



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"**

**COMENTARIOS SOBRE LA LIBERTAD POR
DESVANECIMIENTO DE DATOS**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :
ALICIA SALINAS HERNANDEZ**

ASESOR: LIC. OTHON FLORES VILCHIS

MEXICO, D. F.,

1982



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta 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

COMENTARIOS SOBRE LA LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.

Prólogo	I
Capítulo Primero	
a) Antecedentes Históricos.	1
b) La Tutela de la Libertad en las Constituciones de 1857 y 1917.	13
c) Tutela de la Libertad en los Códigos de Procedimientos Penales de 1871, 1929 y 1931.	26
Capítulo Segundo	
a) Ineficacia del Instituto de Libertad por Desvanecimiento de Datos, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.	30
Capítulo Tercero	
a) Los Incidentes en Materia Penal.	32
b) El Incidente de Libertad por Desvanecimiento de Datos en el Código Federal de Procedimientos Penales.	68
Capítulo Cuarto	
a) El Incidente de Libertad por Desvanecimiento de Datos en el Código Castrense.	75
b) Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto.	76
Conclusiones.	78

P R O L O G O

De todas las instituciones que reglamenta el Código-Adjetivo Penal, ninguna de tanta importancia como aquellas que concretamente se refieren a la libertad; entre éstas la de la libertad por desvanecimiento de datos - que en nuestro derecho procesal ubica en el capítulo de los incidentes; a nuestro criterio, con bastante mala fortuna porque mientras no se modifique con mejor técnica la redacción del Artículo 347, del Código citado el postulante promoverá con escaso éxito el incidente citado, lo que trataré de demostrar en el desarrollo de este trabajo dado que dicho beneficio, según la opinión del maestro Lic. Othon Flores Vilchis que hago totalmente mía, debería incluirse en las garantías del procesado-consignadas imperativamente en el Artículo 20 de la Carta Magna.

Debo explicar por qué concedo tanta importancia a un simple incidente, al que la ley dedica escasamente seis artículos en el Código de Procedimientos Penales. La razón es obvia; la libertad es después de la vida el segundo bien de mayor importancia jurídicamente tutelado.

En efecto, de los bienes tutelados por el derecho --ninguno tan caro como la vida y la libertad humana; más aún en condiciones especiales, el hombre a través de --los siglos, ha sacrificado su vida en el caro anhelo de

encontrar la libertad, o de reconquistarla cuando la ha perdido. De ello en la Historia Antigua y en los tiempos modernos tenemos ejemplos, que considero inútil la repetición de casos particulares al respecto.

Sin libertad se marchitan los mejores esfuerzos del hombre; el progreso general se frena y pueblos enteros se estancan, hasta que el fermento que anima el espíritu de los juzgados, estalla en violencia, en lucha por la reconquista de la libertad perdida.

¿Acaso es menos grave, menos estrujante, la pérdida injusta de la libertad de un individuo por tratarse de un caso singular?, en una interpretación lógica y teleológica del concepto de justicia, terminantemente tengo que afirmar que no es así.

Sí la justicia corona la superestructura del Derecho, entonces tengo que concluir que el Derecho quiere lo que es justo, y no puede ser justo y en consecuencia va contra la naturaleza del Derecho, privar de la libertad a quien no merece tal medida de seguridad social. Retener en prisión a quien tiene derecho a la libertad, resulta monstruoso en un régimen de Derecho como el nuestro.

Hasta donde la ética y el derecho de los juzgadores permite a éstos negar la libertad por desvanecimiento de datos .

Capítulo I

a) Antecedentes Históricos.-

Difícil es fijar con exactitud los antecedentes más-remotos de la historia del Derecho; los antecedentes de esta ciencia son los únicos que pueden fijar la más remota antigüedad de muchas Instituciones Jurídicas, su penoso avance y su lenta evolución en el tiempo y en el espacio, conformándose al adelanto cultural de los pueblos que les dieron vida; o si se quiere, en forma más-precisa, emanando de las inquietudes investigadoras, de la observación y la experiencia de preclaros pensadores en el campo jurídico.

Resulta innegable que el Derecho es un producto de la cultura de selectas mayorías de cada pueblo, considerando al " pueblo " no como una entidad aislada sino como el conjunto, de un todo, que forma una nación; es decir una Entidad Política. Por eso el Derecho que dictan los legisladores de cada Estado se matiza con la tendencia Política del grupo dominante en cada nación, aunque en el fondo el Derecho Particular de cada Estado esté integrado con aportaciones del pensamiento jurídico que ha nacido y florecido más allá de las fronteras del pueblo que los adopta; éste a su vez, quizás contribuya al adelanto o referimiento de la cultura universal, con aportaciones propias que más tarde otros pueblos incorporan-

a sus propias legislaciones, que como aportaciones, - doctrinarias se tornan obligatorias para los miembros de la comunidad. Tal fue el caso, por ejemplo, de los procuradores del Rey y de las Fiscalías de la Corona, - antecedente remoto de la institución del Ministerio -- Público en México; aporte de la legislación española - que con ciertas modalidades España transmitió a sus colonias, pero que en México; evolucionó con características propias, hasta plasmar en las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 21 y 102 Leyes Reglamentarias. Otros ejemplos más de la contribución alícuota de los pueblos a la cultura Universal, es el juicio de amparo, cuyo antecedente remoto, algunos tratadistas intentan encontrar en el *Writ of Habeas Corpus* y en la *Common Law*, que fué incorporada a nuestro Derecho por los Contribuyentes de 1857, y que es la tutela más eficaz del orden constitucional que garantiza los inalienables derechos del gobernado frente al desenfreno, los abusos y las arbitrariedades del poder público.

El carácter nacional de la Institución del juicio de garantías es innegable, como se puede establecer de un estudio comparado entre nuestro juicio de garantías y otros sistemas de protección en otros países, tales como Inglaterra, y Estados Unidos de Norte América; pe

ro en nuestro estudio no surge el juicio de garantías-únicamente con fisonomía propia, sino también con una superioridad tal, que lo convierte, sin llegar a la perfección, en el sistema más próximo que es el derecho, y distancia como remate de toda aspiración jurídica, coronando, la superestructura de esta Ciencia con la Justicia, como lo que diría el insigne pensador Couture, como apotegma válido en toda especulación jurídica, ya sea esta puramente teórica o lleva al campo de las relaciones humanas donde los intereses chocan y se mezclan entre sí, produciendo fricciones, Couture dijo " Lucha por el Derecho; pero si en tu vida encuentras en conflicto el derecho y la justicia, lucha por la justicia ". (1)

Estableciendo lo anterior, procuraré, fijar los antecedentes del derecho.

Se ha dicho, y con razón, que la historia de la humanidad es la historia del derecho. Será quizás porque desde los tiempos más remotos hay vestigios de que la evolución del hombre va ligado a los adelantos del derecho.

Con más propiedad pudiera decirse que en las organizaciones políticas rudimentarias se dictaron como balbuceos las primeras normas de derecho, porque el hombre al renunciar a la libertad irrestricta de que goza

(1) Couture

ba para unirse a un grupo, tuvo que haber aceptado acatar ciertas reglas de conducta, pues en otra forma no hubiera sido admitido como miembro de la comunidad. - Esto aunque especulativo, resulta aceptable por la -- lógica que encierra.

Lo cierto es que las organizaciones políticas rudi mentarias la defensa de los incipientes derechos, consagrados, incumbía a quienens se veía perturbado en ellos, es decir, al mismo titular.

Cuando alguien se veía ofendido en su derecho, recurría a su propia fuerza para restituir las cosas al estado en que guardaban antes de la lesión; si esto no era suficiente, concitaba en su auxilio la fuerza del grupo a la cual pertenecía, ya fuera éste familia, - gens o clan. (2)

Se entiende esto si se toma en cuenta que el Estado en tan remota época, tenía apenas una forma embriona ria, y por lo tanto carecía de fuerza y autoridad suficiente para imponer su intervención. Además, habida -- cuenta de los sentimientos de violencia entonces domi nantes, la reacción individual era la forma de defensa más común; más la única forma de defensa y se ajustaba al concepto simplista de que el desagravio contra la - injuria era cuestión de puro y simple interés particu lar. (3)

(2).- Inhering, Espiritu del Derecho Romano.

(3).- Obra citada.

En las anteriores circunstancias el desenvolvimiento y la consolidación del orden jurídico era prácticamente imposible; la fuerza material y el impulso de la venganza eran los únicos medios reguladores de las relaciones humanas.

Quien suponía que habían sido conculcadas sus prerrogativas legales, reaccionaba en forma directa contra la ofensa supuesta y por su propia fuerza se hacía restituir su derecho. En esas condiciones bien podía suceder que no hubiera tal conclusión; en consecuencia el hecho contra el cual se reaccionaba, lejos de ser ilícito representaba más bien el ejercicio de una facultad legal. (4)

También era posible que el titular del derecho -- ofendido se enfrentase a una fuerza superior a la suya que no lograra vencer, triunfando así no el derecho, sino la fuerza bruta y material. Así, como en vez que la fuerza física estuviera al servicio del derecho, era el derecho, el que estaba a merced de la fuerza. El derecho de la fuerza y no la fuerza del derecho. (5)

Volviendo al tema diré que el paso del tiempo se fué fortaleciendo el poder público, interviniendo en los conflictos individuales en la medida que su capacidad se lo iba permitiendo. Es posible que la inter-

(4) Obra citada.

(5) Obra citada.

vención del poder público haya principiado por introducir algunas pequeñas limitaciones al desagravio individual esto se puede apreciar en el estudio y conocimiento de la Ley del Tali6n, que establecía la -- compensación de " ojo por ojo y diente por diente " - evolucionando hasta adquirir una moderada forma de venganza privada.(6) .

Con seguridad al correr del tiempo el poder público debe haber adquirido la función de conciliador y - cuando fue imposible la conciliación de las partes en pugna, ha de haber asumido el papel de árbitro, pa ra dictar una composición amigable, hasta que por fin asumió la resolución directa del conflicto. (7)"Deber ser absolutamente cierto en la evolución del Derecho, que a medida que creció en fuerza y alcance la autori dad del Estado se fué reduciendo, necesariamente, el campo de la auto defensa " (8). Así la restitución de la situación al estado que tenia la cosa antes de ser violado el derecho, paso a ser una función privativa - reservada al poder público.

Solo en casos excepcionales se admitía la defen--sa personal, concediendole al ciudadano el derecho de re pelar la fuerza con la fuerza; es decir, el derecho - de hacerse justicia por el mismo; si se quiere, el de recho a repeler un ataque injusto en contra de la per

(6) Obra citada.

(7) Obra citada.

(8) Obra citada Vol. I, Pág. 152.

sona o bienes.(9)

Con el tiempo, esta delegación de facultades se extendió de la defensa ajena, con la circunstancia muy particular de que en el primer caso no hay exigencia u obligatoriedad para que el injustamente atacado ejercite su derecho repeliendo la agresión.

