

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA PROVIDENCIA
PRECAUTORIA
EN EL PROCESO PENAL

T E S I S

QUE PARA SU EXAMEN PROFESIONAL DE LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

RAMIRO SALAS GRANADO

MEXICO, D. F.

1955



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

A mis Padres:

Sr. Ramón Salas y Sra. Francisca G. de Salas,
quienes orientando mi vida con sus sabios consejos,
hicieron posible la terminación de mi carrera.

A mis hermanas y hermano.

A mi hijita Patricia que tanta alegría da a mi existencia.

A mi siempre dulce y amorosa esposa que con bondad y
sacrificio realizó el trabajo material de esta tesis.

A la "Casa Universitarios Chihuahuenses"

Segundo hogar en mi vida de estudiante.

Al Sindicato de Mineros Metalúrgicos y Similares de la República. Sección núm. 12 y a todos los trabajadores a el afiliados.

A mis compañeros y maestros, en especial a mi director Dr. Niceto Alcalá Zamora y Castillo, ejemplo de hombre que ha entregado su vida al saber y a orientar; conduciendo por el sendero firme del conocimiento del Derecho a todas las juventudes.

PRIMERA PARTE

- I.—DENOMINACION.**
- II.—CONCEPTO.**
- III.—FUNCION Y FINES.**
 - a) PROVISIONALIDAD.
 - b) INSTRUMENTALIDAD O SUBSIDIARIDAD.
 - c) PUBLICO.
- IV.—NATURALEZA O CARACTERES.**
- V.—DEFINICION.**

PRIMERA PARTE

I.—DENOMINACION

PROVIDENCIA.—En sentido lato y formal, es toda manifestación de voluntad de la autoridad judicial que tenga eficacia dispositiva en orden al contenido formal, o sustancial de la relación procesal en que se emite.

El anterior concepto de providencia, es siguiendo lo manifestado por Manzini (1). El término providencia nos parece más correcto para el tema que hemos elegido para desarrollar, ya que es la expresión genérica de la manifestación judicial, que puede llevarse acabo mediante sentencia, auto, decreto etc. y como las manifestaciones jurisdiccionales, tendientes a evitar que desaparezca una prueba o bien, que haya de garantizar la ejecución o la persona que deba sufrir la condena penal etc., pueden revestir la forma de alguna de las especies de providencia, ya sea decreto, o auto, es por lo que nos parece más correcto usar la expresión genérica, providencia.

Ahora bien, respecto a la denominación precautoria, aun cuando se usan indistintamente por los diversos autores y tratadistas, los adjetivos: cautelares, asegurativos o precautoria para determinar las providencias a que se ha hecho referencia, es correcto usar el adjetivo precautoria, pues en efecto, precautoria deviene de precaución que significa, reserva, cautela para evitar o prevenir los inconvenientes embarazos o daños

1.—Manzani. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Pág. 522.

que puedan temerse, etc., aparte de que nuestras leyes así como nuestros tratadistas al referirse a las medidas de seguridad, han dado por llamarlas providencias precautorias, por lo que, siendo más usual la denominación precautoria en nuestro medio jurídico, es por lo que hemos adoptado, la denominación de providencia precautoria, para determinar la tesis que se pretende sustentar.

II.—CONCEPTO

La providencia precautoria, "constituye un conjunto de actuaciones al que la más moderna doctrina propende a caracterizar como proceso" (2). Mas siguiendo el criterio sustentado, por el maestro Niceto Alcalá Zamora, no nos parece correcto hablar de un proceso precautorio, autónomo e independiente, tal y como lo pretende Carnelutti (3), aunque en materia civil, tal vez pudiera concebirse como proceso, aquellos casos en que el ejercicio de una acción está condicionado a la inspección de determinadas cosas, documentos, libros o papeles, pero por no haber servido al caso, o por no presentarse la demanda en el término legal, no son seguidas luego por el proceso principal, etc. Mas en estos casos, más bien debíamos decir procedimiento. Pero en el procedimiento penal, la providencia precautoria tiene una finalidad subordinada al proceso de conocimiento y de ejecución, ya que las figuras de las providencias precautorias son unas eficaces auxiliares que tienden a asegurar el logro de los fines de aquellas, pues por medio de las providencias precautorias se evita: que desaparezca una prueba de importancia a los fines del proceso, el bien o los bienes, que hayan de garantizar la ejecución por resarcimiento del daño, o la persona que deba sufrir la condena penal y civil del resarcimiento del daño cuando exista, o que la persona a quien debe aplicarse en concreto la ley; borre las huellas de su crimen, o las dejadas por su conducta contraria a derecho,

2.—Alcalá Zamora. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Pág. 271.

