delito cuya corporeidad no aparece explicada ni comprobada en los términos en que se asienta en la resolución reclamada, lo que procede es conceder al quejoso el amparo que solicitó para efecto de que se deje insubsistente el auto de formal prisión combatido y, en su lugar, la responsable, dicte una nueva resolución, con amplia libertad jurisdiccional, pero debidamente fundada y motivada. (A.R. 602/82; Nemesio Mejía Morales. A.R. 230/83; Manuel Carballo Bastard. A.R. 294/83; Rudy López Silvia. A.R. 158/80; Gregorio Rosas. A.R. 54/81; Aurelio Aquino Ascona. Informe 1983. Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito. Num. 19. Pág. 393.). (78)

42

AUTO DE FORMAL PRISION (PENA ALTERNATIVA)

Es violatorio de garantías el auto de formal prisión, si el delito que se imputa al acusado se castiga con pena alternativa de prisión o multa. (Quinta Epoca: Tomo XLV, Pág. 936.- Liscano Blas. Tomo XLVIII, Pág. 2031.- Gómez Checheb Paz. Tomo LVIII, Pág. 2091.- Chable Epifanio. Tomo LXI, Pág. 883.- Bartolo Dimas. Tomo LXII, Pág. 1483.- López Gordillo Clemente.). (79)

115

DETENCION

Cuando el amparo se pida contra la detención sufrida por el quejoso debe considerarse que han cesado los efectos del acto reclamado, si se ha dictado ya el auto de formal prisión respectivo, porque éste cambia la condición jurídica del detenido. (Quinta Epoca: Tomo II, Pág. 1274.- Piña y Pastor Ignacio. Tomo V, Pág. 452.- Bravo Juan y Coag. Tomo V, Pág. 985.- Ríos Mauro de Jesús. Tomo V, Pág. 985.- García Donato y Coag. Tomo VI, Pág. 192.- Monroy Ricardo L.). (80)

(78) Castro Zavaleta, Salvador. 65 Años de Jurisprudencia Mexicana, 1917-1981. Apéndice II, 1983, México, Perse, 1984, p. 23.

(79) Jurisprudencia de 1917-1975 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Op. cit., p. 98.

(80) Ibidem, p. 253.

DETENCION

Cuando el acto reclamado en el amparo, consiste en la determinación del quejoso, llevada a cabo por una autoridad administrativa, debe considerarse que han cesado los efectos del acto reclamado, cuando el quejoso ha sido consignado al juez competente. (Quinta Epoca: Tomo III, Pág. 305.- Río Enrique. Tomo III, Pág. 1023.- Solís Jesús. Tomo IV, Pág. 211.- Martínez Pedro. Tomo IV, Pág. 1226.- Tenorio Maximiliano. Tomo IV, Pág. 1226.- Calzada Lorenzo y Cogas.). (81)

LIBERTAD PERSONAL, RESTRICCIÓN DE LA
(CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA)

La libertad personal puede restringirse por cuatro motivos: la aprehensión, la detención, la prisión preventiva y la pena; cada uno de los cuales tiene características peculiares. El conjunto de normas jurídicas que condicionan y rigen la restricción de la libertad, en los distintos casos de que se ha hablado, se llama situación jurídica; de modo que cuando esta situación cambia, cesan los efectos de la situación jurídica anterior, pues cada forma de restricción de la libertad excluye a las otras, y por lo mismo, desaparecen los efectos del acto reclamado, y es improcedente el amparo contra la situación jurídica anterior. (Quinta Epoca: Tomo XXVIII, Pág. 1405.- López Valentín. Tomo XXX, Pág. 573.- Morales Carranza Florencio. Tomo XXXI, Pág. 2162.- Miranda González Francisco. Tomo XXXIII, Pág. 2258.- Berea Foster Emilio. Urdiales Fructuoso de 18 de agosto de 1932. (Archivada).). (82)

(81) Ibid., pp. 254 y 255.

(82) Ibid., p. 389.

LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS

La circunstancia de que se decrete la libertad por desvanecimiento de datos en favor de un acusado, no es obstáculo para que si con posterioridad aparecen nuevos datos, se ordene la nueva aprehensión del propio acusado. (Quinta Epoca: Tomo XIII, Pág. 371.- Bello Arnulfo. Tomo XVI, Pág. 636.- Carrillo Santos y Coags. Tomo XXVIII, Pág. 1158.- Méndez Zacarías. Tomo XXVIII, Pág. 1267.- Velázquez Diego. Tomo XLIII, Pág. 2794.- Medina Reynaldo y Coag.). (83)

LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS

Por desvanecimiento de datos no debe entenderse que se recaben pruebas que favorezcan más o menos al inculpado, sino que aquellas que sirvieron para decretar la detención o prisión preventiva, están anuladas por otras posteriores, y si éstas no destruyen de modo directo las que sirvieron de base para decretar la formal prisión, aún cuando favorezcan al inculpado, deben ser materia de estudio en la sentencia definitiva y no pueden servir para considerar desvanecidos los fundamentos de hecho de la prisión motivada. (Quinta Epoca: Tomo XXIX, Pág. 1654.- Pedrero Demófilo. Tomo XLIX, Pág. 630.- Sahurí Miguel. Tomo LIII, Pág. 1068.- González López Antonio. Tomo LV, Pág. 2129.- Navarro Rangel Carlos. Tomo LVIII, Pág. 191.- Villaseñor Torres Carlos.). (84)

(83) Ibid., p. 392.

(84) Ibid., p. 393.

ORDEN DE APREHENSION

Para dictarla, no es preciso que esté comprobado el cuerpo del delito, sino sólo que se llenen los requisitos prevenidos pro el artículo 16 constitucional. (Quinta Epoca: Tomo III, Pág. 83.- Olivera José C. Tomo IV. Pág. 540.- Navarro José Trinidad. Tomo IV, Pág. 1233.- Guevara J. de la Luz. Tomo XIII, Pág. 621.- Nieto Leopoldo F. Tomo XIV, Pág. 128.- Molina Ladislao.). (85)

ORDEN DE APREHENSION

Para dictarla es necesario que lo pida el Ministerio Público, y si éste no solicita dicha orden, el juez no tiene facultades para expedirla. (Quinta Epoca: Tomo XVIII, Pag. 440.- Cordero Rafael. Tomo XIX, Pág. 233.- Navarro Francisco. Tomo XIX, Pág. 251.- Ramírez Francisco. Tomo XIX, Pág. 1287.- Pérez Ricardo. Tomo XIX, Pág. 1287.- Mancio Everildo.). (86)

ORDEN DE APREHENSION

La precisa clasificación del delito no es necesaria para dictar la orden de aprehensión, sino para fundar el auto de formal prisión o la sentencia definitiva. (Quinta Epoca: Tomo XVII, Pág. 613.- Vera Enrique C. Tomo XIX.- Mora Miguel, del 11 de octubre de 1926, (Archivada). Tomo XIX.- Ortiz Porfirio, del 11 de octubre de 1926. (Archivada). Tomo XIX.- Robles Esteban, del 9 de diciembre de 1926. (Archivada). Tomo XX, Pág. 795.- Escamilla Ramón.). (87)

(85) Ibid., p. 430.

(86) Ibid., p. 432.

(87) Ibid., p. 433

TESIS RELACIONADAS

ORDEN DE APREHENSION.

No basta para justificar que el juez conozca o haya tenido presente los elementos constitucionales en que debe basarse, sino que es preciso que la orden misma exprese los motivos en que se funda para que no resulte violatoria la garantía. (Quinta Epoca: Tomo IX, Pág. 562.- Garrido Castillo Manuel.). (88)

FLAGRANTE DELITO.

No debe confundirse el delito con las consecuencias del mismo; delito flagrante, es el que se está cometiendo actualmente, sin que el autor haya podido huir; "el que se comete públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos, al tiempo mismo en que lo consumaba"; por tanto, considerar flagrante un delito porque se miren sus consecuencias, constituye un grave error jurídico, y la orden de aprehensión que se libre por las autoridades administrativas contra el autor probable del hecho que ocasiona esas consecuencias, constituye una violación al artículo 16 constitucional. (Quinta Epoca: Tomo XVII, Pág. 477.- Iwersen Juan.). (89)

ORDEN DE APREHENSION.

Para dictarla, el artículo 16 constitucional no exige, como requisito, que se oiga previamente al acusado, ni a los testigos de descargo que presente en su favor. (Quinta Epoca: Tomo XVII, Pág. 613.- Vera Enrique.). (90)

(88) Loc. cit.

(89) Ibid., p. 434.

(90) Ibid., p. 435.

ORDEN DE APREHENSION.

Si respecto de una persona hubiere datos que hagan presumir a las autoridades administrativas que es responsable de un hecho delictuoso, lo que deben hacer es consignarla al Ministerio Público, para que, si éste lo juzga procedente, solicite de la autoridad judicial, la orden de aprehensión. (Quinta Epoca: Tomo XVIII, Pág. 1017.- Moreno Andrés.). (91)

ORDEN DE APREHENSION.

La sola acusación del Ministerio Público, sólo podrá servir de base para abrir una averiguación criminal, mas de modo alguno para mandar aprehender al acusado si la acusación no está sostenida por datos que prueben la existencia del delito, los elementos que lo constituyen y que demuestren la presunta responsabilidad del mismo acusado. (Quinta Epoca: Tomo XIX, Pág. 15.- Guzmán Quintero Mauro.). (92)

ORDEN DE APREHENSION.

Si el acusado ha sido puesto en libertad por no haber lugar a dictar en su contra auto de formal prisión, para aprehenderlo nuevamente por el mismo delito, es indispensable que se practiquen nuevas diligencias que sirvan de fundamento a la orden de aprehensión. (Quinta Epoca: Tomo XIX, Pág. 805.- Zubizarreta Celestino.). (93)

(91) Loc. cit.

(92) Loc. cit.

(93) Ibid., p. 435 y 436.

ORDEN DE APREHENSION, REQUISITOS DE
FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE LA

Es inexacto que tales requisitos sólo sean necesarios para el auto de formal prisión y no para la orden de aprehensión; los requisitos de fundamentación y motivación, no son privativos de determinados actos de autoridad, sino de todos aquellos que importen para los gobernados cualquier molestia, ya que dichos requisitos constituyen la garantía de legalidad que tiene el gobernado, como individuo, frente a los actos de autoridad. (A.R. 382/82; Hipólito Aquino Baltazar y otro. Informe 1983. Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito. Núm. 62, Pág. 418.). (94)

ORDEN DE APREHENSION CARENTE DE MOTIVACION Y
FUNDAMENTACION, AMPARO TOTAL Y NO PARA EFECTOS

Cuando en el caso, la orden de aprehensión reclamada es un acto de carácter positivo los efectos de la concesión del amparo otorgado por el Juez de Distrito, deberán contraerse a la restitución a los agraviados en el pleno goce de la garantía individual violada, para lo cual debe anularse la orden de captura, de manera que no produzca efecto legal alguno en contra de los recurrentes y, en este orden de ideas la protección federal debe ser lisa y llana, y no para el efecto de que el Juez responsable subsane la omisión de falta de fundamentación y motivación de la orden de aprehensión reclamada en el juicio de garantías del que deriva este toca. Sin embargo, el hecho de concederse lisa y llanamente al amparo no significa que la responsable esté impedida para dictar un nuevo auto si lo estima conveniente, pues el amparo al concederse en forma total, sólo anula el

ORDEN DE APREHENSION TRATANDOSE
DE PENA ALTERNATIVA

Si el delito que se imputa al indiciado, lo castiga la ley con pena alternativa, pecuniario o corporal, la orden de aprehensión que se libre es violatoria del artículo 16 constitucional. (Quinta Epoca: Tomo XXXIII, Pág. 2933.- Rodríguez Jesús. Tomo XXXIII, Pág. 303.- Sánchez Francisca y Coag. Tomo XLIII, Pág. 1675.- Castañeda Zeferino. Tomo XLIX, Pág. 237.- Montiel Marcelino. Tomo XLIX, Pág. 1016.- Villalobos Flavio.). (97)

PROCESOS, AMPARO POR NO CONCLUIRLOS
DENTRO DEL TERMINO CONSTITUCIONAL

El amparo que se enderece contra la violación consiste en que un proceso no se ha concluido dentro del término constitucional, no puede tener por efecto que se ponga en libertad al reo, sino sólo obliga a la autoridad responsable a que falle desde luego el proceso, absolviendo o condenando al inculpado. (Quinta Epoca: Tomo IV, Pág. 573.- Mireles Alberto. Tomo IV, Pág. 885.- Arias Jesús y Coags. Tomo IV, Pág. 1239.- Romero Ernesto. Tomo V, Pág. 43.- Espinosa Pablo. Tomo V, Pág. 997.- Figueroa Romo y Coags.). (98)

TESIS RELACIONADAS

PROCESOS.

Cuando el acusado no ha sido detenido, ni contra él se ha dictado auto de formal prisión, no cabe la aplicación de la fracción VIII del artículo 20 constitucional y los plazos a que la misma se refiere, deben contarse desde la fecha de dicho auto de formal prisión. (Quinta Epoca: Tomo XV, Pág. 700.- Rivas Jesús María.). (99)

(97) Ibidem, p. 441 y 442.

(98) Ibid., p. 521.

(99) Loc. cit.

PROCESOS.

El término que para concluirlos, señala la fracción VIII del artículo 20 constitucional, se cuenta desde que el procesado se encuentra detenido a disposición de la autoridad competente, y no desde que se inició la averiguación, puesto que la garantía que consagra ese precepto, se estableció en favor del acusado, y no siempre lo hay al abrirse un proceso. (Quinta Epoca: Tomo XVII, Pág. 47.- Portillo Marcelo. Tomo XVIII, Pág. 1073.- Moreno Emilio.). (100)

PROCESOS.

El termino que para concluirlos señala la fracción VIII del artículo 20 constitucional, se cuenta a partir del auto de formal prisión, que es el que da al acusado el carácter de procesado, y con el cual se inicia propiamente el primer período del juicio, o sea la instrucción de la causa, y si tal auto es revocado por el tribunal de alzada, el término no puede correr. (Quinta Epoca: Tomo XIX, Pág. 749.- Villarreal Muñoz Antonio.). (101)

PROCESOS.

Los procesos deben fallarse dentro de un año, cuando la pena exceda de dos años de prisión; pero el efecto del amparo no consiste en poner en libertad al procesado, sino en obligar a la autoridad responsable, a que falle desde luego el asunto, absolviendo o condenando, y aunque no exista jurisprudencia tratándose de aplicar dicho precepto constitucional a las segundas instancias de las causas criminales, debe establecerse así, porque el precepto es general y no señala diferencia o distingo. (Quinta Epoca: Tomo XXI, Pág. 307.- Badillo Feliciano.). (102)

(100) Ibid., p. 522.