En efecto, si quien es injustamente, impelido por sus sentimientos de piedad y probidad, por sus ideas religiosas, por su ética personal o por cualquier otra causa moral, sangre ajena, bien puede hacerlo, incluso hasta sacrificar su vida, sin que haya reproche o exigencia de otra conducta en su actuar. Pero si el atacado es un tercero, ya no será optativo para él actuar o no para repelar la agresión; háy una exigencia legal para que actúe en defensa del tercero injustamente atacado en sus bienes o persona.(10)

Esto es lo que el maestro Garcia Maynes (11) distingue con la norma fundante, cuando se es injustamente atacado y opta o no por repeler la agresión; mencionando como la norma funda el segundo supuesto, cuando deja de ser optativa la actividad de quien presencia un injusto ataque a tercero.

Esta Institución de Derecho se conoce como la legítima defensa y figura en casi todos los Códigos del orbe nuestro Derecho Positivo la consigna y reglamen

(9) Obra citada.

(10) Obra citada.

(11) Garcia Maynes Dr Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho

ta en el Artículo 15 del Código Penal, poniendo ciertas condiciones para que la legítima defensa opere de pleno no derecho.

Dicho Artículo 15 señala cuales son las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal involucrando dentro de sus tres incisos tanto las causas de justificación que anulan todos los efectos que son consecuencias jurídicas del delito, como las que propiamente excluyen la responsabilidad penal. Al final de estas tres fracciones del Artículo 15 se establece las condiciones para que pueda ser operante la excluyente alegada; pero esto es motivo de otro tema ajeno al que pretendo desarrollar y si lo he citado es por que todas Instituciones de Derecho Penal o de Procedimientos, forman un grupo de leyes y en sus antecedentes se encuentra la Historia del Derecho mismo.

Pero para llegar a este estado de cosas, tanto el Derecho Penal Sustantivo como el Adjetivo, tuvieron que atravesar por una atapa de perfeccionamiento y ajuste a nuestro medio e indiosincrasia, en el cual intervinieron, directa e innegablemente, insignes pensadores y maestros mexicanos, quienes encontraron orientación tanto en su diaria ejecutoria en la Cátedra y en su límpia postulancia, como en su acerca --

miento a obras jurídicas de otras latitudes; sobre todo en la otros pueblos afines al nuestro en raza, idioma y organización política estatal.

Algunos otros maestros mexicanos, vaciarón en textos sus experiencias en la judicatura; destacan entre ellos: Inhering, Garcia Maynes Dr. Eduardo, Franco Sodi, Javier Piña y Palacios, Rivera Silva, Juan-José González Bustamante y otros. Por eso ahora es tan provechosa la consulta de esos textos, sin desdeñar, claro esta, la lectura de textos de otras latitudes, que permiten una mejor comprensión sobre el desarrollo y funcionamiento de las instituciones de derecho en su histórico hasta los tiempos modernos.

Como este modesto ensayo se refiere a una parte del Derecho Procesal, tendré que hacer un breve análisis de la noción de esta disciplina.

Evolucionando el Estado y ya con fuerza suficiente para imponer sus decisiones, tuvo que encararla -- cuestión de resolver los naturales problemas que encierra la prevención y represión de la delincuencia, dictando prevenciones genéricas de observancia general, en leyes escritas.

Aquí cabe la distinción al hablar de leyes, pues con el mismo vocablo se designa a las naturales y a las jurídicas.

Las leyes naturales nada tienen que ver con mi tema.

Estas son permanentes e inmutables y sus resultados son ajenos a la voluntad del hombre que no puede contradecir esas leyes, aunque con el avance de la ciencia y la técnica, en algunos casos puede modificar sus resultados, como con el encadenamiento del rayo en los centros urbanos y la captación en presas de las grandes precipitaciones fluviales. Junto a estas leyes físicas o biológicas que no se ajustan a la voluntad del hombre, están las leyes jurídicas que son una ficción del ingenio del hombre y rigen las relaciones de la vida en sociedad; quien viola estas leyes se hace acreedor a una sanción.

Las leyes penales no son inmutables como las biológicas; aquellas se modifican en el tiempo y espacio, según las necesidades. Las leyes penales se dividen en leyes de fondo y leyes de forma, y a Jeremias Bentham se debe la distinción que las designa en sustantivas y adjetivas porque estas hacen posible la aplicación de las primeras. (12)

Las leyes adjetivas regulan el proceso y fijan la actuación de quienes intervienen en él, protegiendo tanto los intereses de la sociedad como los derechos del inculpado.

(12) Jeremias Bentham: Las leyes Penales.

Quebrantada la ley penal, se actualiza la norma abstracta para aplicarla a un caso concreto.

Al respecto debo recordar que una de las características de la norma jurídica en su abstracción. Así por ejemplo el Artículo 307 previene: al responsable decualquier homicidio simple intencional, se le aplicará una sanción de 8 a 20 de prisión.

Cuando " X " priva de la vida a " Z " entonces la norma toma vida aplicandose a un caso concreto, el de " X " que privó de la vida a " Z ", y la pena se aplica mediante un proceso en el que concurren 3 elementos: 1.- La existencia de un dercho presumiblemente violado: 2.- La actividad del órgano jurisdiccional: 3.- Las normas procesales aplicables en el proceso antesde la declaración judicial.

Al Derecho.Penal lo que interesa es la objetiva - ción de una conducta externa; así el pensamiento no se pone por afectar ni perturbar el orden social.

Las leyes de Derecho Público, entre las que se -- encuentran las penales en sus dos ramas, no quedan al arbitrio de los particulares para su aplicación; el Derecho Público a su vez divide en interno y externo, estan comprendidos en elcampo penal y su procedimiento.

El Derecho Privado atiende a las relaciones entre

particulares, y el público Interno regula las relaciones de los poderes públicos con el individuo. Todo hecho que la ley penal tipifica como delito, establece una relación necesaria entre el infractor y el Poder-Estatal que lo persigue y sanciona, siempre a través de un procedimiento perfeccionado al correr del tiempo. Se dice y con razón, que desde la antigüedad se ha seguido un procedimiento para la aplicación de la sanción y, como ejemplo común se cita el enjuiciamiento de Sócrates por el Tribunal Ateniese ante la denuncia de Melitos que le atribuyó la corrupción de la juventud ateniense y el procedimiento contra Aristides, condenando al ostracismo por el voto de sus conciudadanos.

En los Códigos de Procedimientos Penales que he revisado como el de Sinaloa, Veracruz, Estado de México, no hay término fatal para ofrecer pruebas; con frecuencia el procedimiento penal se alarga en forma desesperada indebidamente, no respetando lo dispuesto por la fracción VIII del artículo 20 Constitucional.

Aunque muy superficialmente, he tratado de explicar los antecedentes del Derecho Penal; considero que es tiempo de intentar una búsqueda de los antecedentes del Derecho Procesal Penal, que según el tratadista -

Dr. José Gonzalez Eustamante (13) ha pasado por cuatro etapas: 1.- El procedimiento Penal de la antigüedad, expuesto en las historias Griegas y Romanas; 2.- El proceso penal Canonico, creció instaurado por la iglesia, pero con características propias; 3.- Aparece el proceso Penal Mixto, inspirado en las instituciones greco-romanas, y en el proceso Canonico, y 4.- El Proceso Moderno, que ha sufrido modificaciones y ajustes hasta llegar al estado actual que es el que conocemos.

b).- La Tutela de la Libertad en las Constituciones de 1857 y 1917.

Hablar de la Constitución Mexicana de 1857, es desbordar el más puro sentimiento de gratitud a los procéres que en apasionada entrega lo dieron todo y plasmaron su pensamiento político en la Carta Fundamental de mediados del siglo XIX.

Cuanto se diga de la Constitución de 1857 y del pensamiento Liberal Mexicano, será en elogio de la Reforma y cuanto se diga de la Reforma será en elogio de la Patria.

Porque el movimiento ideológico y militar de la Reforma fué la consagración de la Republica; pero el camino múltiple de la Reforma lo abrió la Constitución .

(13) González Eustamante Dr. Juan José.- " Principios de Derecho Procesal Penal.- Editorial Botas, págs. 32 y siguientes.

A casi un siglo y cuarto, la lectura de la Constitución del 57, evoco conmovida a sus progenitores, para poder hablar de mexicanos inmortales, porque ellos dialogaron desde la Constitución más de su tiempo, en aquella forma de expresión que arrebataron a los dioses y con aquella pasión desbordada y novilísima que los consumió al encadenarlos.

Ninguna cátedra de ética superaría el ejemplo dictado por los liberales Constituyentes, que del honor, de la justicia, del cumplimiento del deber y de la noción del bien, hicieron un decálogo que no envejecería y acertaron a vivirlo apasionadamente, por encima de su vida y de su muerte.

Si la virtud ciudadana debe ser mostrada como un ejemplo a las nuevas generaciones, ahí están los -- Constituyentes del Partido Liberal. Si la estatuaría mexicana se propusiera sobrepasar la gloria de sus bronce, ahí el gran motivo histórico y plástico de la Constitución original de 1857 y si alguien pudiera todavía, testimonio de la grandeza mexicana, ahí están todos los patricios de la Reforma y las Leyes de Reforma, para justificar la estatura del pasado, para explicar la jerarquía del presente, para consolidar la fe y la mística de la Constitución de 1857.

Herencia magnífica la Carta Política del 57 que --

imprimiera la valentía de Ignacio Cumplido en su limpia finura tipográfica y que comentara Francisco Zamaco en las páginas sin mancha de " El Siglo XIX ".

La Constitución Federal de 1857 fue un vigoroso resumen lacerante del viejo drama atormentado de la patria y fue también entreacto de la cultura jurídica en el trágico debate de aquel gran siglo de borrascas y fue también afortunada síntesis del conocimiento enciclopédico superado por la filosofía positivista que ventilara los viejos moldes tradicionales de la Colonia. La Carta Magna del 57 fue Carta de los derechos del hombre que reintegró al mexicano su derecho a vivir sin sobre salto en la tierra liberada por la sangre fecunda de sus héroes; legislación insigne del concepto de propiedad del XIX; consagración reformista de la libertad de creencias; exaltación extraordinaria de la libertad de pensamiento; arquetipo legal de la libertad de comercio; y diario jurídico de la libertad de enseñanza; inspiración del procer estatuto que la Reforma adicionaria más tarde, con la separación jurídica del Estado y de la Iglesia; propósito profundo de la más alta disciplina constitucional que estableció el sistema Federal de Gobierno; legítimo documento de la democracia mexicana; que en el más noble sentido de su difícil sencillez aspiró al res-

pecto de la discusión parlamentaria de entonces, como condición de legitimidad en los funcionarios de los Tres Poderes. La belleza de aquel texto liberal-radica en su poderosa exactitud, en su dialectica de oro, en su lógica carrada, en la auto crítica de la controversia que dió paso a la verdad jurídica en la fina elocuencia de la razón trasfundida en la argumentación del patriotismo, regida por la inteligencia, dictada por la verdad y la sabiduría. La Constitución Federal de 1857, es blasón impoluto del pensamiento liberal mexicano y mereciendo ser leída del mismo modo que fue discutida y aprobada; al amparo de la luz que despiden los 3 colores de la Bandera de la patria.