3.—Carnelutti. Sistema del Derecho Procesal Civil N° 72 B.

substrayéndose en esta forma a la acción de la justicia. Calamandrei a propósito determina: que doctrinalmente se ha intentado estudiar sistemáticamente a las providencias cautelares, caracterizándolas desde el punto de vista de la acción que se ejercita para obtenerlas, (acción asegurativa o cautelar) ya del proceso a través del cual se producen (proceso cautelar) o bien desde el punto de vista de ellas mismas como distintas a las demás providencias jurisdiccionales. El único criterio valedero en realidad, es el tercero, ya que los otros dos derivan de él (4). Y si Calamandrei no admite la caracterización desde el punto de vista del proceso a través del cual se producen y bajo la denominación de proceso cautelar, en su estudio de las providencias cautelares en el proceso civil, con mayor razón, no puede aceptarse la caracterización como proceso de las providencias precautorias en el proceso penal. Así pues, en el proceso penal, no se puede hablar de un proceso cautelar, que por cierto Carnelutti, pretende diferenciar de los procesos de conocimiento y ejecución en razón de sus finalidades, (5) cabiendo advertir, precisamente, que las finalidades de las providencias precautorias en el proceso penal, están supeditadas y al servicio de los procesos de conocimiento y ejecución, a quienes tanto auxilio prestan; de tal manera que sin las providencias precautorias, el proceso se haría imposible en su realización de ejecución.

La providencia precautoria evita esa tendencia natural del culpable en la comisión de un delito, de eludir el castigo que le corresponde por el hecho punible cometido, llevándolo, por una parte, a ocultar su propia persona y por otra a hacer desaparecer el cuerpo del delito y todos aquellos datos, que pudieran orientar a las autoridades jurisdiccionales en la averiguación de su delito y el paradero de su propia persona; lo que determina como se ha expresado anteriormente, la necesidad de realizar una serie de actos por parte del órgano jurisdiccional, tendientes a asegurar la presencia de la persona

4.—Piero Calamandrei. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares.

5.—Carnelutti. Obra Citada N° 72.

del imputado, quien tiene un gran valor como prueba, por lo que sin él, la cognición penal sufre gravísimas dificultades además de que es necesaria su presencia, para en el caso de que la sentencia sea condenatoria, pueda ejecutarse en su persona la pena establecida por ésta (6). Si de la parte en sentido material pasamos a las pruebas, podemos darnos cuenta de que el peligro de dispersión de estos elementos acarriaría dificultad y entorpecimientos al proceso, ya que las pruebas reales, están expuestas a la acción voraz del tiempo; es perfectamente conocido el valor que tiene para el juez, el poder ver las cosas tales como eran en el momento de realización del delito; mas desgraciadamente un conjunto de exigencias tienden a cambiarlas; ya sea llevándose las los propios agentes que conocen del delito, o dando sepultura inmediata al cadáver de la víctima, ordenando el lugar donde se ha desarrollado el hecho delictivo, limpiando además las manchas de sangre; contra estos actos afortunadamente, de ordinario la policía reacciona, imponiendo que todo permanezca sin modificación como estaba en el momento del delito; pues existen en particular huellas, cuya importancia es igual a su facilidad de desaparición (impresiones digitales) exigiendo un respeto de las cosas en extremo escrupuloso. Por otra parte, los testigos oculares por dedicarse a sus asuntos y no perder el tiempo, eluden auxiliar a la justicia, creando un peligro de dispersión; pues el testimonio determina casi siempre un mundo de molestias a quien lo presta, de manera que vemos que las personas que han sido testigos oculares de un hecho que reviste las características de delito, trate de sustraerse a la investigación; no es frecuente como se ha expresado, el caso de quien ofrece voluntariamente, sus servicios a la justicia. La doble exigencia, que así se ha delineado en cuanto al imputado y en cuanto a las pruebas, responde exactamente al concepto de providencias precautorias. Por otra parte, a veces será necesario recoger materiales y conservar sustancias, que luego y en el curso del proceso, puedan servir para realizar las pruebas deter-

6.—Fenech. Curso Elemental de Derecho Procesal Penal. Tomo II. Págs. 419 y sigs.

minantes de la responsabilidad penal; lo que dará lugar a otra actividad del órgano jurisdiccional, paralela a la providencia precautoria anterior y tan necesaria como aquella, para asegurar el fin del proceso penal; también habrá de procederse al aseguramiento de los bienes necesarios, para que llegado el momento pueda hacerse efectiva, la responsabilidad civil, contraída por el culpable de un hecho punible, o por otra persona llevando a cabo las correspondientes reparaciones, restituciones e indemnizaciones a las personas perjudicadas por la comisión en su perjuicio de un delito.