(101) Loc. cit.

(102) Ibid., p. 523.

PROCESOS, TERMINO DE LOS, SI NO SE DICTA EL AUTO DE PRISION FORMAL.

El término para la conclusión del proceso, debe contarse, en estricto derecho, desde que el juez debió resolver sobre la formal prisión, al fenecer el término constitucional ya que el acusado no debe sufrir las consecuencias de esa omisión, en la cual no tuvo culpa alguna, ni quedar sometido indefinidamente a las molestias procesales. (Quinta Epoca: Tomo XXXVI, Pág. 1804.- Hernández Pascual.). (103)

PROCESOS, TERMINO DE LOS.

Si el juez de la causa se niega a recibir las pruebas que ofrece el procesado, alegando que el proceso debía terminarse dentro del término que fija la fracción VIII del artículo 20 constitucional, y que ese término había vencido, a contar de la fecha en que se dictó auto de formal prisión, es indudable que viola, en perjuicio del acusado, las fracciones IV y V del citado artículo 20 de la Constitución; porque aunque conforme a la fracción VIII del mismo artículo, el reo deberá ser juzgado antes de un año, si la pena que pudiera imponérsele, excediere de dos años de prisión, debe tenerse en cuenta que ese término es fijado en beneficio del reo, quien, por su propia voluntad y para su mejor defensa, puede renunciar a ese beneficio y pedir la recepción de pruebas, precisamente durante el período del procedimiento fijado para recibirlas; y no puede denegarse tal solicitud, sin infringir la garantía individual de ampliación de defensa, que el mismo artículo 20 constitucional concede a todo procesado, pues esta garantía es de mucho mayor valor que la que se refiere a la de que éste sea juzgado dentro de un breve período de tiempo. (Quinta Epoca: Tomo LXXVI, Pág. 5084.- Sotomayor José.). (104)

(103) Ibid., p. 524.

(104) Ibid., p. 525.

PROCESOS, A QUIENES SE REFIERE LA GARANTIA DE SU
TERMINO, DENTRO DEL PLAZO CONSTITUCIONAL

La garantía que establece la fracción VIII del artículo 20 constitucional, sobre el término en que deben fallarse los procesos, se refiere al acusado y no a los simples indiciados, y los expedientes instruidos a efecto de recibir todas las pruebas que pueden servir para la persecución de un hecho delictuoso, mientras no pasen de simple averiguación, esto es, en tanto no haya acusación contra determinada persona, sujeción a proceso y restricción de la libertad, no tienen término constitucional para su conclusión. (Quinta Epoca: Tomo XV, Pág. 700.- Rivas Jesús María. Tomo XXVII, Pág. 778.- Medina Catarino M. Tomo XXXIV, Pág. 282.- Acevedo Fausto. Tomo XLVIII, Pág. 1674.- Carrasco Alfredo. Tomo L, Pág. 316.- Domínguez Jesús.) (105)

PROCESOS, TERMINO DE LOS

El término señalado por el artículo 20 constitucional no es aplicable cuando no se ha dictado en contra del acusado el auto de formal prisión. (Quinta Epoca: Tomo LXXI, Pág. 221.- Hernández Gabino. Tomo XCI, Pág. 2915.- García Felipe. Tomo XCIII, Pág. 699.- Hernández Pérez de Hernández Leonides. Tomo CIV, Pág. 837.- Cruz Hermenegildo. Tomo CXVII, Pág. 1351.- Toca 432/53.) (106)

(105) Ibid., p. 529.

(106) Ibid., p. 531.

PROCESOS, TERMINO PARA CONCLUIRLOS

La violación del artículo 20 constitucional, fracción VIII, es inoperable si aunque sea verdad que el quejoso fue sentenciado después de los plazos que ese precepto establece, los hechos quedaron consumados de modo irreparable; y lo que quedaría sería únicamente el derecho del acusado para exigir a los funcionarios que incurrieron en esta omisión, la responsabilidad consiguiente. (Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XXII, Pág. 149.- A.D. 4196/58.- Domitilo Rico Páramo. Vol. XXVI, Pág. 115. A.D. 3013/59.- Jesús Mendoza Paz. Vol. XXXIII, Pág. 80. A.D. 6873/58.- Jesús Amaro Báez. Vol. XXXVI, Pág. 82. A.D. 3458/59.- Ramón Guerrero Manjarrez. Vol. XLII, Pág. 21. A.D. 6100/60.- Belisario Valdez Moreno.).. 107)

PROCESOS, TERMINO PARA FALLAR EN LOS

La garantía del término constitucional para fallar en los procesos, se refiere a los acusados, sin distinción alguna, sin que pueda alegarse que los que se hallan en libertad caucional no tiene derecho a reclamarla. (Quinta Epoca, Segunda Parte: Tomo XIV, Pág. 1663.- Sánchez Vda. de Villegas Esther. Tomo XXV, Pág. 5960.- Jasso Miguel. Tomo LXXIX, Pág. 4461.- Kuri Salomón. Tomo LXXXI, Pág. 4130.- Maya Avila Ernesto y Coag. Tomo XCI, Pág. 559.- Ochoa Severo.). (108)

(107) Ibid., p. 534.

(108) Ibid., p. 537

CAPITULO IV

LA LIBERTAD PROVISIONAL, SUBSISTENCIA Y SUSTITUTIVOS DE LA PRISION PREVENTIVA Y ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE ESTA INSTITUCION

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- La Libertad Provisional: I).- Libertad Bajo Caución. II).- Libertad Protestatoria. III).- Libertad por Desvanecimiento de Datos. IV).- Libertad por Falta de Elementos para Procesar. 3.- Observaciones Sobre el Régimen de la Prisión Preventiva: I).- Derechos Humanos; II).- Críticas e Inconvenientes de la Institución; III).- Subsistencia o Insubsistencia. 4.- Sustitutivos de la Prisión Preventiva: I).- Medidas que pueden imponerse: A) Medidas Eliminatorias; B) Medidas de Control; C) Medidas Patrimoniales; D) Medidas Terapéuticas; E) Medidas Educativas; F) Medidas Restrictivas de Derechos; II).- Carácter Discrecional de las Medidas; III).- Naturaleza Jurídica de estas Medidas; IV).- Oportunidad de Imponerlas. 5.- La Sentencia Indeterminada. 6.- Consideraciones Finales.

1.- Introducción

Hemos dicho con anterioridad que la prisión preventiva es una institución que ha sido sumamente criticada, ya que, entre otros inconvenientes, se considera que es injusto privar de la libertad a una persona sin que exista sentencia firme que demuestre su culpabilidad; así mismo debido al hecho de mantener presa a una persona de nula o escasa peligrosidad entre tanto se incoa el procedimiento, ocasiona inconvenientes, como es el contagio crimínogeno que sufre de otros procesados de alta peligrosidad y de delincuentes profesionales, aparte de que atenta contra la dignidad de la persona. Más aún, en cuanto a esto último, es práctica frecuente que se detenga a una persona sin motivo ni fundamento legal, sin que exista orden de aprehensión y sin que se den las otras circunstancias que deben concurrir para poder considerar como legítima una detención, situaciones que constituyen flagrantes violaciones a los derechos humanos.

Ante tal situación, y a fin de evitar o remediar los mencionados inconvenientes, la doctrina, tanto nacional como internacional, se han mani-

festado en contra de la aplicación que se da actualmente a la prisión preventiva. En efecto, los estudiosos del derecho penal consideran que la prisión preventiva debe tener una reformación en cuanto a su aplicación, ésta debe aplicarse a los casos más indispensables. Se debe reservar únicamente a aquellos casos en que el imputado demuestra una notable peligrosidad, bien por tratarse de reincidente (atendiendo la magnitud y ejecución del delito), bien porque de los estudios que se le practiquen resulte tal evidencia, eventualidades que permitan inferir que la concesión de la libertad va a propiciar la imposibilidad de la substanciación del proceso o la ejecución de la posible sentencia condenatoria que se dicte en el mismo, entre otros inconvenientes.

Así pues, a fin de limitar la aplicación de la medida precautoria a colación, se han creado algunas medidas que, de cierta manera, evitan los efectos nocivos del encarcelamiento preventivo y hacen posible la incoación de la causa. Algunas de estas medidas son la libertad provisional y otra serie de instrumentos que tienen aplicación en ciertos países, aún cuando en el nuestro no sea así. Cabe señalar que se propone evitar o limitar la prisión preventiva y sustituirla mediante otros mecanismos considerando que en ocasiones resulta innecesaria su aplicación, el hecho delictuoso se origina debido a diversos factores externos que concurren con el autor, o bien algunos internos del individuo que propiciaron violar la ley penal. En este entendido, si el delincuente no es peligroso, si el delito se materializó debido a circunstancias que directa o indirectamente concurrieron en el infractor de la norma, es evidente la falta o existencia de mínima peligrosidad del individuo que hacen inútil o innecesario el encarcelamiento o tratamiento alguno. Lo que se hace necesario es eliminar o suspender las causas que influyeron en la comisión del acto ilícito.

Las medidas que se señalan en este capítulo únicamente son algunas a las cuales se puede recurrir, no queremos decir que sean las únicas; solamente damos algunas muestras de ellas, ya que lo que se persigue es más bien limitar la prisión preventiva sin importar el nombre y la forma en que se den dichos instrumentos.

No dejamos de reconocer que algunos de los sustitutivos que se proponen son más bien aplicables a la prisión impuesta con motivo de una pena, el motivo de su mención es a fin de dar a conocer su existencia, en qué consisten y la magnitud de estos instrumentos, y una vez conociéndolos, si es posible, tratar de darles una aplicación para sustituir la preventiva, o

bien, atendiendo sus peculiaridades, implementar alguna medida que sustituya la precautoria en estudio.

En cuanto al momento oportuno para aplicar los substitutivos, éstos se deben aplicar inmediatamente a la detención, ya sea ante autoridades administrativas o jurisdiccional, toda vez que lo que se busca mediante dichos instrumentos es evitar la contaminación criminógena que se da en las cárceles para procesados.

Pugnamos por limitar la aplicación a la prisión preventiva a través de substitutivos debido a los efectos nocivos que provoca, situación que va a traer consigo que en el caso de que resulte condenado, el tratamiento que se necesite aplicar va a ser motivo del contagio nocivo que sufrió el condenado al encontrarse internado entre tanto se substanciaba su causa.

Así pues, si se quiere readaptar adecuadamente al delincuente, una sentencia rígida terminante (imponer un número determinado de años) difícilmente va a precisar el tiempo requerido para la readaptación, una sentencia indeterminada, sin plazo fijo, es más apropiada para este fin; la sentencia va a tener como límite de internamiento el tiempo absolutamente necesario para obtener la readaptación social del infractor de la norma jurídica. Lo anterior en el entendido de que antes de perseguir el castigo del infractor, la sociedad debe buscar readaptar al individuo que tiene una conducta desviada.

En este contexto, en el presente capítulo hablamos de la libertad provisional como medida que sustituye la prisión preventiva; se hacen algunas observaciones sobre el régimen de la prisión preventiva; tratamos los substitutivos a que puede acudir para evitar la privación de la libertad a ese título; tratamos también la sentencia indeterminada como un instrumento que puede permitir una adecuada readaptación del sentenciado y terminamos realizando algunas consideraciones sobre la medida precautoria de la prisión preventiva.

Por último, queremos dejar claro que no pretendemos proscribir la prisión preventiva y menos aún el derecho penal, por el contrario, creemos que es necesaria su existencia, es necesario castigar en ocasiones a deter-

minado tipo de delincuentes, solamente que hay que saber a quienes y cuando es necesario hacerlo. Lo que proponemos es, insistimos, aplicar la prisión preventiva a los casos más indispensables; no queremos que los delitos queden impunes, lo que se pretende evitar es la formación o desarrollo de un delincuente. Cuando sea indispensable hay que castigar, y castigar severamente cuando así se amerite, entre tanto no sea así no es conveniente exponer a ambientes criminógenos a los delincuentes primarios u ocasionales o bien personas inocentes; si es así, se están generando nuevos y peligrosos criminales que en algún momento llenarán aún más las cárceles.

2.- La Libertad Provisional

Siguiendo a Acero (1) diremos que hasta antes del período de juicio en el proceso, no existe con anterioridad un verdadero ejercicio de acción de fondo contra determinada persona, al menos teóricamente, ya que la instrucción sólo tiene un carácter informativo general, y las medidas que se dictan durante su desarrollo, como la prisión preventiva, sólo son precauciones preparatorias o medidas de cautela.

Solamente la necesidad de impedir que el presunto responsable se sustraiga a la acción de la justicia, puede imponer y justificar la prisión preventiva; como un mal menor que facilita la impunidad, pero al fin y al cabo un mal, se restringe de la libertad a una persona libre que, si se quiere teóricamente, aún no se determina su culpabilidad o inocencia; de resultar lo último se hace evidente la injusticia sufrida.

Por tanto, siempre y en cualquier momento en que por diversas condiciones se acredite la falta de necesidad de que se continúe el encarcelamiento o pueda éste suplirse por algunas otras medidas precautorias, mientras se dilucida y aclara en definitiva la responsabilidad, debe cesar la medida, sin perjuicio de la continuación del proceso. Así sucede en los casos en que se concede la libertad provisional.

(1) Acero, Julio. El Procedimiento Penal. Puebla, Cajica, 1976, p. 167.

La libertad provisional evita o hace cesar los efectos nocivos o perniciosos de la prisión preventiva mediante la excarcelación. Esta medida cautelar, que sustituye a otra medida cautelar que es la prisión preventiva, es de suma importancia debido a que evita a muchas personas, posiblemente inocentes y que se ven complicadas en hechos delictuosos, los efectos dañinos de la prisión preventiva entre tanto demuestra o trata de demostrar su inocencia.

En el aspecto subjetivo la excarcelación es un derecho que tiene el procesado a que no se le someta a prisión preventiva cuando se dan las condiciones que se requieren, y no un simple beneficio que la ley le otorga; es un derecho que nace de la constitución de acuerdo al principio de inocencia, que debe imperar cuando no se ha demostrado la culpabilidad de una persona mediante la existencia de sentencia firme que así lo decreta. El inculcado debe ser inocente hasta que se declare por sentencia firme que es culpable; de esto tenemos que, la libertad sólo se puede restringir a título cautelar y en las condiciones que la legitiman como medida necesaria. La libertad debe ser la regla y la prisión preventiva la excepción. El estado no renuncia a aplicar la preventiva, sino más bien no tiene ese poder, ya que siempre que se den las condiciones exigibles, el tribunal debe conceder el derecho a la libertad.