Y otra hay que hacer resaltar, porque en el profundo drama que vivió la patria del Colonialismo a la Intervención Francesa, está la génesis de muchos de nuestros problemas aún insolutos, pero también la raíz de muchos de los logros; y fue mérito del Constituyente del 57 haber recogido la amarga experiencia, la muy amarga de su viacrucis y haber logrado interpretar en su ilustre texto reformista, el dogma primigenio de la soberanía del pueblo al que había visto desangrado por una dictadura acéfalo y por una economía de privilegios coloniales; esto y mucho más

podiera decirse en mejores voces en honor de la Constitución del 57, que en su texto consagró la libertad irrestricta del ciudadano y que en las admirables voces de sus diputados progresistas, en deliberación de facinante elocuencia y ética sabiduría protegió a toda la nación sin distinciones religiosas o políticas, como fruto del espíritu de tolerancia liberal, de la lealtad de las convicciones liberales y de la firmeza de carácter y el temple decisivo para la acción eran prendas del partido. Por eso abolieron la pena de muerte para los delitos políticos, por eso confirmaron la abolición de la esclavitud que fue bandera original muy alta y esclarecida de Hidalgo y Morelos; por esto se habló del tema de la tierra en la voz prestigiadísima de Arriaga y se pugró por la defensa de los derechos obreros del artesanado de entonces, en las doctas intervenciones de Ignacio Ramírez; y se planteó en la elocuencia del debate del individuo frente al Estado, abriendo camino esfuerzo renovador de la Reforma que vino a realizar un gran propósito del constituyente: Consagrar el juicio de amparo como una de las más elevadas conquistas de la civilización occidental. El Constituyente progresista del 57 rodeó de toda suerte de garantía a la persona humana frente al Estado-

y al Estado frente a los embates del exterior, en -- una auténtica lección de Derecho Internacional, al -- tratarse de la integridad territorial del país.

La Carta Magna que derivó del movimiento de Ayu - tla y de Acapulco, puso los cimientos de la patria - futura hasta el presente y más allá todavía, porque - abordaron con institución genial los problemas fun - damentales de su tiempo y del futuro; los constitu - yentes del 57 tuvieron la virtud política de la - - perspectiva, infundiendo suprema serenidad en un tra - bajo discutido con pasión y al planear con desnuda - valentía moral las cuestiones sacudieron la concien - conciencia de la nación; Era el genio de la Reforma - que inspiraba al pensamiento liberal antes y des - - pues de 1857 y a cuyo impulso histórico se debió la - obra perdurable del constituyente. Fue el acento de - oro de la elocuencia que desde la tempestuosa confe - rencia de la Academia de Letran, llegaba a la tribuna de la Cámara de Diputados en la estética impondera - ble de los discursos del Nigromante. Era la encendida sabiduría en la palabra del michoacano Melchor Ocam - po. Era la madurez avasalladora en las intervencio - nes de León Guzman .

Era la profundidad política del Presidente de la - Comisión de Constitución en la voz de Ponciano Arriá

ga. Era el patriotismo encendido en la frase polémica y romancera de Guillermo Prieto. Era la integridad moral del escritor Francisco Zarco, autor del -- Discurso Preliminar de aquella constitución; era -- contagiante magia del patriotismo sin barreras de -- José María Mata. Era también la inmaculada entereza del chicano Santos Degollado.

Congreso de excepción, extraordinario conjunto -- de valores resumidos en las tareas de la Reforma -- que dieron cima a la epopeya cuando un anciano de -- 76 años supervivientes de las tormentas nacionales, -- aquella mañana del 5 de Febrero de 1857, ascendió -- al estado, se colocó cerca del Vicepresidente León -- Guzman y ante la asamblea puesta de pie que lo reve -- renciaba, firmó con mano incierta la Constitución. -- Aquel anciano, Presidente Del Congreso; era Valen -- tín Gomez Farias.

Ahora vueltos a la tierra generosa por la que -- lucharón sin medida, sabemos que su muerte fue un -- transito, pues están vivos en la conciencia de la -- Nación, en el dulce encanto escolar de nuestros -- niños, en la raíz misma de la Historia que no mue -- re; en el proceso dialéctico de nuestra Revolución, -- en la inquebrantable solidez de nuestras Instituci -- ones Democráticas, en las Leyes que nos rigen y --

en la misma contienda de ideas de los partidos que intervienen en la lucha política.

Desde el congreso de Apatzingan hasta la Revolución de Ayutla y desde la Constitución del 57 hasta las Leyes de Reforma, nada es más grato que reconfirmarse en el ejemplo del más preclaro de los Presidentes de México; BENITO JUAREZ.

Sí me he extendido en consideraciones sobre la constitución de 1857 y algunos de los preclaros que intervinieron en su redacción, ello no significa -- que me haya alejado del tema de mi trabajo; no podría hacer consideraciones sobre una parte del todo, sin familiarizarme previamente con el todo, que en este caso es la Constitución aludida, máxime si se tiene en cuenta como mexicana y como estudiante de la carrera de Derecho estoy obligada a esforzarme en conocer no solamente los antecedentes del estudio que he seguido, sino también la historia de mi patria, pues el Licenciado en Derecho tiene que -- aunar a la especialización de sus conocimientos, -- una cultura general y un buen decir, pues las arideces del derecho no están reñidas con una buena expresión idiomática, y un vasto patrimonio cultural. Ahora, concretamente me toca analizar los artículos 18, 19 y 20 de la Constitución de 1857, materia

muy especial de mi trabajo.

El Artículo 18 de la Constitución de 1857, en su primer párrafo dice: " Soló habrá lugar a prisión - por delito que merezca pena Corporal ". Este primer párrafo, en su contenido es exactamente igual al -- artículo 18 de la Constitución de 1917, pero con - mejor técnica porque habla de prisión preventiva, - es decir, de la detención del presunto delincuente; el correlativo de 1917 a la letra dice: " Solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva ". Sabido es que una de las prestaciones de la prisión preventiva, es sujeta al presunto responsable a la jurisdicción del Juez Penal que conozca del caso; en cambio cuando se habla de " prisión ", debe entenderse que se está haciendo - referencia a una privación de la libertad como consecuencia de una sentencia que ha causado estado, y desde luego, en el caso de que el sentenciado no al cance beneficio de la condena condicional, que suspende la ejecución de la pena, o de que la pena de prisión no sea conmutable por una multa. Posiblemente esta distinción técnica induzca a confusión en - en el vulgo, pero el tecnico en derecho está obliga do a expresarse con propiedad y por lo tanto cuando se alude a prisión preventiva siempre se sabrá que-

es una referencia al periodo que va desde el momento en que el responsable de un delito es puesto a disposición de un juez hasta que dicta sentencia absolviendo o condenando; el término prisión, cuando es escueto, debe de aplicarse a los casos en que la sentencia ha causado ejecutoria condenando a privación de la libertad.

El segundo parrafo de la constitución de 1857 -- era bastante confuso, pues imperativamente ordenaba que en cualquier estado del proceso en que apareciera que al acusado no se le pudiera imponer pena de prisión por delito que mereciera pena Corporal, se le debería poner en libertad bajo fianza. Esto en cierta forma, debería interpretarse como una garantía que obligaba a la autoridad a conocer el beneficio de la libertad bajo fianza por aquellos delitos menores que no ameritan una prisión excesiva. El citado artículo 18 de la Constitución del 57 no establecía el límite de la pena para alcanzarel beneficio de la libertad provisoria; desde luego ese límite tiene que haberse establecido en las leyes-reglamentarias correspondientes, que con las penales.

El último parrafo del artículo citado, consignaba la prohibición de prolongar la prisión o deten-

ta de pago de honorarios o de cualquier otra ministración de dinero, prohibición de prolongar cualquier tipo de detención por deudas, la recogió la Constitución del 17 en su primer párrafo que a la letra dice: " Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil..."

El artículo 19 en la constitución del 57, es un antecedente de su de correlativo en la Constitución del 17 en su primera parte, y en el párrafo tercero establece la prohibición de maltrato a los a los particulares en el momento de la aprehensión, como la prohibición de toda clase de galeras, contribuciones en las cárceles; la Constitución de 17 en su segundo párrafo establece la obligación de que todo proceso se siga forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Esto es un principio de aplicación de lo ordenado en los artículos 21 y 102 constitucionales que reserva al Ministerio Público la persecución de los delitos, lo que se confirma se sigue en la lectura de dicho precepto constitucional que previene imperativamente que " 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 fuera --
conducente.

Como se ve, éste párrafo hace reserva de las fa-
cultades del Ministerio Público en la persecución -
de los delitos, aunque a mi modo de ver la palabra
" acusación " se pone en el precepto con poca for -
tuna, habida cuenta de la división técnica del pro-
ceso.

En efecto, cuando el Ministerio Público como --
autoridad hace la consignación de un detenido ante-
el órgano jurisdiccional, de ninguna manera puede -
decirse que esté acusando, ya que la remisión del -
indiciado ante un juez de derecho de carácter penal,
se hace como presunto responsable del delito que se
le imputa y consignado ante el juez, tiene el carác-
ter de " indiciado ", vocablo que historicamente --
tiene un antecedente en el hecho de apuntar con el-
índice, y este carácter de indiciado además del de-
presunto responsable lo conserva hasta que el juez--
resuelve su situación jurídica dentro del término--
constitucional. El carácter de presunto responsable
lo conserva el consignado hasta que el juez resuel-
ve en el fondo del problema.

A partir del momento en que el juez declara for-
malmente preso al consignado, se le llama procesado.

En el momento en que el Ministerio Público formula conclusiones, el procesado adquiere el carácter de " acusado "; como se ve, al establecerse en la parte relativa al parrafo de la Constitución del 17: - " Deberá ser objeto de acusación separada ", la palabra " acusación " técnicamente está aplicada con mala fortuna. Psiblemente el legislador del 17 quiso referirse a la " consignación " que es facultad expresa del Ministerio Público, pues a él lo incumbe tanto la persecución de los delitos en ejecución penla, como el derecho de " acusar " y esto ultimo lo hace precisamente al formular sus conclusiones.

Cuando el Ministerio Público formula conclusiones el procesado adquiere la calidad de acusado y cuando el juez resuelve se le designa con el vocablo " sentenciado "; posteriormente si se combate la sentencia al sentenciado se le designa indistintamente con los nombres de " recurrente, apelante o quejoso ".

c) Tutela de la Libertad en los Códigos de Procedimientos Penales de 1871, 1929 y 1931.

La Libertad Provisional, en el Código de Procedimientos Penales de 1871.

Habla de que se le dejara al preso detenido, en libertad, a reserva de que se pueda dictar nueva orden de prisión, si volvieran a aparecer, motivos suficientes para la reaprehensión en el transcurso del proceso.

El Código de Procedimientos Penales de 1929 y el de 1931, no regulan este capítulo de la libertad provisional.

La libertad bajo caución de los Códigos de Procedimientos Penales de 1871, 1929 y 1931. El Código de Procedimientos Penales de 1871 y 1929, estipulan que en el momento de depositar, la fianza por razón de hora, o por ser día feriado, no pueda constituirse en depósito directamente a las instituciones mencionadas, como se puede depositar la fianza; En cambio el Código de Procedimientos Penales de 1931, estipula que en esos casos se le deposite al juez y que esté se encargue de mandarlo a depositar a las instituciones el primer día hábil.

El Código de Procedimientos Penales de 1871, estipula que el gravamen de la fianza, en relación a inmuebles, sea de la mitad de la fianza, además del valor del inmueble. En cambio el Código de Procedimientos Pe-

nales de 1929., estipulan que debe ser, tres veces superior la fianza al valor del inmueble.

El Código de Procedimientos Penales de 1871 y -- 1929, no estipulan que el juez debe de informarse -- en el Tribunal Superior para revisar en el indice, -- si el bien inmueble objeto de la fianza no ha sido, objeto de otra fianza anteriormente, y que aún este vigente.

Los Códigos de Procedimientos Penales, de 1871 y 1929, no estipulan el caso de que el reo, amenazare a la parte ofendida o a algún testigo, de los que -- hayan dispuesto o tengan que disponer, en su causa -- o tratare de sobornar al Juez, Tribunal, agentes -- del Ministerio Público o a cualquiera que conozca -- de su causa. El Código de Procedimientos Penales de 1931, estipula que en estos casos, se le suspende -- garantía de la libertad bajo caución.

Los Códigos de Procedimientos Penales de 1929 y -- 1931, regulan la libertad bajo protesta.

El Código de Procedimientos Penales de 1929 re -- gulan la libertad protestatoria, en su artículo 577 en su fracción II dice: " Que su residencia en di -- cho lugar será de dos años cuando menos. " Y vemos -- que el Código de Procedimientos Penales de 1931, di -- ce lo mismo, pero estipula que la recidencia en di -- lugar sea de un año minimo.

El párrafo IV, del Código de Procedimientos Penales de 1929, estipula lo siguiente: "Que el acusado demuestre plenamente, a juicio del Juez que carece de los medios necesarios para otorgar las fianza". Vemos que el párrafo del Código de Procedimientos Penales de 1931, no regula ya que, estipula que el acusado tenga, un modo honesto de vivir, solamente; el Código de 1929 no estipula, si se le concederá la libertad al que haya delinquido una o más veces; además de que la pena no exceda de dos años de prisión; ya que esto si lo regula el Código de 1931.

El Código de 1931 regula un artículo más, el 555 que habla de los casos en que procede la libertad bajo protesta sin tener los requisitos que son necesarios para poder gozar de esta garantía y son los siguientes:

1) En los casos del inciso II de la fracción X del artículo 20 de la Constitución.

2) Cuando habiéndose pronunciado sentencia condenatoria la cumpla integralmente el acusado y este pendiente el recurso de apelación.

La libertad preparatoria en los Códigos de Procedimientos Penales de 1929 y 1931.

El Código de Procedimientos Penales de 1929, estipula que se debe acudir al Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social, para pedir la libertad preparatoria

o sea que ya cambio el lugar donde se debe de pedir.

En el Código de Procedimientos Penales de 1931 por primera vez reglamenta el incidente de libertad por desvanecimiento de datos ya que anteriormente dicho incidente no estaba reglamentado.

a) Ineficacia del Instituto de Libertad por Desvanecimiento de Datos, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Los Códigos de Procedimientos Penales del artículo 546 al 551 y así como el Código Federal de Procedimientos Penales, en los artículos 422 al 426, al referirse al incidente de libertad por desvanecimiento de datos dicen:

En la practica el incidente de libertad por desvanecimiento de datos tiene poco exito en vista de que los jueces le niegan valor provatorio a los medios de prueba puestos a su consideración para desvanecer los que sirvierón para comprobar la presunta responsabilidad o el cuerpo del delito; no obstante que estas pruebas en el termino fatal de las 72 horas, no sefincan en la comprobación plena si no presuntamente, pues su presencia se matiza hasta la sentencia.

Es necesario además hacer resaltar el hecho de que en la práctica forense desgraciadamente el juez no asiste personalmente al desáhogo de las pruebas; estas desahoagn solamente en la presencia del secretario, si bien su asistencia es una formalidad esencial del procedimiento, la finalidad de la prueba para pasar al procedimiento ya no esta a él sino al-

juez; para hecer realidad tangible el tradicional - principio procesal de la inmediatividad; contacto - directo del juez con los medios de prueba.

Independientemente de lo anterior los jueces no - aceptan facilmente, que el incidente de libertad - por desvanecimiento de datos prospere, pues esto - equivale para ellos aceptar que no fueron lo escru - pulosamente profesionales para valorar los elemen - tos que tuvieron a su alcance al dictar la formal - prisi6n; independientemente que al dar vista al - - Ministerio P6blico con la solicitud del incidente - de libertad por desvanecimiento de datos; este se - concreta a deshogarla negando la procedencia inci - dental sin que exponga razones de su negativa; ha - ciendo pensar que lo que hizo en el termino de la - averiguaci6n previa no fue bien hecha.

Capítulo III

INCIDENTES

De los incidentes en general:

1) Significados .- La palabra incidente es de origen latino y dentro de los antecedentes de la propia palabra, tiene dos acepciones; La primera, " incide " que significa conocer, cortar, interrumpir, suspender y la otra esta en el verbo: " cadere " y en la preposición " in " que significa caer sobrevenir. (14); Tales son los significados de la palabra. Si tratamos de encontrar los antecedentes de la misma, existen dos términos semejantes: " incidencia " es uno e " incidente " es el otro. Incidencia se significa lo que sobreviene en el discurso de algún asunto e incidente suceso secundario - que sobreviene en el discurso de un asunto. Tal es como lo define la Academia Española de la Lengua. (15).

De los significados y de las definiciones dadas a incidentes e incidencia, claramente se percibe - que el elemento que los distingue es, algo que sobreviene, es algo que aparece. De ahí que se diga en términos generales que incidente es toda cuestión que surge de otra considerada como principal, que evita ésta, la suspende o interrumpe y que cae en o dentro de esta otra o que sobreviene con oca-

sión de ella. Al mismo tiempo nos sugiere algo que está relacionado con lo principal, algo que incide o corta lo principal.

a) Aplicación de los significados de Incidente e Incidencia a la Materia Procesal.- Se dice que - el incidente es una cuestión acesoria promovida en el proceso; relacionada con el proceso, opuesta a sus normas y que exige una tramitación especial. - Rivera Silva define el incidente en materia procesal penal " como una cuestión promovida en el proceso que se relaciona con el tema principal de el mismo, reviste un carácter accesorio y que, encontrándose en la etapa Formalista del proceso, exige una tramitación especial." (16)

Para Franco Sodi el incidente es " toda cuestión que sobreviene en el proceso, planteando un objeto accesorio del mismo, en forma tal que obliga a darle una tramitación especial. "(17) y Juan José Fustamante define el incidente como " Todo acontecimiento que surge de la materia principal, como toda cuestión o controversia que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción" Las definiciones anteriores tienen en común que, para todos los procesalistas mexicanos mencionados el incidente es una cuestión, es decir, es un pun-

(16) Rivera Silva, El Procedimiento Penal.

(17) Franco Sodi, Procedimientos Penales.

to debatido. Algunos, como Rivera Silva, (18) repiten que solo tienen el carácter de incidentes que son " promovidas " en el proceso, es decir que el incidente no surge sino se promueve, Franco Sodi (19) y González Eustamante, (20) aun cuando no con las mismas palabras, si sostienen que los incidentes sobrevienen, acontecen, sin distinguir si se promueven, es decir, para los dos últimos surge el incidente; para el primero o sea Rivera Silva, hay que promover la cuestión.

Además según Rivera Silva, (21) el incidente -- exige una tramitación especial; esto no es exacto, cualquier incidente que se examine se ve que comprende el planteamiento de la cuestión, la prueba de la misma y su resolución, es la técnica de un -- proceso dentro del proceso mismo. En cuanto a la definición de González Eustamante, (22) al afirmar que es una cuestión o controversia que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la " acción ", se desvía de las claras nociones procesales porque toda acción, nos parece que está empleado correctamente el término " acción " y la controversia no sobreviene entre los litigantes en todas las ocasiones, basta pensar al respecto en el incidente de libertad bajo caución, en el que lle-

(18) Obra citada

(19) Obra citada

(20) Obra citada

(21) Rivera Silva; el Procedimiento Penal.

(22) Juan José González F. Principios de Derecho Procesal Mexicano.

nados los presupuestos del mismo, solo la parte - del procesado actúa. La libertad bajo caución podría considerarse a la luz de la pugna del derecho procesal como incidente.

3) Definición: Como lo señala el maestro Javier Piña y Palacios, (23) podría darse una descripción del incidente que se ajusta aún más a la técnica - que es una cuestión surgida en el curso del proceso o con motivo de él, que interrumpe, modifica - o altera, transitoria o definitivamente, la estructura lógica del mismo.

4) Análisis de la definición .- Al analizar la descripción de ese análisis resulta:

a) Cuestión, en efecto, es un punto controvertido, es algo discutible, existe un desajuste que hay que discutir y resolver.

b) Ese desajuste sucedió en el proceso, lo interrumpe como en el caso de la fuga, lo modifica - como en el caso del incidente por desvanecimiento de datos, o lo altera como en el incidente de libertad bajo caución.

c) Esa interrupción, esa alteración modificación del proceso puede ser transitoria y la alteración tiene lugar en la estructura del proceso mismo, ya que modifica los elementos fundamentales -

(23) Javier Piña y Palacios , Recursos e Incidentes en Materia Penal.

que sirven de base al proceso o sea, la liga del proceso mismo, o sea la liga del procesado a la -- jurisdicción, la falta de elementos para integrar los que deben conocer del delito o los de la responsabilidad del agente o su participación en el - hecho delictuoso.

5) Actos que motivan el incidente. Los actos - que motivan el incidente pueden ser:

a) De una o del juez.

b) Porque la ley los determine. Por ejemplo :- El incidente de libertad bajo caución lo motiva - el acto de la parte, la excusa la provoca el pro- pio juez; pero, la incompetencia la determina la- ley y todos estos incidentes son cuestiones surgi- das en el curso del proceso.

6) Efectos principales de los incidentes.- Los efectos más importantes de los actos de las par - tes, del juez y de la ley de los que surgen los - incidentes son:

a) Que no puede llegarse a sentencia si no se resuelve previamente la cuestión surgida.

b) Que existe la posibilidad de que pueda ser- resuelta la cuestión en la sentencia misma.