Como contrapartida a la prisión preventiva tenemos la libertad provisional, que evita el encarcelamiento del procesado. La concesión de esta medida se sujeta a los supuestos del artículo 20 constitucional, fracción I, no siempre se concede. En los casos en que es posible debe ser solicitada por el inculcado, no es oficiosa. Velez Mariconde afirma que: "...la excarcelación implica un estado provisional de libertad, sometido a especiales vínculos, en que el procesado se encuentra cuando evita o hace cesar la prisión preventiva." (2)

(2) Velez Mariconde, Alfredo. Derecho Procesal Penal, t. I. Buenos Aires, Lerner, 1969, p. 521.

Este mismo autor (3) hace las siguientes precisiones de la libertad provisional; señala que en sentido lato, es la que se ordena durante la tramitación del proceso, por efecto de un proveído que puede ser revocado o modificado. Se opone así a la libertad definitiva, que pone término a la causa y a la prisión preventiva impuesta al encausado. En sentido estricto, denomina libertad provisional a la que se ordena cuando no procede la prisión preventiva, sea por falta de elementos para dictar el procesamiento, sea porque el delito que lo determina no está reprimido con pena privativa de libertad.

En el desarrollo de nuestro procedimiento penal, encontramos varias formas de libertad provisional, ya sea en el período administrativo que antecede al proceso, o bien en el curso del mismo: la libertad bajo caución, la libertad bajo protesta, la libertad por falta de elementos para procesar y la libertad por desvanecimiento de datos.

González Bustamante (4), dice que la libertad provisional es: "...la libertad que con carácter temporal se concede a un detenido por el tiempo que dure la tramitación del proceso, previa la satisfacción de determinadas condiciones estatuidas por la ley...". Fenech (5), la entiende como: "...El acto cautelar por el que se produce un estado de libertad vinculada a los fines del proceso penal, en virtud de una declaración de voluntad judicial."

La libertad que tratamos busca resolver la antinomia de intereses que se plantea entre la sociedad y el individuo, pues mientras aquélla exige el castigo de los delitos y la protección de sus miembros contra los ataques de sujetos peligrosos, éste reclama, en bien de la justicia, que no se le prive de la libertad hasta que se haya esclarecido su responsabilidad

(3) Ibidem, p. 520.

(4) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. México, Porrúa, 1983, p. 298.

(5) Fenech, Miguel. Derecho Procesal Penal. t. II. España, Labor, 1952, p. 140.

concreta de un hecho delictuoso. Tal diferencia se resuelve, en cierto modo, gracias a esta institucion que tratamos, ya que por ella, al tiempo que se limita la libertad del indiciado en forma mucho menos intensa que en la preventiva, y se aseguran los fines del proceso, se permite al inculpado permanecer fuera de prisión. Entonces, este instituto protege a un tiempo los derechos de la sociedad y los de la persona humana. (6)

Haremos breve referencia a las formas de libertad provisional mencionadas.

1).- La Libertad Bajo Caución.- Franco Villa (7) define el incidente de libertad bajo caución, como: "...El procedimiento promovido por el inculpado, su defensor o su legítimo representante, en cualquier tiempo y con el objeto de obtener su libertad mediante caución económica que garantice la sujeción del propio inculpado a un órgano jurisdiccional..."

La libertad caucional se concede en base al supuesto de que el indiciado, atendiendo su circunstancias personales, la gravedad del delito cometido, la pena que éste señale y el temor de perder la garantía, no se va a sustraer a la acción de la justicia y que continuará a disposición del juzgado presentándose cuando sea requerido.

Se presume que el temor de perder la garantía caucional resultaría más gravoso que la posible pena a imponer. En el caso de terceros que garantizan la caución, el fiador es el que será el mejor vigilante del procesado en libertad, a fin de que cumpla con sus obligaciones, en su propio interés.

Nuestras leyes adjetivas contemplan tres formas de garantizar la libertad provisional bajo caución: El depósito en efectivo, la caución hipotecaria sobre bienes inmuebles y la fianza personal (artículo 563 CPPDF y 406 CFPP).

(6) García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. México, Porrúa, 1977, p. 414.

(7) Franco Villa, José. El Ministerio Público Federal. México, Porrúa, 1985, p. 329.

Este tipo de libertad procede cuando el delito que se imputa al inculcado es sancionado con pena privativa de la libertad, cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años de prisión.

García Ramírez (8) se postula por la ampliación de la libertad caucional tratándose de delitos cuya sanción media exceda de cinco años de prisión, pero no de siete. Creemos que sería conveniente adoptar tal posición como un sustitutivo más amplio, negando la concesión de la libertad solamente para delitos más graves que son sancionados con una pena mayor.

La doctrina ha propuesto también que la legislación limite la libertad bajo caución a aquellos casos en que, la probada peligrosidad del delincuente hagan evidente la inconveniencia de la excarcelación; pretende evitar que muchos delincuentes peligrosos gocen de los beneficios de la ley. (9)

Nuestra Carta Magna prescribe que a la hora de resolver sobre la garantía, el juez tome en cuenta las circunstancias personales del inculcado y la gravedad del delito que se le impute, lineamientos que siguen los códigos adjetivos.

Debido a lo rígido de las disposiciones que regulan la libertad caucional, se ha propuesto la modificación del artículo 20, fracción I, de la constitución para hacer más flexible dicho derecho, ya que actualmente la mayoría de las legislaciones contemporáneas, atienden a la gravedad del delito, debiendo ser más apropiado a las condiciones personales del inculcado. (10)

La libertad provisional en estudio se puede revocar si se actualizan las causas que exige la ley.

(8) García Ramírez, op. cit., p. 416.

(9) Loc. cit. y González Bustamante, op. cit., p. 311.

(10) Diccionario Jurídico Mexicano, t. III. Voz: Detención Preventiva. México, UNAM, 1983, pp. 275 y 276.

Esta libertad, no obstante ser bendecida, también ha sido criticada en cuanto a que su concesión atiende meramente puntos de vista pecuniarios, ignorando los méritos, antecedentes y peligrosidad del presunto responsable. No deja de ser cierto esto, y justificadamente se afirma que esta medida cautelar atiende a un criterio burgués dejando la cárcel solamente para los económicamente desdichados. Lo anterior en razón de que no toma en cuenta que el individuo haya sido sorprendido in fraganti; no le importa que existan pruebas suficientes de su culpabilidad; no le importa que sea delincuente peligroso y reincidente o habitual; si se encuentra dentro de los límites exigidos se le concede la libertad provisional con la sola exhibición de una garantía. Caso contrario sucede en los casos en que aún cuando existan elementos o datos escasos de responsabilidad, que por mera casualidad se ve involucrado, que exista conocida honradez y lealtad en sus compromisos, el imputado tiene que sufrir el doble castigo que implican las vejaciones de la prisión preventiva y el no poder sustituirla, por el sólo hecho de ser pobre.

Al respecto Acero (11), dice que no debería excarcelarse mediante caución a los aprehendidos en flagrante delito, condenados en primera instancia, exproófugos o habituales ni en general a ningún detenido individualmente observado como insusceptible de aseguramiento efectivo fuera de la cárcel y constitutivo de amenaza social.

II).- La Libertad Protestatoria.- Este tipo de libertad es de muy limitado uso en el derecho positivo mexicano. Se otorga sin exigir al inculcado ninguna garantía pecuniaria. Es una libertad que atiende la palabra de honor del indiciado. El inculcado protesta ante la autoridad judicial a quien corresponde otorgarla, cumplir con las obligaciones que ésta le imponga.

Las condiciones para que pueda darse son las siguientes (12): a) que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años; b) que el acusado

(11) Acero, op. cit., p. 395.

(12) García Ramírez, op. cit., p. 427.

tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siga el proceso y que su residencia en dicho lugar sea de un año, cuando menos; c) que a juicio de la autoridad judicial competente, no haya temor de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia; d) que sea la primera vez que delinque el procesado; e) que él mismo proteste presentarse ante el juzgado respectivo cada cuando se le ordene; y f) que el propio imputado tenga medio honesto de vivir (artículos 552 y 553 del CPPDF y 418 del CFPP).

Existe una hipótesis especial en que se concede la libertad protestatoria, ésta es pertinente, aún cuando no se satisfagan los requisitos del supuesto general mencionado en el párrafo que antecede, en tres casos: a) si la prisión preventiva ha igualado el máximo de la pena legal fijada al delito de que se trate (El CFPP no lo contempla); b) si se ha cumplido la condena recaída en primera instancia y se encuentra pendiente el recurso de apelación; y c) por instancia del Ministerio Público, previa autorización del Procurador General de la República, cuando se trate de delitos de sedición, motín, rebelión o conspiración (artículos 555 CPPDF y 419 CFPP). (13)

Cabe precisar que en el supuesto del inciso a), más que libertad provisional, resulta libertad absoluta, ya que ante tal evento no sería posible ya el encarcelamiento posterior del imputado. En los supuestos requeridos también se puede revocar la libertad protestatoria.

III).- Libertad por Desvanecimiento de Datos.- Esta forma de libertad se tramita en forma incidental, la cual niega o destruye los efectos del auto de formal prisión, en base a que las pruebas que sirvieron de fundamento se encuentran anuladas por otras posteriores. En otras palabras, se concede la libertad atendiendo al desvanecimiento pleno de las pruebas que en su momento sirvieron para acreditar el cuerpo del delito, como las que se utilizaron para acreditar la responsabilidad probable del inculcado, sin que hayan aparecido nuevas pruebas de aquél o de éste con posterioridad al auto de formal prisión (artículos 547 CPPDF y 422 CFPP). (14)

(13) Loc. cit.

(14) Ibidem, p. 392.

El artículo 546 CPPDF señala que en cualquier estado del proceso procede la libertad por desvanecimiento; conforme al CFPP, el artículo 422 dispone que sólo procede durante la instrucción. En cuanto a la oportunidad del incidente, Franco Sodi (15) sostuvo que debía realizar sólo en el curso de la instrucción, debido a que si el auto que la concede no impide la recepción de nuevas pruebas, recibirlas es algo que sólo se puede hacer en oportunidad de la instrucción. Esto es, sería ilógico plantear la libertad por desvanecimiento de datos en la fase de plenario, obteniendo con ello resolución incidental y de modo provisional pudiendo ser resuelto en lo principal y de manera definitiva.

Para Piña y Palacios (16) la libertad por desvanecimiento de datos constituye un derecho del procesado. Por consiguiente, sólo puede otorgarse hasta el momento del cierre de la instrucción, ya que posteriormente cambia la situación jurídica del sujeto, de procesado pasa a convertirse en acusado.

Conforme al artículo 422 del CFPP tenemos que la libertad por desvanecimiento de datos procede:

Artículo 422.- La libertad por desvanecimiento de datos procede en los siguientes casos: I.- Cuando en cualquier estado de la instrucción y después de dictado el auto de formal prisión aparezcan plenamente desvanecidos los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito; II.- Cuando en cualquier estado de la instrucción y sin que hubieren aparecido datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido plenamente los considerados en el auto de formal prisión para tener al detenido como presunto responsable.

El CPPDF concede la libertad mencionada en los mismos supuestos, con la excepción de que esta procede en cualquier estado del proceso (artículo 547).

(15) Franco Sodi, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. México, Porrúa, 1939, pp. 451-456.

(16) Piña y Palacios, Javier. Recursos e Incidentes en Materia Procesal Penal y la Legislación Mexicana. México, Ed. Botas, 1958, p. 161.

IV).- Auto de Libertad por Falta de Elementos para Procesar.- En contrapartida al auto de formal prisión o de sujeción a proceso, que se deben dictar dentro del plazo constitucional de setenta y dos horas, desde que fue puesto a su disposición el detenido, la autoridad judicial puede dictar auto de libertad por falta de elementos para procesar.

Esta libertad procede cuando dentro del plazo indicado no resulta procedente aplicar formal prisión o sujeción a proceso, por no reunirse los requisitos (de fondo) necesarios para ello; como son la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado (artículo 302 CPPDF y 167 CFPP).

Cuando se dicta este auto no se puede decir que concluye definitivamente el proceso, ya que no evita que si aparecen nuevos datos de prueba, se vuelva a proceder contra el imputado (artículo 302 CPPDF y 167 CFPP). Esta resolución solamente determina que hasta los tres días, no hay elementos para procesar; mas no resuelve en definitiva, esto es el fondo, sobre la existencia de algún delito o la responsabilidad de un sujeto, o su inexistencia. Franco Villa (17) señala que por eso se decreta la libertad "con las reservas de ley". El imputado, dice González Bustamante (18):

...queda sujeto a las contingencias que surjan de las posteriores investigaciones que se practiquen y que pueden motivar una nueva orden de detención. El auto de soltura limita la libertad del inculcado, que no puede ser detenido nuevamente, sirviendo de base los mismos datos que tuvo en cuenta el juez para decretar la libertad por falta de méritos.

El efecto del auto que nos ocupa es restituir al inculcado en el goce de la libertad que tenía antes de su detención.

No queremos terminar esta parte de la libertad provisional sin mencionar una relativamente nueva forma de libertad caucional, que se concede

(17) Franco Villa, op. cit., p. 28.

(18) González Bustamante, op. cit., p. 194.

en averiguación previa, es decir, en fase administrativa. En efecto, conforme a la reforma de 1971 al CPPDF, el artículo 271 adicionado, concede la libertad del sujeto tratándose de delitos culposos con motivo del tránsito de vehículos. García Ramírez (19) denomina a este tipo de libertad provisional, administrativa o previa, atendiendo tal denominación tanto a la naturaleza como a la autoridad que la concede; es distinta e independiente de la que regula la fracción I del artículo 20 constitucional.

Esta libertad se condiciona al otorgamiento por el Ministerio Público, siempre que el infractor otorgue garantía y cuando, además, no hubiese mediado abandono del o de los lesionados.

Es realmente plausible esta nueva forma de libertad, considerando que carece de relevancia privar de la libertad a un individuo no peligroso que pudiese ameritar sanciones más severas y regímenes cautelares rigurosos; más aún si hasta el ciudadano más honesto y respetable puede verse inmiscuido en infracciones con motivo del tránsito de vehículos.

3.- Observaciones Sobre el Régimen de la Prisión Preventiva:

I).- Derechos Humanos.- En este punto haremos referencia a la situación que guardan los derechos humanos cuando se imponen la detención y la prisión preventiva.

Hemos dicho que la libertad es el bien más apreciado del hombre, después de la vida. La libertad, derecho de la naturaleza humana, no era reconocida en muchos pueblos de la antigüedad y es cuestionada aún en algunos de la actualidad. La libertad, al igual que la vida, constituye la base de las demás garantías individuales que los pueblos arrancan al soberano (y no graciosa concesión) y se plasman en las constituciones.