Es posible que el legislador pueda prever algu- nas de las causas que motivan las cuestiones que-

surgen en el proceso; pero hay otras que no pueden precisarlas; de ahí que haya incidentes especificados e incidentes no especificados.

El incidente la ley sólo determina un procedimiento para resolver la cuestión surgida y en unos casos preve esa cuestión, pero cuando no la prove da la norma precisa para resolverla en el caso de surja. En consecuencia, el recurso es medio para que recupere el proceso su curso normal se refiere a la correcta posición de las partes, a su situación para la correcta construcción del proceso. El incidente es la aparición de una cuestión que se debate y que debe resolverse porque, al resolverla previamente, se decide si puede o no llegarse a sentencia. El incidente esta en relación con los fines del proceso, no con la situación de las partes. En el incidente la parte hace valer la causa que lo motiva, esa causa puede o no estar prevista por la ley; en el recurso siempre está previsto por la ley cuándo procede éste y cual es la causa que lo determina y el remedio aplicable, o sea el recurso que proceda en ese determinado caso. En cuanto que el incidente, esté o no previsto, siempre plantea una cuestión que debe resolverse en el momento, nunca se resuelve la sentencia.

tencia.

Porque las cuestiones que pueden resolverse en al sentencia definitiva no son causas que hayan modificado, interrupto o alterado la estructura del proceso, puesto-que pudo llegarse a sentencia.

8) Técnica del incidente.- La ley prevé las causas -- que pueden surgir en el curso del proceso y modificar -- sus estructura lógica; la ley establece la tramitación - para resolver esas causas previstas, así como el proce--dimiento a propósito para las no previstas.

Al aparecer el punto cuestionado, se necesita esta--blecer:

- a) Principios para plantearlo.
- b) Elementos para probarlo.
- c) Reglas para discutirlo.
- d) Técnica para resolverlo.

Cuando las cuestiones están previstas, ya dijimos se-tratan de incidentes especificados; cuando no lo están,- la ley establece la tramitación para los no previstos, - los llamados incidentes no especificados.

Hay que distinguir, para precisar la técnica, entre - la cuestión surgida y el método para resolverla.

Para poder decidir cuáles son los elementos procesa--les de la técnica que debe emplearse, necesitamos ver -- los momentos en que surge la cuestión y aquellos en que-

hay necesidad de resolverla.

Al surgir la cuestión se necesita precisar:

- a) La causa que alteró la estructura del proceso.
- b) Hacer valer esa causa.
- c) Plantear la cuestión que provocó.
- d) Probar los hechos que alteraron el proceso.
- e) Oír a las partes.
- f) Resolver la cuestión planteada.

En consecuencia los incidentes tienen por objeto hacer valer un derecho o hacer que se extinga un derecho. Se decide en ellos si hay o no razón para cortar, interrumpir o suspender el curso del proceso y cuando se prueba la causa que los motivó, se modifica o altera, como ya dijimos, esa estructura, porque el incidente es un acontecer.

9) Especies de incidentes .- Hay causas que motivan los incidentes, sin cuya resolución no puede continuar el procedimiento, lo que da origen a un procedimiento especial para este incidente y hay otras que pueden resolverse juntamente con la cuestión principal, como ya dijimos. La ley prevé las causas que pueden originar los incidentes; en cuanto a las alteraciones no previstas por la ley, pero que no pueden resolverse juntamente con la cuestión, es posible resolverlas estableciendo un procedimiento general. De ahí que se pueda hacer la siguien

te clasificación de los incidentes, como los reglamentan los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y Local.

- a) Incidentes Diversos.
- b) Incidentes no Especificados.
- c) Incidentes de Libertad.

Como anteriormente he tratado la libertad por -- desvanecimiento de datos y la liber ad bajo caución solo me queda por tratar la libertad bajo protesta.

Libertad bajo Protesta: Se encuentra reglamentada tanto en el Código Adjetivo Común como en el Federal de Procedimientos Penales, ó sea concedida bajo la palabra de honor del acusado. En la práctica-judicial, esta libertad solamente se concede cuando la sanción privativa de la libertad no exceda de un año, despues cuando el acusado ha cumplido con la -prisión preventiva, la condena impuesta en primera- instancia y está pendiente el recurso de apelación- o el amparo directo.

Otros Incidentes:

- a) Incidentes de Competencia.
- b) Incidente de Suspensión de Procedimiento.
- c) Incidente de Acumulación de Procesos.
- d) Incidente de Separación de Procesos.
- e) Incidente de Reparación del Daño Exigido a --

Terce-

ros.

a) Incidentes Sobre Competencia: La competencia es un sinonimo de capacidad jurídica, luego un juez es competente porque es cpaz de decir el derecho, y esta capacidad viene de la ley, la competencia puede ser por razón de la materia, del lugar o de la persona y la competencia siempre es de orden público.

La prorroga de jurisdicción no es sino sujetarse al juez incompetente por consentimiento expreso, es decir - que siendo incompetente se hace competente por voluntad de los litigantes:

En Materia penal no cabe prorroga ni renuncia de jurisdicción.

Las bases para determinar que un Juez es competente - son reglamentadas por el C. Procedimientos Penales, y son:

- a) El del lugar donde se cometio el delito.
- b) Si es delito continuo es competente el que previno.
(conocio primero)
- c) En caso de acumulación es competente el de mayor -
categoria.
- d) Si todos los jueces son de igual categoria, el que
conocio de las diligencias más antiguas.
- e) Si todas las diligencias sn de la misma fecha, el
que conocio del delito más grave.
- f) Si todos los delitos son graves, es comtetente el-
juez que elij el Ministerio Público.

g) En caso de duda, es competente el juez que haya --
prevenido.

El juez incompetente tiene las siguientes facultades--
en materia penal:

- 1º) Tomar declaración preparatoria.
- 2º) Debe comprobar el cuerpo del delito.
- 3º) Debe comprobar la presunta responsabilidad.
- 4º) Esta obligado si hay elementos a dictar la formal
prisión, si no están decretar la libertad con las
reservas de ley.
- 5º) Conceder si procede la libertad provisional bajo
de fianza.

Las resoluciones que se dicten en el incidente de com-
petencia son apelables en el efecto devolutivo.

b) Incidente de Suspensión del Procedimiento: La ley-
procesal de orden común, comprende tres casos de suspen-
sión:

- 1º) La sustracción del acusado a la acción de la jus-
ticia, la razón de esto es que entre nosotros no-
se autoriza el procedimiento penal en rebeldía.
- 2º) Falta de querrela, esto ocurre cuando se modifica
la clasificación jurídica de los hechos en casos-
de delitos semejantes o por cuestiones relativas
a la personalidad de los querellantes.
- 3º) Perturbación Mental: Se suspende el procedimiento

porque el acusado que sufre esa anomalía no se encuentra capacitado para ejercitar sus demandas y garantías procesales, por lo que si el procedimiento culminara quedaría en condiciones de indefinición.

c) Incidente de Acumulación de Procesos: Tiene por objeto que distintos procesos relacionados entre sí, por los delitos que los motiven, o por personas a quienes se les atribuyen, sean tramitados y resueltos por un solo tribunal; solo son acumulables los procesos que se encuentran en estado de instrucción y no lo serían aquellos que se sigan ante tribunales o jueces de distinto juicio.

Todas las resoluciones que se dicten en este incidente son apelables en efecto devolutivo.

d) Incidente de Separación de Procesos: Este incidente solo procede cuando ha habido acumulación ya sea de hecho o de derecho. El auto que niegue la separación de procesos no es apelable ni revocable, pero no causa estado, es por esto que por causas supervinientes puede solicitarse de nuevo la separación, el que decreta la separación es apelable en el efecto devolutivo.

e) Incidente de Reparación del Daño Exigido a Terceros: Cuando la separación se demanda en contra de terceros tendría el carácter de responsabilidad civil y se tramita en forma de incidente y a petición de parte ante

el tribunal que conozca del proceso y este se encuentra en estado de instrucción.

La sentencia que se dicte en este incidente es apelable en ambos efectos.

10) Los incidentes en la legislación mexicana; El primer proyecto de Código de Procedimientos Penales de 1872 presenta por lo que respecta a incidentes las siguientes anomalías:

a) Acumulación de Procesos se encuentra en el capítulo " De las atribuciones de los jueces de instrucción " (Art. 112). El incidente de libertad provicional bajo-caución o fianza está en el de " Disposiciones relativas al inculpado " (Art. 254) y aún cuando todo el título sexto está destinado a " Los Incidentes ", no se especifica cuáles sean, sino que da la disposición para la tramitación sin especificar causas que pueden modificar las causas que puedan motivar los incidentes.- Al analizar el Título Quinto del libro primero nos encontramos con el art. 273 que dispone;

a) Los Incidentes de que se ocupa no suspenden el curso del proyecto y;

b) Se sustancian por cuerda separada.

En cuanto a los incidentes civiles surgidos en el proceso ese proyecto de Código Procesal determina que se sustancien y decidan por los jueces civiles. (Art.274).

El Incidente de Responsabilidad Civil se sustancia y resuelve por el juez penal, salvo que:

a) haya recaído sentencia.

b) haya muerto el acusado

c) haya sido amnistiado.

Al reglamentar el mismo Proyecto de Código los incidentes penales surgidos en juicios civiles (Art. 275)- da las reglas siguientes:

1.- El juez civil remitirá al penal las constancias - necesarias iriginales o en copia.

2) Con excepción del caso a que se refiere el art.299 del Código Civil .(1870).

3) En este proyecto de Código el juez civil está facultado para practicarla averiguación previa y aun ordenar la aprehensión del inculpado si estima que puede perjudicarse la administración justicia por el retardo de la averiguación; pero le está prohibido tomar la declaración preparatoria y decretar la formal prisión .(Art. 277). Tal es la técnica del incidente penal que surge en el juicio civil. Es decir, que la materia penal al aparecer el juicio civil llega a darle, por disposición de la ley, jurisdicción al juez civil en materia penal, pues lo autoriza a practicar la averiguación penal previa y aun a originar la determinación del inculpado, actuales diligencias de policia judicial y los procedimientos hasta antes de la declaración preparatoria.

Trae como incidentes especificados este proyecto de Código la conmutación de penas, (Art. 635) y la reducción de penal; pero el indulto está clasificado como re-

curso en el artículo 641. y como incidente la rehabilitación (Art.654) establece la competencia de jurisdicción en el Art. 659 los impedimentos en el art. 684, las excusas en el Art. 687 y la recusación en el 689.

La lectura de las anteriores disposiciones dan una impresión de la idea que sobre la técnica de incidentes tenían los autores del proyecto de 1872.

11) Código de 1880.- En nuestro primer Código de procedimientos penales, la técnica en cuanto a incidentes, presenta los siguientes lineamientos:

a) Los incidentes se tramitan por cuerda separada .

b) El incidente de responsabilidad civil puede resolverse por el juez civil cuando el juez penal no lo falla.

c) El juez civil puede conocer de un incidente penal-hasta comprobar los elementos del delito y la responsabilidad .

d) No enumera el Código los incidentes .

e) No clasifica este Código los incidentes.