(19) García Ramírez, op. cit., p. 429.

En el orden jurídico existen principios rectores, los que constituyen la esencia misma de ese derecho; son la base de toda organización política sobre la cual descansa todo ese orden, y se denominan: "Decisiones Fundamentales". Una de las cuales la constituyen los derechos humanos.

Toda persona, por el sólo hecho de serlo y vivir en sociedad, tiene una serie de derechos y obligaciones; prerrogativas que le son inherentes para poder desarrollarse en sociedad como persona en lo individual y como parte de un grupo social y le dan un mínimo de seguridad jurídica; derechos que le deben ser respetados y que simultáneamente imponen límites a los órganos de gobierno en la realización de sus funciones.

Las garantías individuales y las sociales, se encargan de proteger los derechos humanos. La libertad como bien individual y derecho social, se reconoce, como se ha dicho, en la constitución y en otras leyes; se regula a fin de que pueda realizarse en forma común y haga posible la convivencia social y evite su degeneración y libertinaje. Ahora bien, en contrapartida a lo afirmado, existe un poder superior al individuo y a la sociedad, que puede limitar la libertad de la persona, este poder es el estado. Así, tenemos que al quedar reconocidas en las leyes una serie de garantías del individuo, también se constituyen limitaciones al estado. Es decir, las garantías constitucionales: garantías de la libertad, garantías del orden jurídico y garantías de procedimientos (20) limitan la actuación del estado en la esfera del gobernado. La intervención del estado debe ser mínima, restringida por las normas constitucionales. Estas limitaciones pretenden reconocer la libertad como una forma de la dignidad de la persona, como un derecho inviolable que le es inherente y permite el libre desarrollo de la personalidad, limitaciones que son fundamentos del orden político y paz social.

(20) Castro, Juventino V. Lecciones de Garantías y Amparo. México, Porrúa, 1974, pp. 43 y 44. El autor las clasifica de la siguiente manera: Garantías de la libertad: libertad personal, libertad de acción, libertad ideológica y libertad económica; Garantías del orden jurídico: de igualdad, de competencia, justicia y propiedad; Garantías de procedimiento: irretroactividad, legalidad, exacta aplicación de la ley y a las garantías dentro de los procedimientos judiciales.

La intervención mínima del estado, a que nos hemos venido refiriendo, trasladada al ámbito de la materia a que corresponde este trabajo, limita de variadas formas al legislador penal, tanto por la mutilación de la libertad que implican las prohibiciones y mandatos penales, como por la privación de algunos de los derechos o libertades fundamentales que siempre supone cualquier pena impuesta.

Desafortunadamente, en contra de lo que hemos afirmado, la realidad es otra. En efecto, es del conocimiento general y aún del ciudadano común, ya sea a través de los medios de comunicación o por amarga y desafortunada vivencia, que en forma constante y evidente se violan las garantías o derechos individuales por autoridades, sin que se trate de corregir tales situaciones, las que quedan en la impunidad y más aún, en ocasiones la propician. Dichas autoridades pretenden negar o ignorar la existencia de tales garantías constitucionales, atentando contra la dignidad humana y los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La prisión preventiva es además de efectos nocivos, ya que, sin negar que obtiene algunos de sus fines (asegura el éxito del proceso, entre otros), ocasiona que las personas que la sufren, ya sean inocentes o responsables ocasionales, entren en contacto con delincuentes profesionales y sufran el contagio dañino de ellos, resultando la prisión escuela para cometer delitos. Por eso con razón se afirma que "Las cárceles son la mejor escuela del crimen". En este contexto, resulta apremiante limitar la aplicación de la prisión preventiva y crear sustitutivos de la misma, como instrumentos para una mejor protección de los derechos humanos.

El interés público por salvaguardar la libertad personal y los derechos humanos, pretende que la privación de la libertad se lleve a cabo lo menos posible; por eso exige que todo individuo sujeto a prisión preventiva tenga derecho a: a) ser conducido ante una autoridad judicial; b) ser informado y notificado de los motivos de la detención; c) ser presumido inocente; d) al control de la legalidad de la detención; e) ser liberado durante el juicio; f) ser juzgado en un plazo razonable; g) la defensa; h) ser sometido a un régimen distinto; i) la imputación y reparación. (21)

(21) Rodríguez y Rodríguez, Jesús. La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado. México, UNAM, 1981, pp. 95 a 108.

a) El Derecho a ser Conducido ante una Autoridad Judicial.- Este principio consiste en que toda persona detenida en cualquiera de los casos autorizados (a través de mandamiento escrito de autoridad judicial, flagrante delito o urgencia), debe ser puesta a disposición del órgano jurisdiccional inmediatamente, este principio al igual que otros, desafortunadamente en la práctica dista mucho de ser cumplido en toda su extensión.

b) El Derecho a ser Informado y Notificado de los Motivos de la Detención.- Cuando se pretende detener a una persona debe ser informada de los motivos de su aprehensión y detención simultáneamente, debiéndosele hacer saber el delito que se le imputa, quien lo acusa y las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos.

c) El Derecho a ser Presumido Inocente.- El principio de inocencia (in dubio pro reo) es comúnmente reconocido por todos los países. Ninguna persona puede ser considerada culpable sin dársele derecho a que se defienda; se presume inocente hasta que existan pruebas suficientes que demuestren su culpabilidad.

d) El Derecho al Control de la Legalidad de los Detenidos.- Las detenciones quedan sujetas al principio de legalidad; condición sine qua non para que la detención sea legítimamente válida. Se deben cumplir las condiciones de fondo y forma que se exigen por la ley. A través de este principio, también se pretende salvaguardar el derecho y respeto a la libertad de las personas; que éstas no sean objeto de abusos, autorizando su aplicación a los casos estrictamente indispensables y permitidos.

e) El Derecho a ser Liberado Durante el Juicio.- En casi todos los países se autoriza la sustitución de la prisión preventiva por alguna otra medida cautelar. El acusado tiene derecho a ser puesto en libertad durante la causa, condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos que se traducen en las medidas sustitutivas de la prisión preventiva.

En nuestra legislación el medio más común para obtener la libertad provisional es a través de la caución, en cualquiera de sus especies (depósito, fianza o hipoteca), o bajo protesta.

f) El Derecho a ser Juzgado en un Plazo Razonable.- El respeto a la libertad individual, no solamente exige que la prisión preventiva se decrete a los casos absolutamente necesarios, sino que también extiende dicha exigencia a aquellos en que se autoriza que no se prolongue más de lo necesario; el procesado debe ser juzgado en un plazo razonable.

El artículo 20, fracción VIII, de nuestra Carta Magna, prescribe como una garantía del acusado, que debe ser juzgado antes de cuatro meses, si se tratara de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excede de ese tiempo. Además, el mismo artículo en su fracción X, segundo párrafo, dispone que tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

g) El Derecho a la Defensa.- Todas las legislaciones reconocen el derecho del inculpado a defenderse por sí mismo, o mediante un abogado ya sea de su elección o de oficio.

h) El Derecho a ser Sometido a un Régimen Distinto.- Las legislaciones disponen que los detenidos en prisión preventiva no deben ser sometidos a violencia alguna, ya sea física o moral, a fin de provocar su confesión. El procesado no puede ser tratado como sentenciado puesto que atendiendo el principio de inocencia, aún no existe sentencia que resuelva su culpabilidad. El inculpado debe gozar de ciertos derechos hasta en tanto no sea condenado. Así como existen ciertos derechos que benefician a toda persona privada de la libertad, existen otros que sólo atañen a los procesados, entre estos tenemos el derecho a ser separado de los sentenciados y a ser sometido a un régimen distinto atendiendo a su calidad de inculpado.

i) El Derecho a la Imputación y Reparación.- El condenado que estuvo sujeto a prisión preventiva, tiene derecho a que se compute ese tiempo que estuvo privado de libertad al tiempo que se impuso en la sentencia como pena. Conforme a este principio, y de acuerdo a algunas legislaciones entre las que no se encuentra la mexicana, el detenido ilegalmente tiene derecho a ser indemnizado por la ilegal detención.

II).- Críticas e Inconvenientes de la Institución.

Existen dos formas de prisión: a) La prisión - pena, impuesta con motivo de sentencia condenatoria, y b) La prisión preventiva que es impuesta como medida cautelar hasta en tanto se dicta sentencia a una persona por considerársele presunta responsable de un delito.

Es indiscutible que la prisión, sea como medida cautelar o como pena, tiene muchos inconvenientes. El internamiento de un individuo en un centro de reclusión ocasiona una serie de desajustes en su propia persona así como en su familia y en la sociedad. La prisión corrompe al individuo, desintegra y daña a la familia y a la sociedad.

Los efectos de la prisión preventiva, casi son iguales a los de la prisión-pena: la prisionalización y la estigmatización. Por otra parte, la prisión preventiva no tiene los mismos fines de la prisión como pena; esto es, no pretende restaurar el orden jurídico roto, no pretende ejemplificar ni intimidar, no hay determinación (su duración se determina por el tiempo del juicio), se aplica en base a una mera presunción de que el que la sufre es autor de un delito.

Es en las prisiones en donde tienen su origen algunos delincuentes, otros perfeccionan sus métodos, debido al contagio criminal que se da entre ellos al estar reclusos en un mismo sitio, aún cuando sea preventivamente, delincuentes ocasionales o personas inocentes y profesionales del crimen. No se puede decir que la prisión preventiva tiene como finalidad el tratamiento, como lo es en la prisión-pena, ya que el sujeto no es aún legalmente responsable del hecho delictuoso que se le imputa, hasta en tanto se dicte sentencia definitiva.

Lo anotado hace evidente la duda en cuanto a la conveniencia de la prisión preventiva, dado que el ambiente criminógeno existente en las prisiones agrava el problema de la delincuencia; no obstante la justificación y necesidad de algunos de sus fines.

Por otra parte, son verdaderamente sorprendentes las estadísticas existentes en cuanto al número de procesados sujetos a prisión preventiva. En efecto, alarma saber que casi la mitad de la población que se encuentra recluida en México son procesados; son personas que están en espera de una sentencia por ser presuntos responsables en un ilícito.

...en México el 48% de la población penitenciaria está compuesta por procesados, frente al 51.1% de sentenciados; solamente en el 24% de los reclusorios para hombres hay separación de procesados y sentenciados, en el de las mujeres el 94% de los reclusorios carecen de separación, o sea, procesadas y sentenciadas, conviven en la misma prisión. (22)

En países europeos como en latinoamericanos, la situación no es muy diferente, y en algunos llega a ser peor.

Existen una gran cantidad de personas privadas de la libertad preventivamente, en espera de una sentencia. Así, tenemos que en Francia (1972) el 36% de la población interna, en Italia el 50% (1970), en España pasó de 36% (1972) a 58% (1976), en Colombia y Venezuela existe el 79% (1973). (23)

Ante los inconvenientes que derivan de la prisión preventiva, entre los que se encuentran su excesiva duración, se han ideado varios sistemas para evitar su prolongada duración. Estos son: a) de caducidad; b) de revisión; y c) ecléctico. (24)

Conforme a lo dispuesto por el artículo 20 constitucional, fracción VIII, debiera encontrarse una limitación perentoria en dicho precepto al prescribir los plazos para concluir los procesos y vencidos éstos debiera cesar automáticamente la prisión; sin embargo, esto no se ha aceptado.

(22) Rodríguez Manzanera, Luis. La Crisis Penitenciaria y los Sustitutivos de la Prisión. México, INACIPE, 1984, p. 17.

(23) Ibidem, p. 18.

(24) Al respecto: supra, pp. 128 y 129.

No obstante las críticas e inconvenientes de la institución que estudiamos, tampoco queremos dejar de reconocer que en nuestro país en los últimos años ha mejorado la situación de los detenidos preventivamente, mediante la creación de instalaciones más adecuadas, como son los reclusorios preventivos, o bien se han ampliado las posibilidades de obtener la libertad provisional, pero creemos que aún falta mucho camino por recorrer para lograr un mayor respeto por la libertad física y dignidad del ser humano.

Así mismo, un expresidiario, sea preventivamente o condenado, siempre es mal visto por la sociedad, evento que acarrea una serie de dificultades para su integración a ella, a su estado de libertad. Así pues, la prisión preventiva debe evitarse o restringirse a un mayor número de casos, a través de sustitutivos de ella, se debe aplicar solamente en los casos más indispensables (peligrosidad); la prisión preventiva debe aplicarse excepcionalmente. Resulta demasiado severa al imponerse a una persona de la cual existe apenas presunción de responsabilidad.

III).- Subsistencia o Insubsistencia.

En los últimos tiempos se han alzado un gran número de voces en contra de la institución carcelaria, por los grandes inconvenientes que trae consigo, a pesar de ser el sistema represivo de mayor aplicación como reacción contra el delito. Algunos de los inconvenientes de la prisión son el carácter críminógeno y la denominada "prisonalización" (25) de la misma.

(25) Cramer, D. The Prison Community. Nueva York, Rinehart, 1958. Este autor ha denominado este fenómeno proceso de prisonalización, definiéndolo como: La adopción en mayor o menor grado de los usos, costumbres, tradición y cultura general de la penitenciaría.

En efecto, al decir de Rico (26) existen numerosos estudios, como los trabajos del II Congreso Internacional de Criminología en París, que permite una serie de factores que imprimen a la vida carcelaria un carácter criminógeno: físico, psicológico y sociales.

Ahora bien, sería conveniente conocer realmente que tan eficaces son los métodos penitenciarios utilizados para lograr la readaptación social del delincuente.

(26) Rico, José M. Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea. México, Siglo XXI, 1979, pp. 75-79. Señala que los factores físicos consisten en las consecuencias nocivas que propician en la salud de los reclusos las malas condiciones de higiene existente en los centros de reclusión. Las deficiencias en el alojamiento y en la alimentación propician el desarrollo de enfermedades, éstas dañan la condición física del recluso. Los factores psicológicos se patentizan debido a que el régimen físico que se impone en las prisiones clásicas tiene como finalidad disminuir el potencial de agresividad del recluso, lo neutraliza. Así mismo, por naturaleza, la prisión es un lugar donde se disimula y se miente; la cárcel reafirma al detenido en sus tendencias criminales, mentalmente produce efectos negativos, la vida en la comunidad carcelaria propicia la aparición de una conciencia colectiva que supone una estructuración definitiva de la madurez criminal. La enseñanza del crimen, la formación de asociaciones de malhechores son esencialmente la triste consecuencia de las prisiones comunes. En cuanto a los factores sociales, "El encarcelamiento produce un choque, tanto en la familia del delincuente como en éste mismo. Existe después un período de adaptación durante el cual cada uno se acostumbra a la vida separada... La privación de libertad de corta duración produce efectos conocidos: vergüenza soportada por la mujer y los hijos, sufrimiento moral en el hogar, pérdida del sueldo del padre encarcelado y a menudo de la situación ocupada, dificultades para encontrar un puesto a la salida, segregación consecuencia del ostracismo del medio,... La salida de la cárcel constituye finalmente un momento crítico; o bien el liberado se vuelve a encontrar en una situación idéntica a la del momento de cometer el acto, o bien el proceso de segregación social y el chantaje de sus antiguos codetenidos lo van a incorporar definitivamente al mundo criminal."

Al respecto Rico (27) señala que según diversas investigaciones realizadas en algunos países (Inglaterra y Estados Unidos) llegan a la conclusión de que el índice de reincidencia es mayor entre los condenados a prisión que entre los sometidos a un régimen de prueba (probation), y este último a su vez superior a los castigados con multa. Que la probation puede ser tan eficaz como la prisión para evitar la reincidencia. Así mismo, las penas largas de prisión no son más eficaces que las cortas para evitar la reincidencia, un tratamiento humano es tan eficaz como uno prolongado o severo, al igual una institución abierta parece ser tan buena que una cerrada. Por otra parte si se quiere dar tratamiento, éste puede ser dado en un estado de libertad o semilibertad, no únicamente puede darse en un establecimiento penitenciario.

Ubicándonos específicamente en la interrogante de la subsistencia o insubsistencia de la prisión preventiva, considerando una serie de factores como los anotados anteriormente, en algunos países de tendencia progresista, actualmente existe una inclinación de tratamiento en semilibertad, con la que pierde su carácter esencialmente penitenciario. En estos países progresistas, el sistema penitenciario "...se caracteriza por la humanización del régimen interno y la neutralización de los efectos nocivos de la cárcel, por la tendencia a pasar de la comunidad penitenciaria a la terapéutica, de la institución cerrada a la abierta." (28)

Morris (29) es partidario de la desaparición de una parte del actual sistema penitenciario, pero, también considera que es necesario conservar ciertas instituciones para los delincuentes más peligrosos.

(27) Ibidem., pp. 86 y 87.

(28) Ibid., p. 92.

(29) Morris, Norval. El futuro de las Prisiones. México, Siglo XXI, 1978.

Varian (30), siguiendo la política en materia penitenciaria existente en los países escandinavos, propone la desaparición gradual de la cárcel dentro de una o dos generaciones. Por otra parte, en estos países existe una fuerte tendencia de numerosos grupos de presión que luchan enérgica y sistemáticamente en favor de los derechos de los detenidos y de la abolición progresiva de la cárcel. (31)

Así pues, en este orden de ideas, el futuro de la prisión es incierto. No obstante, so pena de equivocarnos, creemos que la prisión (lato sensu) tiene un prolongado e indefinido período de vida; máxime que, a pesar de las críticas, esta institución privativa de la libertad es la alternativa penal de más aplicación.

Por último, para concluir, si bien es cierto que es muy difícil que se abole en definitiva la aplicación de la prisión preventiva y también la prisión como pena, debería ampliarse el campo de los substitutivos penales y recurrir a ellos para efectos de limitar la aplicación de los instrumentos de prisión y dejarlos vigentes solamente tratándose de delincuentes peligrosos.

4.- Substitutivos de la Prisión Preventiva.

Es injusto privar de la libertad a las personas únicamente con base en meros indicios o presunciones que les hacen responsables de ilícitos, sin que exista sentencia firme que así lo decrete.

En razón de la magnitud del bien jurídico que está en juego, es imprescindible buscar, encontrar y aplicar instrumentos idóneos que sustituyan la prisión preventiva que se aplica a un presunto responsable entre tanto se instruye el proceso.

(30) Ibidem, p. 94.

(31) Loc. cit. La finalidad de acabar con el sistema penitenciario se persigue mediante el fomento del sindicalismo entre los recursos y la utilización de la huelga de hambre.

Por razones de política criminal, debe ampliarse el campo de los sustitutos de la prisión, así como su aplicación; hay que ampliar los medios para el ejercicio de la libertad: bien innato, tan anhelado por algunos y pisoteado por otros.

I) Medidas que pueden imponerse.

Rico (32) y Rodríguez Manzanera (33) con algunas variantes hacen la siguiente clasificación de las medidas sustitutivas que se pueden aplicar: medidas eliminatorias, medidas de control, medidas patrimoniales, medidas terapéuticas, medidas educativas y medidas restrictivas de derechos.

A) Medidas Eliminatorias.- Son aquellas que tienen como finalidad segregar de la sociedad a los individuos peligrosos, evitando su contacto con ella por medio de la expulsión o internándolos en instituciones de seguridad.

En realidad esta última constituye una prisión en la prisión.

La expulsión como medida de seguridad es aplicada en algunos casos de extranjeros peligrosos, y puede seguir funcionando en ciertas situaciones.

B) Las Medidas de Control.- Son instrumentos que substituyen la prisión por mecanismos de vigilancia y dirección del individuo.

(32) Rico, José M. Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea. México, siglo XXI, 1979, pp. 110 - 127.

(33) Rodríguez Manzanera, op. cit., Pp. 72 y ss. Lo que se expone en el presente punto es principalmente en base a los autores mencionados.

A través de estos sustitutivos el individuo sigue conservando su libertad, únicamente existen ciertas restricciones en cuanto a que se ve sometido a control por medio de vigilancia y orientación, en virtud de considerar que no se requiere internamiento carcelario.

El control puede ser realizado por las autoridades; por la familia (como sucede con los menores e inimputables), iglesias, grupos sociales, escuelas, sindicatos, clubes deportivos, etcétera, como auxiliares del estado. Estas medidas pueden ser una vía interesante para sustituir la prisión.

Como ejemplo de medidas de control tenemos: la libertad condicional, la libertad bajo palabra, la condena condicional, la probation, la parole, etcétera.

a) La Libertad Provisional.- Consiste, como sabemos, en que se sustituye la prisión preventiva por medio del otorgamiento de una caución, y el individuo sigue gozando de su libertad. Esta medida evita que el procesado permanezca en prisión entre tanto se resuelve en definitiva su presunta responsabilidad en el hecho que se le imputa. La garantía otorgada para la concesión de esta medida de seguridad tiene como finalidad asegurar la comparecencia del favorecido ante la autoridad que la concedió.

b) La Libertad Bajo Protesta.- En la libertad protestatoria las restricciones a la libertad se aseguran a través de la palabra de honor del inculcado, y no por medio de garantía económica, se inspira en los mismos principios que regulan la libertad caucional.

El otorgamiento de este tipo de libertad es en base a ciertas circunstancias especiales, como son: menor peligrosidad del inculcado, cierta prevalencia del interés de amparar la libertad individual frente al social de reprimir el crimen, lo intrascendente del delito cometido, la conveniencia de no someter al ambiente criminógeno de las prisiones al inculcado. (34)

Las ventajas que la libertad bajo protesta concede, ha propiciado voces solicitando su ampliación a otras tantas hipótesis.

Sobre este tipo de libertades, nos remitimos a la parte relativa de este mismo capítulo (35), ya que resultaría repetitivo y ocioso tratarlos de nuevo en el presente punto.

c) La Condena Condicional.- Mediante esta medida de seguridad se suspenden las penas cortas privativas de libertad, a condición de que el sentenciado no vuelva a delinquir en un tiempo determinado; en caso contrario se hace efectiva la sanción impuesta. (36)

El artículo 90 del Código Penal hace referencia a la condena condicional y a las condiciones que deben concurrir para su otorgamiento. El precepto señala que mediante la condena condicional se suspende la ejecución de la sanción impuesta en sentencia definitiva. La concesión puede ser a petición de parte o de oficio, cuando la pena privativa de libertad no exceda de dos años, que el delincuente sea primario, que antes y después del delito haya observado buena conducta y que se presuma que no volverá a delinquir, que tenga modo honesto de vivir, que otorgue garantía o se sujete a los medios que se le fijen para asegurar su presentación ante la autoridad que lo requiera, la obligación de residir en determinado lugar y que repare el daño causado.

(35) Supra. pp. 175-181.

(36) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México, Porrúa, 1974, p. 312.

El mismo artículo fija que en un término de tres años, contados desde la fecha en que la sentencia cause ejecutoria, y si el condenado no diere lugar a un nuevo proceso por delito intencional en el que se dicte sentencia condenatoria, se considerará extinguida la sanción fijada en aquélla. En caso contrario, se hará efectiva la sentencia (fracción VII). Si el delito fuere imprudencial, es potestativo para el juzgador aplicar o no la sanción suspendida.

d) La Probation.- Probation (del latín provare: probar) esta:

...consiste en un tratamiento de libertad suspendiendo el pronunciamiento de la condena o ejecución, quedando el sujeto sometido a vigilancia y tratamiento igual que en libertad bajo palabra, se concede como sustituto de las penas cortas de prisión (privativas de libertad). Se basa primordialmente en la supuesta falta de peligrosidad del delincuente y de su posibilidad de recuperación, para lo cual debe hacerse un estudio previo de personalidad. Su finalidad principal es evitar que el delincuente caiga en el medio regularmente corruptor de la prisión. (37)

En los Estados Unidos se define como:

...la suspensión del juicio final dando al delincuente una oportunidad para mejorar su conducta viviendo, como miembro de la comunidad, sometido a las condiciones que puede imponerle el tribunal, bajo la amistosa vigilancia de un funcionario de prueba. (38)

Así mismo, la Organización de las Naciones Unidas la define como:

...un método de tratamiento de delincuentes especialmente seleccionados que consiste en la suspensión condicional de la pena, siendo el delincuente colocado bajo una vigilancia personal que le proporciona guía y tratamiento. (39)

(37) Rodríguez Manzanera, op. cit., pp. 87 y 88.

(38) Cuello Calón, Eugenio. La Moderna Penología. España, Bosch, 1958, p. 662.

(39) O.N.U. Probation and Related Measures. 1951, p. 4.

El sistema de probation se da de dos maneras: el sistema angloamericano denominado "probation system" y el europeo. En el primero la causa llega únicamente hasta sentencia, quedando en suspenso la decisión de la pena durante el período de prueba; la causa queda en receso.

En el europeo se dicta la condena, pero se suspende la ejecución de la pena impuesta durante el período de prueba. (40)

Rodríguez Manzanera (41) señala que hay dos diferencias básicas entre la probation y la condena condicional, parafraseando a Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas dice que:

...la primera es que, en el sistema angloamericano (probation system) 'lo que se suspende condicionalmente es el pronunciamiento de la sentencia; la causa queda en receso. En el sistema europeo se dicta la sentencia; pero se suspende la ejecución de la pena por todo el término de la prueba y hasta la extinción del derecho de ejecución, en su caso.' La segunda diferencia es la intervención de los probation officers, oficiales de prueba, encargados de la vigilancia, guía y orientación del delincuente sometido a este régimen.

De lo anterior tenemos que mientras en el sistema de los Estados Unidos el diferimiento de decidir o pronunciar la pena se hace sin previa declaración de culpabilidad, en el sistema inglés se hace con la previa declaración de culpabilidad. (42)

(40) Hanz Welzel. Derecho Penal Alemán. Trad. del alemán por los Profes. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1970, p. 345.

(41) Op. cit., pp. 86 y 87.

(42) Al respecto ver: Berchelman Arizpe, Antonio. "El tratamiento en libertad en el sistema de readaptación social mexicano", en Revista Mexicana de Ciencias Penales. Año III, julio 1979 - junio 1980, No. 3, México, INACIPE, 1980, p. 29; Hanz Welzel. Op. cit., p. 345.

Una vez cumplido satisfactoriamente el período de prueba no procede la determinación de la pena.

e) La Parole.- Es la libertad condicional del recluso una vez que ha cumplido una parte de su sentencia; esta institución se otorga en cualquier momento de la condena. La aplicación de este sustitutivo puede ampliarse a medida de seguridad a fin de otorgar sus beneficios al período de privación de libertad durante la instrucción del proceso.

La parole es semejante a la libertad provisional o libertad preparatoria (43), se distingue en cuanto que se otorga en cualquier momento de la condena.

En este tipo de libertad bajo palabra (44) el liberado queda sometido a la vigilancia y asistencia de personal especializado (oficiales de parol), que pueden ser trabajadores sociales y criminólogos. Es en realidad un tratamiento en libertad bajo palabra. La liberación condicional puede ser de institución penal o correccional.

Durante el período de libertad de la parole el condenado continúa bajo custodia del estado y puede reingresar a la institución carcelaria si transgrede las condiciones de su liberación.

En la parole es primordial el reporte de los consejos criminológicos de la prisión, ya que él indica en qué momento puede gozar de este beneficio el recluso.

La parole tiene como propósito hacer un puente entre la reclusión en la institución y la total libertad del condenado. Se dice que debe tenerse mucho cuidado en la selección de los beneficios y verse con reserva

(43) Infra, f).

(44) Parole, del francés: "palabra de honor".

a los reclusos que tienen un período muy largo de condena por concluir, individuos de bajo nivel intelectual, sujetos adictos, alcohólicos y a reclusos que no tienen hogar conocido. (45)

f) La Libertad Preparatoria.- Esta es una institución mexicana parecida a la parole. A través de ella se persigue que el condenado no este más tiempo del necesario en la prisión, permite la liberación anticipada cuando se ha cumplido parte de la condena y cumple determinados requisitos. Mediante esta institución se sustituye la privación de la libertad por una libertad orientada y supervisada.

Los requisitos que exige el artículo 84 del Código Penal, son: que el condenado haya cumplido las tres quintas partes de la condena si el delito fue intencional, o la mitad si fue imprudencial; que haya observado buena conducta durante la ejecución de la sentencia; que, según el examen de responsabilidad, se presuma que está socialmente adaptado y en condiciones de no delinquir; que haya reparado el daño o que se comprometa a hacerlo; que resida, o no resida, en su caso, en lugar determinado, e informe de los cambios de domicilio; desempeñe un trabajo; abstenerse al abuso de bebidas embriagantes, el empleo de estupefacientes o sustancias similares, sujetarse a las medidas de orientación y supervisión que se le dicten y a la vigilancia de persona honrada y arraigada, que se obligue a informar sobre su conducta y que se comprometa a presentarse cuando sea requerido.

Lo esencial para el otorgamiento de esta libertad es el reporte del consejo criminológico, denominado Consejo Técnico Interdisciplinario, el que una vez cubierta la parte exigible de la condena puede aconsejar la liberación del reo; esto es: "el examen de la personalidad, finalmente, constituye el soporte técnico del moderno sistema penitenciario". (46)

(45) Rodríguez Manzanera, op. cit., p. 91.