12) Código de Procedimientos Penales de 1894. La legislación de 1894 ya especifica los incidentes y enumera los siguientes:

a) De responsabilidad civil.

b) Incidentes para declarar extinguida la acción penal ; por muerte del acusado, prescripción, amnistía, -- perdón y consentimiento del ofendido.

- c) Incidentes no especificados.
- d) Incidentes criminales en juicio civil y,
- e) Otros Incidentes; incidentes para la suspensión de procedimientos.
- f) Incidentes sobre acumulación de procesos e incidentes sobre separación de procesos.

Además, también como incidentes especificados en capítulo especial, trae los incidentes de libertad y ellos son los siguientes:

- a) Incidente de Libertad por haberse comprobado una - excluyente de responsabilidad.
- b) Incidente de Libertad Bajo Protesta.
- c) Incidente de Libertad Bajo Caución.
- d) Incidente de Libertad Preparatoria.

Y como incidente dentro del capítulo de los incidentes de libertad trae uno especial sobre la retención.

13) Código de Organización, de Competencia y de Procedimiento en Materia Penal.- Este Código destina su título VII a los incidentes, estableciendo también un procedimiento especial para los no especificados (cap.XII).

Los especificados que considera son los siguientes :

- a) Incidente para determinar la cuantía de la multa.
- b) Incidente para determinar la cuantía de la reparación del daño:
- c) Incidente para la libertad protestatoria.

- d) Incidente para la libertad bajo acución.
- e) Incidente para suspensión del procedimiento.
- f) Incidente para las competencias de jurisdicción .
- g) Incidente para la acumulación de procesos.
- h) Incidente para la separación de procesos .
- i) Incidente en caso de recusación.
- j) Incidente para la tramitación de procedimientos.
- k) Incidente para la tramitación de excusas.

14) En la legislación vigente Código de Procedimientos Penales, en el Distrito Federal se encuentran los siguientes:

- a) Competencia.
- b) Suspensión de procedimientos.
- c) Incidentes penales en el juicio civil.
- d) Separación de procesos.
- e) Impedimentos .
- f) Excusas.
- g) Recusación .
- h) Reparación del daño exigible a terceros.
- i) Incidentes no especificados.

Entre los incidentes de libertad establece:

- a) Incidente de libertad por desvanecimiento de datos.
- b) Incidente de libertad bajo protesta.
- c) Incidente de libertad bajo caución.

Los Incidentes en Particular:

Incidentes de Libertad;

Incidente de Libertad provisional bajo caución.

1.- Significados.- La palabra "caución" equivale a garantía e "incidente", en su acepción general, es lo que al surgir afecta la estructura lógica del proceso; una cuestión surgida en relación con la obtención de la libertad. Este incidente ha tenido diversas denominaciones se le ha llamado, indistintamente, incidente de libertad bajo fianza o incidente de libertad bajo caución, la denominación apropiada es, incidente de libertad bajo caución, ya que dentro de este último término está comprendida toda clase de garantías.

2.- Definición: La descripción de las circunstancias en que surge el incidente de libertad provisional bajo caución y los significados de los términos "Incidente, Libertad, Caución" nos permitirán intentar la definición de Incidente de que nos ocupamos. Se tratará de describir esas circunstancias en relación con el simple significado de "Incidente" por lo que podemos decir que es el medio que permite durante el curso del proceso a quien se encuentra ligado a él, por ameritar el delito una pena corporal, obtener provisionalmente su libertad entre tanto concluido ese proceso se le aplica a quien ha obtenido, su libertad provisional, la pena correspondien

te. Más si se tienen en cuenta lo que significa: -- " Incidente, Libertad y Caución ", podríamos definirlo diciendo que es el medio que permite obtener la libertad entre tanto se pronuncia definitiva en un proceso, mediante el empleo de una garantía que evita la substraición a la acción de la justicia, -- evitandole las molestias de la prisión preventiva.

3) Análisis de la definición: La caución es lo que viene a garantizar la no substraición a la acción de la justicia; la privación de la libertad se encuentra substituída por una garantía. Esa garantía permite disfrutar de la libertad en tanto se -- concluye el proceso. En consecuencia, se trata de una libertad provisional dentro del proceso. Si es verdad que el sujeto está libre, también lo es que esta ligado al procedimiento por una garantía y esa libertad está condicionada a los resultados que deben expresarse en la sentencia definitiva, si se le condena, establece una nueva situación jurídica que hace que cese la provisionalidad de la libertad y -- si se absuelve, igualmente, la sentencia absoluta -- cambia la situación jurídica u se obtiene mediante ella la libertad absoluta.

4) Aspectos de Incidente.- Dos son los aspectos -- bajo los cuales puede estudiarse el incidente;

a) Aspecto Constitucional.

b) Aspecto Procesal.

a) Aspecto Constitucional: Las fuentes que del incidente como derecho garantizado por la constitución, podemos mencionar las siguientes:

Las constituciones: Española de Cádiz de 1812, la federal de 1857 y la vigente de 1917 y su reforma.

Ya en la constitución d 1812 aparece la libertad bajo caución pero como libertad bajo fianza y como derecho garantizado por la Constitución. Dos son los preceptos que se refieren a este asunto. " No será llevado a la carcel el que dé fiador en los casos en que la ley no prohíba expresamente que se admita la fianza." (art. 295).

" En cualquier estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al proceso pena corporal, se le pondrá en libertad, dando pianza (art. 296) Constitución Política de la monarquia Española de la promulgación de Cadíz del 19 de Marzo de 1812). SE tenía derecho a obtener la libertad bajo fianza en aquellos casos en los que el delito np ameritara pena corporal. Puede decirse que ese precepto de la Constitución de 1812 fue copiado por la Constitución de 1857, ya que en su artículo 18 expresa -

que " Sólo habrá lugar a prisión por delito que -- amerite pena corporal " y agrega: " En cualquier es tado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se le pondrá en li bertad bajo fianza". Este derecho fue ampliado por el el constituyente de 1917 al redactarse la frac ción que establecía que inmediatamente que lo soli citara el detenido, debería ser puesto en libertad bajo fianza hasta de diez mil pesos y para ésta -- tendría el juez presente, además de las circunstan cias personales del título de la garantía, la gra vedad del delito y sólo en casos de que la pena no fuere mayor de cinco años, procedía la libertad -- provicional bajo caución. El único requisito, de a cuerdo con el texto primitivo de la fracc. I del artículo 20, era poner a disposición de la autori dad la suma que ésta fijara como caución u otorgar hipoteca o caución personal bastante para asegurar la libertad, es decir, la no substracción a la ac ción de la justicia.

Dentro de los puntos que en su programa de go -- bierno como candidato a la Presidencia de la Repú blica planteó el Licenciado Miguel Alemán, encon -- tramos precisamente la reforma a la fracción I del artículo 20 Constitucional.

Fue acatada esa reforma por el Licenciado Carlos Farnco Sodi y los elementos que la constituyen son los siguientes:

a) Subsistió la procedencia de la libertad en delitos cuya pena en su término medio aritmético no fuese de más de cinco años.

b) Que la caución o fianza debe asegurar la suma de dinero que fije el juez, que dará la aceptación de la garantía.

c) La caución o fianza no podrá ser mayor de do cientos cincuentamil pesos, siempre que el delito no cause un autor de beneficio económico.

d) Porque si el delito causare daño patrimonial o produjere beneficio económico al delincuente, -- debe el juez elevar la garantía asta tres veces -- más el monto del beneficio abtenido o al del daño-causado.

En efecto, si se tiene en cuenta que la libertad caucional se puede obtener desde el momento en que se está a disposición del juez y desde ese momento sólo tiene el juez para juzgar de los extremos de la garantía las diligencias practicadas por el Ministerio Público por lo que respecta al monto del daño o al beneficio económico obtenidos; sólo tiene sobre éstos el juez, la declaración del ofen

dido, y rara vez la declaración del indiciado sobre ese monto excepcionalmente la de algún testigo; de donde resulta que es de acuerdo con lo que el ofendido dice como, el Juez falla, ya que según el precepto para fijar el monto de la garantía tiene que tenerse en cuenta el monto del daño y el beneficio económico. Como hay más elementos en que las diligencias lleguen al juez, que los que el ofendido ha dado ha dado de ahí sólo puede tener en cuenta el juzgado lo que aquél ha fijado. Además, como de acuerdo con el Código Penal, Art. 35, último párrafo, el ofendido tiene derecho a hacer efectiva la reparación del daño sobre la caución, en consecuencia, está interesado en que esa cación sea la más alta posible para tener mayor cantidad de bienes en los que hacer efectiva la reparación del daño y por ello es incuestionable que está interesado el ofendido en exagerar la intensidad del daño para tener mayores elementos en qué asegurar la reparación, de donde resulta que una garantía establecida por el constituyente en beneficio del detenido, ha sido con la reforma, transformada en garantía en favor del ofendido. Por ello decimos que si los jueces para la fijación del monto de la caución atienden a lo

que el ofendido manifiesta respecto del daño causado o del beneficio obtenido, la reforma de Franco Sodi ha convertido, como ya se dijo, el derecho que la primitiva fracción I del Artículo 20 concedía al detenido en un derecho garantizado -- al ofendido.

La redacción original de esa fracción I del -- artículo 20 era el siguiente: " Inmediatamente -- que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza hasta de diez mil pesos, segun sus circunstancias personales y la gravedad del delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla."

Esa fracción fue reformada en los términos siguientes:

"Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el juez tomando -- en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que -- dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco -- años de prisión y sin más requisito que poner la-

suma de dinero respectiva, a disposición de la --
autoridad u otorgar caución hipotecaria o perso--
nal bastante paraasegurarla, bajo la reponsabili--
dad del juez en su acepción. En ningún caso la fi--
anza o caución será mayor de \$ 250.000.00, a no --
ser que se trate de un delito que represente para
su autor un beneficio económico, o cause a la víc--
tima un daño patrimonial, pues en estos casos la--
garantía será cuando menos, tres veces mayor al --
beneficio económico, o cause a la garantía o el --
beneficio obtenido o al daño ocasionado."

Con lo dicho y comparando los dos textos esta
fracción I del artículo 20 constitucional se ve,-
de modo claro lo que acabamos de decir: se convir--
tió la fracción I del artículo 20 Constitucional--
de garantía del obtenido en garantía del ofendido.

6) Interpretación Procesal del precepto.- Tér--
minos por ejemplo: " Inmediatamente que lo soli--
cite " se ha interpretado en la forma siguiente:-
El titular de la garantía puede solicitar bajo --
caución desde que se encuentra a disposición del--
Ministerio Público, pero solo el juez puede con --
cederla y aun cuando el precepto tanto del texto--
primitivo como del vigente expresa que " Inmedia--
tamente que lo solicite será puesto en libertad "

esto significa que en cuanto lo solicita y el juez tenga conocimiento de la solicitud le fijara la cantidad por la que debe otorgar la caución correspondiente y no obtendrá esa libertad sino hasta que se otorgue la garantía respectiva. Asi " es puesto inmediatamente en libertad " -- hasta cuando se otorga la caución y no por el simple hecho de solicitar, se le conceda esa garantía.