(46) García Ramírez, Sergio. El Artículo 18 Constitucional: Prisión Preventiva, Sistema Penitenciario, Menores Infractores. México, UNAM, 1967, p. 20.

g) Sursis.- El sursis consiste en una posposición de la pena impuesta a un condenado, es anulada si en los cinco años posteriores a la sentencia no incurre en ninguna otra pena por un delito de derecho común. En caso contrario, deberá cumplir las dos penas. (47)

h) El Principio de Oportunidad.- Consiste en otorgar facultades a las autoridades encargadas de la persecución penal de abstenerse de iniciar acción penal tomando en consideración lo insignificante del delito y a la culpabilidad mínima del autor, que no merece ser castigado. Es una suspensión condicional de la acción penal. Con ciertas modalidades se aplica en varios países: Francia, Noruega, Japón, Holanda. (48)

C) Medidas Patrimoniales.- Se puede utilizar el peculio para sustituir la prisión o para garantizar la prisión preventiva. Entre estas enumeramos algunas:

a) Caución de no ofender.- Esta medida consiste en depositar determinada suma de dinero ante la autoridad como garantía de no realizar determinada cosa que es nociva a la sociedad. Ante determinadas situaciones y con sus limitaciones resulta benéfica.

b) La Confiscación Especial.- También denominada decomiso, consiste en recoger y destruir, en su caso, el objeto materia del delito y que puede resultar un peligro para la sociedad.

c) Clausura del Establecimiento.- Mediante esta medida se prohíbe el funcionamiento, temporal o definitivo, de un establecimiento por considerarse nocivo o peligroso.

d) La Caución.- Es una figura de las más socorridas en el ámbito penal para liberar de la prisión preventiva a una gran cantidad de procesados, mediante la exhibición de una garantía, como cumplimiento de una obligación.

(47) Rodríguez Manzanera, op. cit., p. 82.

(48) Rico, op. cit., pp. 113 y 114.

Esta es una medida que, de ampliarse su campo de aplicación, sería aún más beneficiosa, restringiendo su negativa a situaciones verdaderamente especiales.

D) Medidas Terapéuticas.- Estas medidas de tratamiento se aplican en los casos de enfermedad física o mental que necesitan intervención médica y que hacen nugatorio el tratamiento en la prisión por su magnitud, resultando inútil la permanencia en ella por carecer de los medios necesarios para llevarlo a efecto. Entre estas tenemos:

a) Tratamiento Médico Obligatorio.- Consiste en recluir temporalmente a cierto tipo de delincuentes en establecimientos especiales donde son sometidos a tratamiento médico reformativo.

Los enfermos físicos crónicos o infecciosos deben ser separados y tratados, sólo el médico puede autorizar el retorno a prisión. Esta medida es aplicable a alcohólicos y toxicómanos, y se da en dos fases: la cura de desintoxicación y una terapia.

b) Hospital Psiquiátrico.- Aquí se persigue el internamiento obligatorio de criminales enajenados y anormales. La reclusión puede ser en asilos, manicomios o en anexos psiquiátricos de la prisión. En gran parte de los Estados Unidos y Canadá se aplica esta medida a delincuentes sexuales, que pueden constituir un peligro para determinadas personas por no dominar sus impulsos.

c) Hospital de Concentración.- Se da en los casos en que el sujeto debe permanecer privado de libertad y recibir asistencia médica.

d) Intervenciones Quirúrgicas.- Algunas legislaciones las utilizan como medida de evitar la detención de individuos autores de determinados hechos; verbigracia, la castración.

Esta medida tiene aplicación en los países escandinavos como Finlandia y Dinamarca donde la imponen obligatoriamente.

Existen otras medidas terapéuticas como la psicocirugía, el electrochoque y los fármacos.

E) **Medidas Educativas.**- Estas medidas son aplicadas generalmente a menores de edad, han demostrado su conveniencia como sustitutivo de prisión. Estas medidas podrían tener aplicación en delincuentes cuya edad se pudiese encontrar entre los 18 y 25 años. Son una especie de centros de orientación juvenil.

Aquí encontramos a la institución de enseñanza, preferentemente semiabierta, ya sea pública o privada.

En algunos países (EEUU, Inglaterra, Nueva Zelanda) se han establecido centros asistenciales destinados a delincuentes juveniles, en los cuales pasan determinadas horas realizando alguna actividad, bajo vigilancia y control.

F) **Medidas Restrictivas de Derechos.**- Estas medidas disminuyen la libertad y derechos del que la sufre. Entre estas se encuentran:

a) **Suspensión Temporal o Definitiva de la Licencia de Manejo.**- Esta medida puede ser útil para sustituir a la cárcel por manejar en estado inconveniente, por ser imprudente, etcétera.

b) **Privación de Derechos de Familia.**- Se contempla para los casos en que el sujeto realice conductas que propicien o pongan a la familia en peligro de ser víctima de un delito. Así tenemos que, por ejemplo, la drogadicción y el alcoholismo pueden propiciar corrupción, lesiones, incesto, etcétera.

c) **Privación de Derechos Cívicos.**- Su aplicación es adecuada en delitos en los cuales el hecho no sea de tal gravedad, que la aplicación de la pena lesionara la prevención general (falsedad en declaraciones, fraude electoral, cohecho, etcétera). Es decir, esta medida se puede aplicar cuando la magnitud de la infracción no es de mucha trascendencia, por lo que la sociedad no tiene especial interés en que se castigue a fin de prevenir el delito.

d) **Prohibición de Ir o Residir en lugar determinado.**- Su finalidad es impedir que el delincuente habitual vuelva a determinados lugares considerados como peligrosos por ser criminógenos. Entre estos tenemos garitos,

prostíbulos, palenques, etcétera; o bien lugares en que se corra un peligro por estar latente una venganza.

Esta medida generalmente ha sido utilizada como complemento de otros sustitutivos; la prohibición se da en relación con cada individuo en particular.

e) Limitación al Ejercicio de Profesión o Empleo.- Esta medida se aplica para evitar que determinadas profesiones o empleos sean ejercidos por personas indignas o que carezcan de capacidad para ejercerlos. En ocasiones no es necesario encerrar a alguien para evitar que cometa actos dañinos o peligrosos, es suficiente impedirle ejercer ese trabajo. La limitación puede llegar al retiro de la licencia o cédula profesional.

No queremos terminar esta parte, en la cual hemos enumerado algunos de los sustitutivos penales que se pueden aplicar para evitar la prisión preventiva, sin mencionar una figura relativamente nueva que contemplan los códigos adjetivos penales. En efecto, los artículos 271 del CPPDF y 135 del CFPD contemplan la figura de la libertad cautelar que ha sido denominada libertad previa o administrativa y que se concede en fase administrativa.

Esta figura es distinta de la libertad caucional, que contempla la fracción I del artículo 20 constitucional, ha sido llamada como se ha indicado, atendiendo tal denominación tanto a su naturaleza como a la autoridad que la otorga.

Este beneficio se da en fase de averiguación previa y considerando el elevado índice de delitos culposos debido al tránsito de vehículos. La medida cautelar se concede otorgando una garantía (generalmente depósito) y restringida a situaciones en que no haya existido abandono del lesionado.

Esta medida sustituye la detención preventiva considerando que en estos casos no existe notoria peligrosidad que amerite tomar medidas más rigurosas. Se está ante delincuentes ocasionales e imprudenciales que carecen de peligrosidad y a quienes resultaría injusto privar demasiado tiempo de su libertad y exponerlos al contagio de las prisiones.

II) Carácter Discrecional de las Medidas.

El carácter discrecional de las medidas sustitutivas de la prisión preventiva, radica en que deben concederse o negarse de acuerdo a las circunstancias del hecho o que residen en la personalidad del responsable, que propicien la concesión o negativa de la libertad para influir en el autor y en defensa del orden jurídico.

En lugar de la pena privativa de la libertad, se debe aplicar un sustitutivo apropiado de acuerdo a las características del delito, comportamiento, educación y dictamen del delincuente emitido por el Consejo Técnico Criminológico.

Al igual que la prisión fue creada para sustituir humanitariamente a otras penas (la capital, deportación, penas corporales, etcétera), igualmente ha llegado el momento de que aquella pueda ser reemplazada por medidas más humanitarias, limitando a lo más mínimo su aplicación.

Como ya hemos mencionado, en los últimos años se ha manifestado una corriente que está en contra de la pena de prisión, por los graves inconvenientes que representa, inclusive al grado de solicitar su abolición. De esto tenemos que es labor de los criminólogos y penólogos (quienes se han manifestado en contra de la institución) el imaginar y crear nuevas medidas que sustituyan a la prisión (lato sensu).

Las leyes deberían de contener una gran variedad de medidas sustitutivas de la prisión, catálogo del cual el juez, en uso de sus facultades, podría individualizar discrecionalmente la medida adecuada y más eficaz de acuerdo con la personalidad del delincuente, en aras de su readaptación. No necesariamente tiene que existir una adecuación entre el ilícito y la sanción impuesta; si el caso lo amerita hay que ser un poco flexible, no hay que ser demasiados severos con individuos de escasa o nula peligrosidad. El sustitutivo debe aplicarse tomando en cuenta la personalidad del delincuente, la naturaleza y gravedad del hecho delictuoso.

Respecto a la individualización, Rico (49) señala que en la actualidad ésta se ha desarrollado principalmente durante la fase penitenciaria, descuidando otras dos formas de individualización existente:

...la que el juez puede realizar durante el proceso y en el momento de la sentencia y la que el legislador puede efectuar incorporando en los textos legales ciertas medidas susceptibles de ser aplicadas a las diversas categorías de delinquentes.

Señala además que a través de la primera, se puede excluir en gran número de casos a la prisión, sustituyéndola por otros medios que, sin desproteger a la sociedad, pueden adaptarse mejor a la personalidad del delincuente y al acto cometido. Dice, que para que pueda existir la individualización judicial, es necesario que el juzgador cuente con una especial preparación criminológica; que cuente antes del juicio con informes válidos sobre la personalidad biopsicológica y social del delincuente; una legislación penal que contenga una variada gama de medidas a escoger de acuerdo a las circunstancias personales del infractor y conocimiento en cuanto a las ventajas y desventajas de las medidas con relación a las privativas de libertad. (50)

Debe existir una aplicación discrecional de las medidas substitutivas de la prisión por parte de la autoridad judicial para determinar cual medida es más apropiada a imponer, tomando en cuenta la individualización y la magnitud del hecho delictuoso. Los substitutivos de las medidas privativas de la libertad deben ser aplicados de acuerdo a un prudente arbitrio judicial; no puede haber catálogos fijos, no se puede generalizar ya que los individuos son diferentes.

III) Naturaleza Jurídica de estas Medidas.

Más preocupante aún que el encontrar instrumentos que sustituyan a la pena de prisión, resulta encontrar los que reemplacen a la prisión pre-

(49) Ibidem, p. 97.

(50) Ibid., p. 97 y 98.

ventiva. En efecto, en la pena de prisión ya existe culpabilidad del infractor de la norma jurídica, mientras que tratándose de la prisión preventiva solamente se presume la culpabilidad del procesado; ya que, quiérase o no, existe en su favor la presunción de inocencia. La culpabilidad del encausado se resolverá hasta que se dicte sentencia definitiva, entretanto es cuestionable la privación de su status libertatis; se puede decir que se le está imponiendo anticipadamente una pena, siendo que el fin del proceso aún es incierto en su resultado.

Mediante los substitutivos de la prisión preventiva lo que se pretende es evitar las prologadas y frecuentes privaciones de la libertad de individuos que posiblemente resulten inocentes, o bien que aunque existan fuertes presunciones de culpabilidad, su peligrosidad es mínima y su internación en la prisión puede resultar nociva. Hay que internar para readaptar en su momento al delincuente por anomalías de su vida en libertad; no para curar los efectos nocivos que adquirió durante su permanencia en prisión preventiva.

La prisión es criticada principalmente por sus efectos nocivos y su fracaso como medio de readaptación. En lugar de servir como medio de protección social y de reforma, es por el contrario, un gran factor criminógeno.

Los substitutivos de la prisión preventiva no son más que medidas de índole personal y que tienen por finalidad evitar ventajosamente los efectos nocivos y perniciosos de la privación de la libertad en prisión, la injusticia de la prisión preventiva. La prolongada prisión preventiva, contribuye a hacer más difícil la readaptación del sentenciado en el sistema penitenciario. Propicia una situación de facto que impide, limita o anula las posibilidades de tratamiento.

Entre los efectos nocivos que propicia la preventiva tenemos el contagio que se da entre los delincuentes primarios o personas inocentes y los profesionales, así como la prisionalización y estigmatización que provoca el encierro preventivo. Estas, entre otras razones, patentizan la crisis de la prisión (lato sensu); ante tal circunstancia, deben buscarse opciones que hagan de la prisión la excepción y no la regla. En el entendido de que la prisión nunca va a desaparecer, ya que siempre va a ser necesaria, es justo limitar la aplicación de la preventiva a los casos más indispensables.

De la misma manera que no se puede castigar sin juzgar, tampoco se puede enjuiciar castigando (ya que la sola existencia de un proceso implica un sufrimiento); y como el sufrimiento no tiene otra razón más que el combatir el delito, no se le puede negar el carácter de pena. Por otra parte, el sufrimiento no es sólo para el preso, sino también para su familia, entonces, la pena de la preventiva también se aplica a la familia.

La aplicación de los sustitutivos no debe ver solamente la peligrosidad del inculpado, sino también su propio interés y el de la sociedad. Se deben conceder analizando las características particulares del sujeto y del hecho delictuoso. Se deben analizar las circunstancias objetivas y subjetivas que concurrieron en la comisión del hecho. Entre las primeras circunstancias tenemos la naturaleza y los medios empleados, la extensión del daño y el peligro causado. En las segundas, la edad, educación, conducta, circunstancias, la reincidencia, etcétera.

En lo que hace a la personalidad del encarcelado, se deben de analizar sus antecedentes y su conducta posterior al hecho, esta forma de ser puede indicar que el procesado no se sustrairá a la acción de la justicia, y de esta manera hacer posible el éxito del proceso penal.

Más aún, en el caso de que se hubiere otorgado el sustitutivo y existiera sentencia condenatoria, se puede tomar en cuenta el antecedente procesal para conceder o no el sustitutivo de la pena si es que se amerita.

La magnitud del acto se determina por el resultado producido, el grado de lesión, el peligro a bienes jurídicos ajenos y la especie o modalidad de la acción elegida por el autor.

La libertad que se concede con la aplicación de los sustitutivos, es una libertad precaria, está condicionada a que se cumplan las exigencias impuestas para su otorgamiento; en el momento en que se dejen de cumplir (como sucede en la libertad provisional bajo caución) se puede revocar la concesión.

Respecto a la prisión preventiva, García Basalo (51) dice que:

...la primera meta a alcanzar en el camino hacia la prisión del futuro ha de ser la implacable erradicación de este tipo de establecimiento híbrido, que no puede ser ni cárcel de procesados ni es instituto penitenciario. A la cárcel solamente quienes se encuentran a la espera del fallo definitivo y no puedan ser comprendidos en los sistemas de excarcelación o eximición de prisión. A la institución penitenciaria, cualquiera que sea su tipo -cerrado, semiabierto o abierto-, sólo los condenados en definitiva. Mientras no se logre esta separación plena, que por otra parte disponen los ordenamientos jurídicos, preceptúa la ciencia penitenciaria y aconseja la experiencia universal, poco -o nada- se podrá avanzar. Erradicado el establecimiento híbrido, despojada la cárcel preventiva de sus influencias negativas, paralelamente se ampliarán las posibilidades correccionales de la prisión del futuro.

IV) Oportunidad de Imponerlas.

En cuanto al momento oportuno para imponer las medidas que sustituyan a la prisión preventiva, aquéllas deben otorgarse lo antes posible, para evitar los efectos nocivos de la detención o de la prisión preventiva.

Los substitutivos pueden concederse en fase administrativa, o bien ante la autoridad judicial en la forma que se concede actualmente la libertad provisional bajo caución (al tomar la declaración preparatoria), una vez que exista calificación del hecho delictuoso mediante el auto de formal prisión, o bien durante las primeras diligencias en que se haga evidente su necesidad y oportunidad. Lo que se persigue es que, como hemos dicho, no se exponga (y si es así, que sea lo mínimo posible) al inculpado al contagio y demás inconvenientes que constituyen los lugares de encarcelamiento.

El otorgamiento de estos instrumentos, implicaría la existencia de un estudio criminológico del individuo desde las primeras diligencias, contar con un sistema de evaluación realizado por instituciones de carácter

(51) García Basalo, J. Carlos. "A donde va la prisión", en Revista Mexicana de Ciencias Penales. Op. cit., p. 144.

administrativo, y además una adecuada preparación de los jueces en el derecho y, adicionalmente, en los aspectos humano, psicológico y sociológico, para que estén en aptitud de imponer el o los sustitutivos más adecuados al caso específico y de esta manera limitar el uso o abuso de la prisión preventiva.

5.- La Sentencia Indeterminada.

La sentencia definitiva es la resolución que dicta el órgano jurisdiccional y mediante la cual pone fin al juicio. En la sentencia definitiva se analizan y valoran las pruebas aportadas por las partes y se decide el fondo de la causa, absolviendo o condenando al procesado.

Atendiendo algunos de los cuestionamientos que se han manifestado en este capítulo, como por ejemplo la individualización de las sanciones más apropiadas a imponer, resulta conveniente tratar el tema de la sentencia indeterminada (52), que constituye una alternativa para la adecuada readaptación social del delincuente. Es evidente que una sociedad humanitaria, más que buscar el castigo, debe buscar la readaptación del infractor del orden jurídico. Ahora bien, es claro que la readaptación no se logra con la prisión preventiva, por el contrario, esta institución propicia que el que la sufre se desenvuelva en un ambiente altamente criminógeno que termina absorbiéndolo; la readaptación solamente se puede lograr de una manera: tratamiento. El tratamiento sólo se puede dar cuando se ha resuelto la culpabilidad de un sujeto, no antes. En busca de una medida idónea que sirva como correctivo para el delincuente y lograr su correcta reintegración a la sociedad nos referimos a la sentencia indeterminada.

Las múltiples condiciones que en nuestro sistema determinan y limitan la sentencia, y particularmente lo que llamamos requisito de exactitud de la sanción impuesta, pugnan con los nuevos postulados del derecho que tienen por principio la defensa de su sociedad en la medida variable o imprevisible que necesita la temibilidad del delincuente.

(52) Acero, op. cit., pp. 195 y ss.

Nuestra legislación determina el castigo aplicable en base a graduaciones y clasificaciones de los delitos abstractamente considerados; graduaciones y clasificaciones que no van de acuerdo a la realidad y peligrosidad efectiva del sujeto punible, cuyo estudio y reforma sólo se logra estando en contacto con él por tiempo indefinido.

No hay que desentrañar y castigar el caso jurídico, hay que entender, observar, clasificar y someter a tratamiento al hombre, al criminal, de acuerdo con su personalidad, y esto evidentemente que no podrá realizarse sin conocerlo, ni tampoco hacerse de una vez en sentencia rígida y terminante, ni purgando pena de prisión.

Es necesario hacer una clasificación general de los delincuentes, no de los delitos. Dentro de esta clasificación general se necesita todavía una especial individualización de las penas y una amplia indeterminación de la duración de las mismas en la sentencia. Respecto a la sentencia indeterminada, Acero (53) dice que el principio de esta consiste en que:

La clasificación de "grupo humano" (delincuentes natos, de hábito, de ocasión, enajenados, locos morales, impulsivos o abúlico, etc.) servirá sólo para escoger la clase de sanción aplicable y aún esta clase podrá más o menos variarse según las circunstancias del sujeto; pero en todo caso el término de dicha sanción nunca se precisará a priori. Lo indicarán los resultados; será siempre el necesario para el logro del objetivo propuesto (readaptación del delincuente, si es readaptable, preservación definitiva de la sociedad en todo caso). Cuando mucho la sentencia misma (mejor que la ley) se limitara a fijar un amplio mínimo (dificilmente un máximo) para la sanción escogida; pero sólo la práctica conducta y evolución del delincuente precisarán a posteriori la duración.

Para determinar el grado de peligrosidad y la amenaza que representa para la sociedad el delincuente, es necesario verlo y analizarlo, habrá que ver no sólo el resultado de sus actos, sino también y principalmente las causas y las condiciones personales del imputado. Y, más aún todavía, una vez que se ha diagnosticado su situación y determinado el remedio apropiado para

ello, se deberá aplicar sin plazo determinado, sino por el tiempo necesario que se requiera para que realice el efecto y la comprobación del mismo: sólo el proceso de ejecución irá indicando si es necesario prolongar las medidas adaptadas.

Acero (54) señala que la sentencia indeterminada consiste "...principalmente en no fijar la duración de la pena impuesta, sino imponerla por plazo indefinido en cuanto se requiera para la corrección del culpable que deberá comprobarse para levantar el castigo".

6.- Consideraciones Finales.

En la evolución del proceso penal encontramos la antiquísima lucha entre los intereses que se deben tutelar: los de la sociedad y los del individuo. El proceso se inclina más bien por el interés colectivo con el consecuente sacrificio de la libertad y dignidad del individuo.

En la doctrina moderna se busca un equilibrio equitativo entre el interés colectivo y el individual, el cual se basa, aún cuando se cuestione acerca de los medios prácticos de conseguirlo, en una concepción dualista que estima el proceso como un instrumento formal de la justicia y una garantía individual. En otras palabras, la orientación de la política criminal moderna, persigue la humanización del derecho penal mediante la superación de las ideas penales. El procedimiento criminal antes que atender en su contenido la tramitación y debates sobre las pruebas legales del delito que se imputa y la responsabilidad del inculpado, busca inclinarse por el estudio del imputado, su grado de temibilidad y la necesidad y carácter de la sanción a imponer adecuadamente. Por otra parte, entre tanto el proceso penal persigue determinar la responsabilidad derivada de un hecho delictuoso; el sistema penitenciario busca con la ejecución de la pena fines utilitarios la readaptación social del condenado. Por tal motivo y ante la evidencia de los

(54) Loc. cit.

altos factores criminógenos existentes en las cárceles preventivas, es conveniente que en este período el estado realice un papel muy importante de orientación (similar o mayor a la que se realiza en ejecución de pena) y revise su política criminal, tendiente a la humanización del sistema penal, ya que de lo contrario los establecimientos penitenciarios sólo servirán para resocializar a individuos, cuya principal necesidad de tratamiento será consecuencia de los factores criminógenos que se viven en las cárceles para procesados. (55)

Canovas Theriot (56) señala varias causas que propician los altos factores criminógenos, como son: a) La prisión preventiva, dice que es necesario acudir a ella solamente en los casos más estrictamente indispensables para los fines del procedimiento; no hay que utilizarla si no es necesario, y en su caso, su duración debe limitarse a lo indispensable; b) Es necesario que se resuelva la situación jurídica de los procesados en el menor plazo posible; c) Debe mantenerse una adecuada proporción entre la magnitud de la imputación que se hace al procesado, y las medidas de seguridad que se adopten durante la secuela del procedimiento; d) La autoridad del estado debe sujetarse a las pautas de humanización que consagran las garantías existentes en nuestra Carta Magna y los instrumentos existentes para evitar su vulneración; y e) Si en ejecución penal se considera conveniente la adopción de un sistema progresivo que requiere la existencia de instalaciones adecuadas, no es posible menospreciar los inconvenientes que causa el mantenimiento de lugares inadecuados para alojar a los procesados.

Ante el fracaso de la prisión preventiva como institución no tiene razón de ser su aplicación actual, hay que optar por otros instrumentos más eficaces, como algunos de los que se proponen en este trabajo, en beneficio de la sociedad y del propio individuo.

(55) Canovas Theriot, Federico, et al. "La humanización del sistema penal y la función del Ministerio Público". en Anuario Jurídico. México, UNAM, 1980, p. 35.

(56) Ibidem, pp. 35 - 37.

Por otra parte, así como pugnamos por la creación o adopción de nuevas medidas que sustituyan la prisión preventiva, queremos aprovechar este espacio para hacer ver la necesidad de ampliar los sustitutivos de la prisión-pena, o ampliar las posibilidades de liberación en la etapa de ejecución de la pena, previamente a su cumplimiento, considerando también el fracaso de la institución en su función de resocialización ya que el grado de contaminación existente en los centros penitenciarios hacen inútil ese propósito, más aún si es bien sabido que las mejores cárceles son criminógenas.

Como dice Rico (57) debe alentarse en mayor medida la individualización judicial a fin de evitar lo más posible la pena de prisión, sustituyéndola por sustitutivos que hagan posible la aplicación de medidas más apropiadas de acuerdo a la personalidad del delincuente y a sus posibilidades de readaptación. Ya que, como dice Rodríguez Manzanera (58), la cárcel trae consigo varios inconvenientes, ya que en todas sus formas es altamente neurotizante, y:

...disuelve el núcleo familiar y lo daña seriamente, convirtiéndose en una pena altamente trascendente, pues lleva un agudo sufrimiento a aquellos que quieren al recluso. Es además, una pena cara y antieconómica; cara en cuanto a la inversión en instalaciones, mantenimiento, manutención y personal; antieconómica porque el sujeto deja de ser productivo y deja en el abandono material a la familia... otros efectos indeseables de la prisión son la prisionalización y la estigmatización.

Sobre todo que, como hemos mencionado, nadie está exento de caer en esta aterradora situación, ya que a ésta no solamente entra el criminal empedernido, el peligroso, el depravado, sino también el ocasional, el imprudencial e inclusive el mismo inocente.

(57) Rico, op. cit., pp. 96 y 97.

(58) Rodríguez Manzanera, op. cit., pp. 12 y 13.

Por último, atendiendo los inconvenientes de la prisión (preventiva o como pena), sugerimos que se amplíe el campo de los delitos perseguibles por querrela, a fin que, como lógica consecuencia, la posibilidad de otorgar el perdón por el ofendido sea más extensa.

En efecto, a la gran mayoría de las víctimas, más que el castigo del ofensor, les interesa la reparación del daño, y entre tanto exista la posibilidad de que mediante la reparación de éste pueda otorgarse el perdón, es factible que opten por dicha alternativa.

El perdón (mediante la reparación del daño o no necesariamente) propiciaría la desaparición de la pretensión punitiva en los delitos perseguibles por querrela, como sucede activamente en algunos delitos, por ejemplo: estupro y raptó, que harían cesar la prisión preventiva.

En su caso, una alternativa para la reparación del daño en este tipo de delitos, puede ser la exhibición de una garantía que responda de dicha reparación en el caso de existir sentencia condenatoria, entre tanto gozar de la libertad provisional.

Lo que se pretende es que el perdón o la simple reparación del daño o bien la garantía de repararlo, se puedan dar en una mayor cantidad de delitos; que sea una alternativa de mayor aplicación que haga cesar o sustituya la prisión preventiva en delitos perseguibles a petición de parte, limitando la persecución de oficio solamente a determinados delitos (mínimos) en los cuales sea imprescindible la privación de la libertad entre tanto se tramita el proceso. Que el perdón, además, no solamente se pueda dar hasta antes de que el Ministerio Público formule conclusiones, sino aún más allá (como sucede en el delito de adulterio), bien para evitar una posible o real sentencia condenatoria.

C O N C L U S I O N E S

1.- Las Medidas Cautelares tienen como finalidad garantizar la eficacia del proceso y la eventual ejecución de la sentencia condenatoria que se dicte en el mismo.

2.- En materia penal, las medidas cautelares o precautorias son aquellos instrumentos jurídicos que pueden ser decretados por la autoridad (Ministerio Público o juez) a fin de proteger o afectar derechos personalísimos para asegurar la eficacia del proceso de cognición o de la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional y su eventual ejecución.

3.- Las providencias cautelares se otorgan en base a: el posible daño jurídico que se puede ocasionar si no se conceden, el femus boni iuris, el periculum in mora y de acuerdo al principio rebus sic stantibus.

4.- La prisión preventiva es una medida cautelar, la cual se impone antes de que exista sentencia ejecutoriada que determine la responsabilidad del que la sufre.

5.- La prisión preventiva nació como una alternativa en la búsqueda de moderar las penas corporales que tenían aplicación en la antigüedad.

6.- En los diversos ordenamientos jurídicos y durante la evolución de los mismos, la regulación que ha tenido la prisión preventiva ha sido muy variada; así como en Grecia se tuvo un gran respeto por la libertad y la rechazaron, en Roma tuvo aplicación aún cuando limitadamente, llegando a tener una indiscriminada aplicación en la Edad Media y el derecho canónico, no siendo hasta la Epoca Moderna cuando adquiere su más notable y amplia regulación.

7.- Cuantitativa y cualitativamente la prisión preventiva ha ido evolucionando gradualmente; no obstante, es necesario que se realice una más apropiada regulación a fin de evitar a lo máximo los efectos nocivos que ocasiona.

8.- Inicialmente la prisión sólo tuvo el carácter de preventiva, con posterioridad se utilizó como una institución de pena.