En cuanto al monto, el juez lo fijara, pero en cuanto a la garantía tiene derecho el procesado a escoger la que estime conveniente; pero la aceptación de aquella es bajo la más estricta responsabilidad del juez, dado los términos del precepto constitucional vigente.

7.- El incidente de libertad bajo caución desde el punto de vista procesal:

Como ya vimos, tanto en la constitución de 1812 como en la de 1857 así como los dos textos de la primera fracción del artículo 20 de la constitución de 1917, se le denomina a esta libertad " libertad bajo fianza", el precepto de la constitución de 1812 no es sino un reflejo de la legislación común vigente al ser expedida esa constitución.

En efecto, los autores y la legislación nos hablan de cuatro diversas clases de fianzas:

a) La primera " Fianza de Haz " que se otorgaba cuando sólo podía imponer pena pecuniaria por el delito leve. En esta fianza el fiador se obligaba en dos formas:

1.- Se obligaba a que su fiado se presentaría en el juicio y además;

2.- A que su fiado pagaría lo juzgado (Ley -- XII y XVIII, título 12 partida V.)

b) La segunda era la " Fianza Carcelera " que se otorgaba cuando debía ponerse en libertad al procesado por no deberse imponer pena corporal -- (Ley XXIV título 18 partida 111 y Ley XVI 1, par tida VII):

El fiador tomaba a su cargo la custodia del -- fiado y se obligaba a presentarlo ante el juez. - (Ley XVII título 12 partida V.).

c) La tercera especie era la " Fianza Jurato - ria " era la otorgada en el caso de que el mismo - reo, supla la fianza, por no tener quien la otor - gara en su favor, con el juramento que hacía de es tar a derecho hasta la conclusión de la causa y - se obligaba a presentarse a su Juez cuando éste lo - rdenara. Antecedente este de la libertad bajo --

protesta.

d) Finalmente, la última especie de fianza - era la " non offendendo " que no es sino la cau ción de no ofender.

Las fianzas de haz y carcelera se daban jun- tas. Se otorgaban ante escribano, la juratoria- de non offendendo se otorgaba directamente en - el proceso, según la práctica de tribunales.

Esos son los incidentes de libertad bajo ~~la~~ fianza de que habla el artículo 255 del proyec- to de Código de de procedimientos Criminales pa- ra el fuero común de 1872, el cual expresa que- toda persona detenida por un delito político o- por otra cuya pena no sea más grave que la de - cinco años de prisión, podrá obtener su liber- tad llenando las siguientes condiciones:

a) Si la pena es alternativa, dará fianza - por el máximo de la pena pecuniaria y por los - resultados de la responsabilidad civil.

b) Si la pena es corporal y es de la compe - tencia de los tribunales correccionales la cau- ción será trecientos a cinco mil pesos.

c) Si el delito es de la competencia del ju- rado, la caución será de cinco mil a diez mil - pesos.

c) Si el delito es de la competencia del jurado, la caución será de cinco mil a diez mil pesos.

Para poderla otorgar necesitaba el procesado probar su buena fama y debía tenerse en cuenta para conceder la garantía del delito. Determinaba la ley que la fijación de la caución para obtener esa libertad era sin perjuicio de aquella otra a que hubiera lugar por la responsabilidad civil. Condición también para el otorgamiento era que el beneficiado debía tener domicilio fijo y conocido y tener bienes o ejercer una profesión arte u oficio.

8) Nuestro primer código de procedimientos penales, expedido en el año de 1880, recoge los lineamientos generales del proyecto de 1872 en su artículo 260. En este precepto se expresa que puede obtener su libertad bajo caución todo preso siempre que:

a) El delito no tenga pena más grave que la de cinco años;

b) Haya audiencia previa del Ministerio Público.

c) Tenga el preso domicilio fijo y conocido.

d) Posea bienes o ejerza una profesión, oficio o arte.

e) A juicio del juez no haya temor de que se

fugue.

Para poder fijar el monto de la garantía - establece las reglas siguientes:

a) Si la pena es alternativa debe atenderse al máximo de la multa.

b) Si el delito es de competencia del juez correccional, podrá ser trecientos a dos mil pesos.

c) Si el delito es de la competencia del jurado, será la fianza de mil a diez mil pesos.

d) Si la parte civil hubiera promovido incidente, la caución garantizará, además ese incidente, para los casos de fuga u ocultación del proceso. (art. 261).

9) Reformado el Código de Procedimientos Penales de 1830 en 1894, por lo que respecta a este incidente de libertad bajo fianza, el artículo 440 quedó en los terminos siguientes:

Todo detenido o preso puede obtener su libertad bajo caución siempre que:

a) El máximo de la pena no exceda de siete años de prisión.

b) El preso tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que sigue el proceso.

c) Tenga profesión, oficio o modo honesto de vivir.

d) No haya sido condenado por delito de la misma naturaleza.

e) No haya temor de que se fuge, y

f) Tenga buenos antecedentes de moralidad.

Tales son los antecedentes de la reforma-constitucional de 1917. Si se toma en cuenta se ve como el constituyente, de 1917 lo único que hizo fue convertir en derecho garantizado por la constitución los elementos que existían desde el proyecto de procedimientos penales de 1872 hasta el Código de Procedimientos Penales de 1894. En consecuencia, esa legislación común es el antecedente del derecho garantizado por la constitución en la fracción I del artículo 20.

10) Con posterioridad a la constitución de 1917, el Código de organización de Competencia y Procedimientos en Materia Penal del año de 1929, reglamentó esa garantía en su artículo 580 en los términos siguientes: Las reglas que fija para determinar el monto de la caución son: Cuando procede la libertad provisional el juez la otorgará conforme a -

las reglas siguientes:

a) Si la pena fuera alternativa, el monto de la caución será el máximo de la pena pecuniaria. Esto no es sino una reproducción de lo que decía el proyecto de 1872.

Incidente de Libertad por Desvanecimiento de Datos:

1) Con posterioridad al momento en que se dicta el auto de formal prisión, puede tener lugar una serie de hechos, durante la segunda parte del período de instrucción que viene a plantear una situación tal que la ley considera debe resolverse antes de que se pronuncie sentencia, porque de llenarse los presupuestos legales, la sentencia sería inútil y aun cuando en ella se resolviera todos los problemas que plantea el simple ejercicio de la acción penal, la dilatación en la resolución lesionaría derechos de las partes y precisamente esa necesidad de resolver la situación creada -- por haber sobrevenido los hechos que modifican la situación de formal prisión, es una cuestión que surge una alteración que se debate y que es necesario resolver -- mediante el transcurso del proceso, o sea el relativo al incidente de libertad por desvanecimiento de datos -- y la necesidad de resolver esa cuestión y no esperar a que se pronuncie sentencia, se explica por los principios de la llamada economía procesal.

2) Definición: Así, pues, el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, es una cuestión surgida con posterioridad a la formal prisión y que ha sido motivada por una serie de hechos que han destruido los elementos que sirvieron para dictar el auto que liga --

al proceso mediante la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.

3) El incidente en la legislación penal mexicana: El primer proyecto de Código de 1872, ya prevía la solución del problema cuando surgían datos que desvanezcan a los que sirvierón para plantear la situación de formal prisión. En efecto, el artículo 254 de ese proyecto de código establece: "En cualquier estado de proceso en que se desvanezcan los fundamentos que sirvierón para decretar la prisión será puesto en libertad el preso, previa audiencia del Ministerio Público." La propia situación fue considerada por nuestro primer Código de Procedimientos Penales expedido en 1880; este establece que en cualquier estado del proceso en que se desvanezcan los fundamentos que hayan servido para decretar la detención a la prisión preventiva será puesto el detenido en libertad, previa audiencia del Ministerio Público: a reserva de que se pueda decretar nueva orden de prisión si volvierén a aparecer motivos suficientes en el transcurso del proceso. (artículo 258)

Como se ve, el Código de 1880 hace extensivo el desvanecimiento de datos no sólo a la prisión, sino a la simple detención; además, ya determina que esa libertad no es definitiva y puede restringirse si se llegan a comprobar los elementos para poder volver a decretar la formal

prisión o la detención; este es, probablemente, un antecedente del auto de libertad por falta de méritos con -- las reservas de ley, o cuando menos tiene relación con -- tal situación.

Modifica el C. P.P. de 1880 el de 1894 con respecto a la libertad por desvanecimiento de datos, el artículo -- 430 del Código de 1894 expresa: "En cualquier estado del proceso en que aparezca que se han desvanecido los fundamentos que hayan servido para decretar la detención o -- prisión preventiva, podra decretarse la libertad bajo -- protesta por el juez, a petición de parte y con audien-- cia del Ministerio Público, a la que no podra éste dejar de asistir." Como se ve en el Código de 1894, establece sobre el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, el incidente de libertad bajo protesta; técnica ésta no muy ortodoxa, puesto que dentro de un incidente y por disposición misma de la ley, esta obligado en juez y las partes a hacer uso de otro incidente para llegar a -- conceder la libertad, que son los resultados que se buscan con el primero. El Código de 1931 ya establece, de -- modo claro, la técnica por lo que respecta al incidente que estudiamos.

El artículo 547 del propio Ordenamiento especifica la técnica que adpotó la legislación para el incidente mencionado al establecer:

1.- Que cuando en el curso del proceso aparezca, por prueba plena indubitable, que se han desvanecido los elementos que sirvierón para comprobar el cuerpo del delito, procede el incidente:

2.- Cuando se hayan desvanecido, por prueba plena indubitable, los cargos señalados en el auto de formal prisión para tener al procesado como presunto culpable y -- sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, -- se decretará su libertad.

No. hemos hecho alusión al Código de Competencia y de Procedimientos en Materia Penal, expedido en 1929, porque no se encuentra en esta legislación el incidente de que se trata.

b) En cuanto a la legislación Federal, el artículo 422 establece: Que procede la libertad por desvanecimiento de datos cuando se hayan desvanecido plenamente los que sirvierón para comprobar el cuerpo del delito o los que sirvierón para tener como presunto responsable al delincuente. Si se compara lo que dice este concepto y lo que expresa el Código de Procedimientos Penales del Fuero -- Común de 1931, nos encontramos con que en tanto que el Código Federal habla de que "sean desvanecidos plenamente los datos", el Código del Fuero Común habla de que "sean desvanecidos los datos por prueba plena indubitable". -- Además en tanto que en el Fuero Común el Ministerio Pú--

blico no puede opinar sin autorización del procurador, -- cuando estima que el procesado no es el responsable, por que decirlo en el proceso equivale a decirle que estima que no debe continuar en el ejercicio de la acción penal, en el fuero federal la petición del Ministerio Público e en el sentido de que se conceda la libertad por desvanecimiento de datos no implica, como en el fuero común, -- desistimiento de la acción porque en el Código del fuero común cuando se desvanecen los datos del cuerpo del deli to no se obtiene una libertad semejante a la de por falta de méritos con las reservas de ley en la que puede -- volverse a restringir cuando se vuelvan a llenar los requisitos, sino que la libertad debe ser absoluta, dado que el Ministerio Público solo puede pedir la reaprehensión en el caso de que los datos que se hayan desvanecido sean los de la probable responsabilidad. En efecto relacionando los textos del artículo 551 con la fracción II del artículo 547, resulta que "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 procesado como presunto culpable, 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 aparecen nuevos datos que lo ameriten, así como nueva formal prisión del mismo", luego cuando los datos se hayan desvanecido no son los señalados para tener al -- detenido como culpable, sino los que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito, la libertad es absoluta -- por lo que en nuestro concepto tiene razón Franco Sodi al afirmar en sus comentarios al Código de Procedimientos Penales del Delito (pág. 200), () que cuando se desvanecen los datos del cuerpo del delito se procede al sobreseimiento del proceso. (ver artículo 426 del Código Federal de Procedimientos Penales y 551 del Código de Procedimientos del Fuero Común.)

4) Datos que desvanecen: Los datos que se desvanecen son los relativos al cuerpo del delito y a los de probable responsabilidad, ya q' precisamente, son esos los requisitos que hay que llenar para decretar la formal prisión. En consecuencia, el incidente sólo puede iniciarse con posterioridad al auto de formal prisión y hasta antes de que se cierre la instrucción, ya que se trata de un derecho del procesado y por lo mismo, si se llega a cerrar la instrucción ha pasado el momento para promover y eso quiere decir que no aparecieron datos que sirvan para que desvanecieran los que sirvieron para decretar la formal prisión y que ya puede el Ministerio Público formular conclusiones acusatorias, hecho esta que

habiéndose tenido lugar, transforma la situación jurídica del sujeto al procedimiento de "procesado" en "acusado", ya que formuló en su contra el Ministerio Público conclusiones acusatorias.

En consecuencia, se tiene derecho a iniciar el incidente solo hasta el momento en que cierra la instrucción y no con posterioridad al mismo en que se ha dejado de ser procesado para convertirse en acusado.

5) Técnica del incidente.- Comprende tres partes de la técnica del incidente de libertad por desvanecimiento de datos:

1.- Iniciación : Debe iniciarse ante el juez que conoce del proceso, por cuerda separada y haciendo valer cuáles son los elementos que se han desvanecido.

2.- Tramitación: Tramita el incidente el mismo juez que conoce del proceso, pero si se trata de una corte penal el Juez instructor solo está facultado para darle entrada al incidente y en cuanto a la resolución, como el supuesto previo de ella en la audiencia, no basta que el juez instructor oiga a las partes, sino que debe oír las también el juez de sentencia. (Esto cuando existían las Cortes Penales)

3.- Resolución: Quien resuelve, o sea quien se ocupa de la tercera parte de la técnica, tratándose del juez colegiado, es la corte penal, puesto que ésta es quien

tiene la jurisdicción plena y por eso a ella le toca resolver el incidente; tanto que, cuando se trata de desvanecimiento de datos el cuerpo del delito produce, como ya vimos, el efecto de dar por terminado el proceso; es decir, la sentencia admite que se han desvanecido los datos del cuerpo del delito equivale a una sentencia obsoletoria y ello explica el que quien deba resolver sea -- quien tiene la jurisdicción plena.

6) Interpretación de las Disposiciones legales del Código de Procedimientos Penales del Fuero Común para decretar procedente la libertad por desvanecimiento de datos.- Si se examina el artículo 547 nos encontramos con que en ambas fracciones, exige para que se den por desvanecidos los datos, que la prueba que los desvanezca sea "prueba plena indubitable". Expliquemos esos términos: entendemos que una prueba plena y valorada de acuerdo -- con las disposiciones legales, nos encontramos con que esas disposiciones les dan valor probatorio pleno si se encuentran satisfechos los requisitos que las mismas disposiciones establecen, es decir, la ley exige, por ejemplo; tratándose de prueba testimonial, para que tenga valor probatorio pleno, se necesita que los testigos sean dos o más y coincidan en sus declaraciones en el fondo y en los accidentes o solamente en el fondo (artículos 256 y 257) pero para que la prueba plena sea indubitable, es

necesario que quien juzga le dé ese valor, además de que se hayan llenado los requisitos para que tenga el valor pleno que la ley propia exige, el Código de P.P.

Ahora bien, si a juicio del juez hay duda al respecto o si con ella se prueba el hecho, quiere decir que para el, aun cuando reunan los requisitos que la ley determina para ser plena, es dudoso, su valor probatorio para el juez, y por lo mismo está facultado para rechazarla. - Esto, en mi concepto, equivale al establecimiento de la arbitrio judicial para valorar la prueba por sobre el valor probatorio que la ley le da respecto a que han desva- necido los datos que sirvieron para decretar la formal - prisi3n, es decir, estimo que al establecer la ley que - s3lo por prueba plena indubitable pueden desvanecerse - los datos que sirvieron para decretar la formal prisi3n - y tener que decidir el Juez cuando tiene que ser esa -- prueba plena indubitable, como lo indubitable corresponde calificarlo al juez, queda a su arbitrio rechazar la -- prueba, a3n cuando sea plena si para 3l no es indubita - ble. Trataremos de explicarnos con mayor claridad: a3n - cuando la ley le da valor probatorio pleno, si para el - juez no es indubitable que desvanece los datos, no puede con esa prueba decir que estan desvanecidos los que sir- vier3n para decretar la formal prisi3n y por otra parte - a3n cuando el juez estime que es indubitable la prueba -

sino tiene valor probatorio pleno de acuerdo con -
la ley o ésta no deja en libertad al juez para - -
atribuirle el valor probatorio que él estima debe-
tener la prueba; tampoco en este caso con esa prue
ta pondrán desvanecerse los datos que sirvierón --
para fundar esa situación de formal prisión.

a) El Incidente de Libertad por Desvanecimiento de Datos en el Código Castrence:

En el artículo 792 del Código Castrence dice: - Para substanciar el incidente a que se refiere el artículo anterior, hecha la petición por el intersado, el juez sitará a las pares a una audiencia - dentro del término de cinco días, y despues de oir las, sin más tramite, dictará la resolución que -- proceda dentro de los tres días siguientes. Vemos- que es lo mismo que estipula el Código de Procedi- mientos Penales pero nos damos cuenta de que, en - este Código no se exige que se deba de presentar-- el Ministerio Público como sucede en el Código de- Procedimientos Penales, Federal y Local, que si es- tipula que se debe de presentar forzosamente el - Ministerio Público.

b) Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto:

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 ordena la nueva aprehensión del propio acusado. (I)

Una vez decretada la libertad por desvanecimiento de datos, queda abierta la posibilidad de que si se llegan a presentar nuevas pruebas que acreditan la culpabilidad de la persona puesta en libertad, se puede ordenar la nueva orden de aprehensión; y será puesto a disposición de la justicia nuevamente.

Libertad por Desvanecimiento de Datos:

Por desvanecimiento de datos no debe atenderse que se recaben pruebas que favorezcan más o menos al inculcado, sino que aquellas que sirvierón para decretar la detención o prisión preventiva, están anuladas por otras posteriores y si estas no destruyen de modo directo, las que sirvierón de base para decretar la formal prisión, aún cuando favorezcan al inculcado, deben ser materia de estudio en la sentencia definitiva y no pueden servir para considerar desvanecidos los fundamentos de hecho de la prisión motivada. (II)

(I) Suprema Corte de Justicia, Jurisprudencia. Apéndice dice 1917, 1975, Primera Sala, páginas 368 y 369.

Si las pruebas que se presentarán para eliminar las que sirvieron para decretar la formal prisión, no son suficientes para decretar la inocencia del inculpado, éste no podrá salir en libertad, pero -- las pruebas serán tomadas en cuenta por el juez a la hora de dictar la sentencia.

(II) Suprema Corte de Justicia, jurisprudencia, -
apendice 1917, 1975. Primera Sala, páginas 392
y 393.

C O N C L U S I O N E S

1.- Que todos los procedimientos que tutelan la libertad sean elevadas a rango de Garantías Individuales o derecho público subjetivo con objeto de que el acusado disponga del juicio de amparo para hacer efectivos esos beneficios dado que se trata del segundo bien jurídicamente tutelado por el artículo 16 constitucional.

2.- Que en el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, no se le de vista al Minis Público dado que el ya se manifiesta conocedor de las pruebas habidas hasta la formal prisión que en las mayorías de las cosas son las que él como autoridad recató en la averiguación previa. La suspensión de la vista es una economía procesal que va en favor del acusado.

3.- El Ministerio Público podría combatir la resolución que dicte el Juez en el incidente de libertad por desvanecimiento de datos por medio del recurso de apelación, pero ya el acusado estará libre y no se conculcara su garantía individual.

4.- Elevada a la categoría de garantía individual la tramitación de la libertad por desvanecimiento de datos, el beneficio de la misma al-

disponer del juicio de amparo por su violación - se libera de los vicios procesales que implica - el tramite de la apelación ante los Tribunales - Superiores de Justicia.

5.- El Juez debe apreciar las pruebas ofrecidas en el desvanecimiento de datos en función de presunciones ya que así las valoró en la formalización, confirmando el principio de que donde hay la misma razón debe haber la misma disposición.

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

- Acero Julio: Derecho Procesal Penal.
- Fenthan Jeremias: Las leyes penales.
- Carnelutti Francisco: Cuestiones sobre el Proceso Penal.
- Franco Sodi: Procedimientos Penales.
- Frenech: Tratado de Derecho Procesal Penal.
- Garcia Maynes Dr. Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho.
- González Elanco Alberto: El Procedimiento Penal-Mexicano.
- González Eustamante Juan José: El Procedimiento-Penal Mexicano.
- González Eustamante Juan José: Principios de -- Derecho Procesal Penal Mexicano.
- González Eustamante Juan José: Principios de -- Derecho Procesal Penal: Editorial Fotas. Págs. - 32 y siguientes.
- Inhering: Espiritu del Derecho Romano.
- J. Guarneri: Las Partes en el Proceso Penal.
- Javier Piña y Palacios: Recursos e Incidentes en Materia Procesal Penal y la Legislación Mexicana.
- Rivera Silva: El Procedimiento Penal.
- Salvat Editores: Diccionario Enciclopedico.
- Sánchez Colín Guillermo: Derecho Mexicano de Pro

cedimiento Penal Aplicado.

Pérez Palma: Guía de Derecho Procesal Penal.

Piña y Palacios: Derecho Procesal Penal y Los --
Incidentes en Materia Penal.

Código de Procedimientos Penales de 1871.

Código de Procedimientos Penales de 1929.

Código de Procedimientos Penales de 1931.

Código Mexicano de Justicia Militar.- Libro Ter-
cero;- del Procedimiento.