9.- Conocidos los efectos perniciosos y a la eficacia como instrumento de prevención del delito, adoptamos la tesis de que hay que limitar la aplicación de la prisión preventiva a los casos más indispensables, si es que hay que utilizarla; en caso contrario, el sistema penitenciario sólo va a readaptar al individuo de los males adquiridos en la prisión preventiva.

10.- Con excepción del estatuto de 1865, los textos constitucionales invariablemente han limitado la aplicación de la prisión preventiva a los casos en que el delito que se imputa está sancionado con la pena corporal y a la existencia de mandamiento escrito.

11.- Las aprehensiones y detenciones de las personas se han sujetado a la existencia de mandamiento escrito de autoridad competente; excepto que se tratase de delito flagrante, caso en el que cualquier persona podía realizar la aprehensión.

12.- Apegándose a los textos constitucionales, las leyes secundarias han condicionado la aplicación de la prisión preventiva a los delitos sancionados con pena corporal, la existencia de la denuncia de hechos e indicios suficientes para presumir la responsabilidad del inculpado.

13.- Hasta el código adjetivo de 1880, se tenía derecho a la libertad caucional condicionada a los casos en que el delito imputado no estuviese sancionado con pena corporal; en caso de que lo estuviese, ésta no debía exceder de tres meses de arresto mayor.

14.- La constitución de 1857 y el Código de Procedimientos Penales de 1880 constituyen la base de la regulación jurídica que se da actualmente a la institución de la prisión preventiva.

15.- Atendiendo el sentido etimológico de los vocablos, debe reservarse la palabra aprehensión al acto material en que se asegura al presunto responsable del delito, al momento mismo de asir materialmente al imputado, ya sea por la autoridad o por un particular. En cuanto a la detención, debe utilizarse al estado de privación de la libertad que sufre una persona en virtud de una aprehensión. Es el estado inmediato que sigue al apoderamiento y que se prolonga hasta el momento en que se dicta el auto de término constitucional. Resolución que cambia la situación jurídica del inculpado, de detenido pasa a ser procesado.

16.- En sentido ordinario, la prisión preventiva se inicia con el auto de formal prisión y termina con la sentencia ejecutoriada.

17.- La privación de la libertad personal sólo puede llevarse a cabo en determinados casos, como son: a) Mediante orden de autoridad judicial; b) flagrancia; y c) urgencia.

18.- La flagrancia, en sentido amplio, se puede entender o desdoblar en tres momentos: a) flagrancia en sentido estricto; b) cuasiflagrancia; y c) presunción de flagrancia.

19.- Con apoyo en lo dispuesto por la fracción XVIII del artículo 107 constitucional, realizada una aprehensión, en cualquiera de sus modalidades, la detención de la persona ante autoridad administrativa no debe prolongarse por más de veinticuatro horas, término dentro del cual debe realizarse la consignación respectiva a la autoridad judicial. En caso de que no existan elementos de convicción suficientes para tener por comprobados el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado, se le debe dejar en libertad.

20.- Ni la Carta Magna ni las leyes secundarias señalan término para la integración de las averiguaciones previas en los casos en que no existe detenido, situación que propicia que éstas se prolonguen por tiempo indefinido. No sucede lo mismo en los casos que existe persona a disposición de la autoridad, en este supuesto la indagatoria debe integrarse dentro del término de veinticuatro horas, atendiendo lo ordenado por el precepto constitucional citado en el punto que antecede.

21.- En caso de que se amerite su aplicación, la preventiva debe limitarse a los casos más estrictamente indispensables, no debe aplicarse indiscriminadamente; su aplicación debe ser excepcional.

22.- La prisión preventiva puede terminar mediante sentencia, por sobreseimiento o bien por cumplimiento máximo de la pena.

23.- Hay que limitar la aplicación de la prisión preventiva, pero esto no quiere decir que se adopte la tesis de despenalizar el derecho penal, si fuese así éste no tendría razón de existir.

24.- En el entendido de que creemos que siempre va a ser necesario recurrir a la preventiva, la tesis asumida en cuanto a limitarla a los casos más indispensables, en reservarla a los individuos de elevada peligrosidad, es urgente, si no es así, el aplicarla ocasiona efectos más nocivos que el dejarlo en libertad.

25.- A fin de determinar cuándo es oportuno recurrir o sustituir la prisión preventiva, es necesario tomar en cuenta y valorar varias circunstancias, como pueden ser: la personalidad del inculpado, la reincidencia, la magnitud y circunstancias de ejecución del hecho delictuoso y su comportamiento.

26.- Se propone la tesis de que los códigos contengan una gran variedad de medidas que sustituyan a la prisión, de las cuales queda echar mano el juzgador y aplicar la que considere más adecuada.

27.- Sin desconocer la preparación de los jueces, es necesario y conveniente que se les prepare a fin de que tengan una especial preparación criminológica, así como en los aspectos humano, psicológico y sociológico, a fin de que estén en aptitud de imponer los substitutivos más adecuados al caso concreto y evitar el uso indiscriminado de dicha medida cautelar.

28.- Los substitutivos de la prisión preventiva deben ser aplicados discrecionalmente por la autoridad judicial, o bien siguiendo ciertos lineamientos más o menos flexibles.

29.- Los substitutivos de la prisión preventiva deben imponerse o concederse lo antes posible para evitar los efectos nocivos de dicha institución.

30.- Ante los altos factores criminógenos que existen en las cárceles preventivas, es necesario que el estado revise o reformule su política criminal, tendiendo a la humanización del sistema penal y a la prevención del delito; de lo contrario los establecimientos penitenciarios sólo van a servir para resocializar a individuos cuya necesidad de tratamiento va a ser resultado de haber sufrido la prisión preventiva.

31.- La libertad provisional debe concederse atendiendo los antecedentes y peligrosidad del delincuente; en los casos en que exista notoria peligrosidad de acuerdo a los estudios realizados, debe negarse este derecho, aún cuando el delito esté sancionado con pena que no exceda el término medio aritmético que se exige para concederla.

32.- No obstante las críticas e inconvenientes que ha tenido y sigue teniendo la preventiva, es indudable que en los últimos años la situación de los procesados ha tenido avances considerables, ya que, entre otras cosas, las instalaciones destinadas a estas personas han sido mejoradas, sin dejar de reconocer también que siguen existiendo lugares en condiciones francamente deprimidas.

33.- Se propone a razonamiento la tesis de que si se quiere conseguir la readaptación social del delincuente, como uno de los fines del derecho penitenciario, es necesario que no se fijen plazos o penalidades determinadas de castigo. Si se quiere readaptar, la sentencia debe ser por el tiempo necesario para lograrlo, sólo el procedimiento de ejecución indicará el momento en que se dé la readaptación.

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

Acero, Julio. Procedimiento Penal. Puebla, Cajica, 1976.

Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. México, Kratos, 1981.

Barragán Barragán, José. El Juicio de Responsabilidad en la Constitución de 1824 (antecedente inmediato del amparo). México, UNAM, 1978.

Becerra Bautista, José. El Proceso Civil en México. México, Porrúa, 1979.

Berchelman Arizpe, Antonio. "El tratamiento en libertad en el sistema de readaptación social mexicano", en Revista Mexicana de Ciencias Penales. Año III, Julio 1979 - Junio 1980, No. 3, México, INACIPE, 1980.

Bernal G., Beatriz. "Dos aspectos de la Legislación carcelaria novohispana", en Memoria del II Congreso de Historia de Derecho Mexicano (1980). México, UNAM, 1981.

Briseño Sierra, Humberto. Derecho Procesal, Vol. IV. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1970.

_____. El Artículo 16 de la Constitución Mexicana. México, UNAM, 1967.

_____. El Enjuiciamiento Penal Mexicano. México, Trillas, 1982.

Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. México, Porrúa, 1961.

Calamandrei, Piero. "Definición de las Providencias Cautelares", en Foro de México. No. LVIII, México, 1958.

_____. Temas del Ordenamiento Procesal, t. II. Madrid, Tecnos, 1969.

Fenech, Miguel. Derecho Procesal Penal, t. II. España, Labor, 1952.

Fix-Zamudio, Héctor. "Algunas reflexiones sobre la suspensión de los actos reclamados en el procedimiento ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal", en Revista del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal. México, No. 2, 1973.

_____. "Derecho Procesal", en El Derecho. Colección Las Humanidades en el Siglo XX, México, UNAM, 1975.

_____ y Ovalle Favela, José. Estudios de Derecho Procesal. México, UNAM, 1981.

Floris Margadant, Guillermo. El Derecho Privado Romano. México, Esfinge, 1974.

Franco Sodi, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. México, Porrúa, 1939.

Franco Villa, José. El Ministerio Público Federal. México, Porrúa, 1985.

García Basolo, J. Carlos. "A donde va la prisión", en Revista Mexicana de Ciencias Penales. Año III, Julio 1979 - Junio 1980, No. 3, México, INACIPE, 1980.

García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. México, Porrúa, 1985.

_____. "Derecho Penal", en Introducción al Derecho Mexicano. México, UNAM, 1981.

_____. El Artículo 18 Constitucional. Prisión Preventiva, Sistema Penitenciario, Menores Infractores. México, UNAM, 1967.

- _____. La Prisión. México, F.C.E. - UNAM, 1975.
- Goldschmidt, James. Derecho Procesal Civil. 2a. ed. Alemana, Trad. Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1936.
- Gómez Lara, Cipriano. Derecho Procesal Civil. México, Trillas, 1984.
- González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. México, Porrúa, 1983.
- La Reforma Penal en los Países en Desarrollo. Memorias del Congreso Internacional. México, UNAM, 1978.
- Liszt, Franz Von. Tratado de Derecho Penal, t. III. Trad. española, Madrid, 1914 - 1917.
- Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona, Ariel, 1970.
- Maríel de Ibañez, Yolanda. El Tribunal de la Inquisición de México (Siglo XVI). México, UNAM, 1979.
- Melossi, Dario y Pavarini, Massimo. Cárcel y Fábrica. Los Orígenes del Sistema Penitenciario (Siglos XVI y XIX). México, Siglo XXI, 1980.
- Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981). Coordinador: Javier Piña y Palacios. México, UNAM, 1982.
- Momsen, Teodoro. El Derecho Penal Romano. Trad. del alemán por P. Dorado. 1a. parte, Madrid, 1898.
- Morris, Norval. El Futuro de las Prisiones. México, Siglo XXI, 1978.
- O.N U. Probation and Retated Measures. 1951.
- Ovalle Favela, José. Derecho Procesal Civil. México, Harla, 1980.
- Pérez Palma, Rafael. Guía de Derecho Procesal. México, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1975.

Piña y Pañacios, Javier. Derecho Procesal Penal (Apuntes para un texto), México, 1948.

_____, et al. "La Cárcel del Tribunal del Santo Oficio y su Régimen", en Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano (1980). México, UNAM, 1981.

_____. Recursos e Incidentes en Materia Procesal Penal y la Legislación Mexicana. México, Ed. Botas, 1958.

Rico, José M. Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea. México, Siglo XXI, 1979.

Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. México, Porrúa, 1973.

Rocco, Ugo. Teoría General del Proceso Civil. Trad. del Lic. Felipe de J. Tena. México, Porrúa, 1959.

Rodríguez Manzanera, Luis. "Ejecución penal y adaptación social en los países en desarrollo", en La Reforma Penal en los Países en Desarrollo. Memorias del Congreso Internacional. México, UNAM, 1978.

_____. Introducción a la Penología (Apuntes para un texto). México, 1978.

_____. La Crisis Penitenciaria y los Sustitutivos de la Prisión. México, INACIPE, 1984.

Rodríguez y Rodríguez, Jesús. La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado. México, UNAM, 1981.

Sentís Melendo, Santiago. Estudios de Derecho Procesal, t. I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa - América, 1967.

Soler, Sebastian. Derecho Penal Argentino, t. II. Buenos Aires, Tipográfica Argentina, 1963.

Tamayo y Salmorán, Rolando. "Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y la tradición judicial del common law" en Anuario Jurídico, México, UNAM, 1980.

_____. Introducción al Estudio de la Constitución. El Significado de Constitución y el Constitucionalismo, t. I. México, UNAM, 1979.

Temas Penales. México, INACIPE, 1982.

Velez Mariconde, Alfredo. Derecho Procesal Penal, tt. I y II. Buenos Aires, Lerner 1969.

Villarreal Moro, Eduardo. "La reforma penal en los países en desarrollo" en La Reforma Penal en los Países en Desarrollo. Memorias del Congreso Internacional. México, UNAM, 1978.

Welzel, Hanz. Derecho Penal Alemán. Trad. del alemán por Profs. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

Zavaleta, Arturo J. La Prisión Preventiva y la Libertad Provisoria. Buenos Aires, Ed. Arayú, 1954.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIA

Diccionario Enciclopédico Espasa, tt. II y IX. Madrid, Espasa - Calpe, 1979.

Diccionario Jurídico Mexicano, t. III. México, UNAM, 1983.

Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. México, Porrúa, 1970.

Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XXII, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961.

L E G I S L A C I O N

Bases de Organización Política de la República Mexicana de 13 de julio de 1843.

Código Federal de Procedimientos Penales de 16 de diciembre de 1908.

Código Federal de Procedimientos Penales de 30 de agosto de 1934.

Código de Organización, de Competencia y de Procedimientos en Materia Penal, para el Distrito Federal y Territorios, de 4 de octubre de 1929.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 29 de agosto de 1931.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1880.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 6 de julio de 1894.

Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de Baja California Sobre Delitos del Fuero Común, y para toda la República sobre Delitos contra la Federación.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 14 de agosto de 1931.

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 4 de octubre de 1824.

Constitución Política de la Monarquía Española de 19 de marzo de 1824.

Constitución Política de la República Mexicana de 5 de febrero de 1857.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917.

El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1823.

Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 15 de mayo de 1856.

Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865.

Legislación Mexicana Sobre Presos, Cárceles y Sistemas Penitenciarios (1790 - 1930), recopilación del Dr. José Barragán. México, Secretaría de Gobernación, 1976.

Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia de los Tribunales y Juzgados del Fuero Común de 16 de diciembre de 1853 (Ley Lares).

Ley para Juzgar a los Ladrones, Homicidas, Heridores y Vagos de 5 de febrero de 1857 (Ley Montes).

Ley que Establece las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados.

Leyes Constitucionales de 29 de diciembre de 1836.

Reglamento de los Reclusorios del Distrito Federal.

JURISPRUDENCIA

Castro Zavaleta, Salvador. 65 Años de Jurisprudencia Mexicana, 1917 - 1981. Apéndice 10, 1982, México, Perse, 1983.

_____. Op. cit. Apéndice 11, 1983, México, Perse, 1984.

Jurisprudencia de 1917 - 1975 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Segunda Parte, Primera Sala, México, Mayo Ediciones, 1975.