Esta última medida es de naturaleza civil, trasplantada al derecho procesal penal en garantía de intereses civiles.

En las providencias precautorias se deja, por completo al criterio del juez, establecer la oportunidad y naturaleza, siendo la finalidad como lo expresa Chiovenda, (7) evitar que la actuación de una posible voluntad de Ley, quede impedida o se haga difícil a su tiempo, por un hecho acaecido con anterioridad a su declaración, es decir, por el cambio en el estado de cosas actuales, o bien de prever aun durante un proceso, en caso de una posible voluntad de ley cuya actuación no admita retraso.

La ley pues, confiere poderes para esclarecer los hechos y para llevar a feliz término los fines del proceso, al órgano jurisdiccional, según las circunstancias, dejando a la prudencia de dicho órgano, la apreciación de los daños temidos por el derecho y los daños eventuales que se puedan ocasionar a los bienes más preciados por el hombre, (que son la libertad y la libre disposición de sus bienes patrimoniales) con la imposición de las providencias precautorias.

Si el proceso penal sirve de medio para la definición de las relaciones jurídicas que surgen de la comisión de un delito, y que preferentemente, lo que se trata de determinar es la verdad histórica, (8) se llega a la comprensión de la necesidad que existe de que el juez disfrute de poderes para el

7.—Chiovenda. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Pág. 306.

8.—González Bustamante. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Pág. 195.

exacto cumplimiento de la función jurisdiccional que tiene encomendada; el juez, puede ordenar en los procesos que se encuentran sujetos a su jurisdicción, todos los trámites y providencias precautorias necesarias para la pronta y eficaz administración de justicia, siempre que la ley no lo prohíba o prevenga expresamente. El juez aclara; el juez se empeña; y procura por cumplir debidamente, con la misión que le ha conferido la sociedad al decidir en concreto, un caso penal.

Las providencias precautorias tienen pues. una gran relevancia en el proceso penal, de tal manera, que fácilmente puede deteminarse que estas, son las que dan vida a dicho proceso siendo el medio más eficaz de auxilio para la realización de los fines del proceso y la única forma de la conservación de los altos valores de justicia y de verdad.

Sin las providencias precautorias le sería sumamente difícil al juez, desempeñar su función, pues sin ellas no sería posible aplicar el derecho a aquellas personas que han cometido un delito y en tal forma han ocasionado una alteración en el orden social. Llegamos a concluir, que entre las resoluciones más importantes del juez en el curso del proceso y antes de la decisión final (sentencia), son las providencias precautorias; vida y medio de realización de los fines procesales.

III.—FUNCION Y FINES DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

La sociedad tiene el derecho inalienable, de perseguir a todos aquellos responsables en la comisión de un delito y de adoptar todas las medidas que juzgue convenientes para su propia conservación; el interés de la sociedad de perseguir al delincuente y de acuerdo con las normas procesales, hacen que la providencia precautoria de aseguramiento de la persona en quien recaen fundadas sospechas de que ha cometido un delito, tenga lugar por lo general, desde que el procedimiento se inicia, siendo una medida de necesidad extrema para conseguir la marcha regular del proceso. Esta providencia precauto-

ria de aseguramiento de las personas responsables, se justifica tratándose de delitos de suma gravedad, ante la evidencia de que toda persona que tiene conocimiento que se le sigue una averiguación criminal en su contra, propenda a ocultarse o a huir para que no se le detenga. Con el fin de evitar las demoras y posibles contingencias en el curso del proceso, debe asegurársele preventivamente para hacer la realización de los fines procesales, teniendo dicho aseguramiento el objeto de impedir, que se fuge o se oculte y paralice la marcha del procedimiento; pues en la investigación de los delitos, existe un marcado interés social de que los hechos queden perfectamente esclarecidos, y las limitaciones impuestas por el Estado a la libertad de las personas o libertad de disposición sobre una parte de su patrimonio, son medidas necesarias que adopta el poder público, en beneficio de la colectividad y con el fin de asegurar la marcha normal del procedimiento, inspirándose en el interés de que se llegue al conocimiento de la verdad, por medio de la investigación del delito y de las pruebas que se obtengan, que han de servir al juez, para el esclarecimiento de los hechos y para decidir las relaciones jurídicas, planteadas en el proceso. Esto no sería posible, si el inculpado, se substrayese a la acción de la justicia y ocultase los objetos e instrumentos que le han servido para perpetrar el delito. (9) Al efecto, J. Ramiro Podetti, (10) determina que las medidas provisionales, se autorizan cuando se tema una modificación del objeto del litigio que pueda frustrar o dificultar notablemente, la efectividad del derecho de una parte, y también para regular provisionalmente un estado jurídico, a fin de evitar perjuicios de consideración, o actos de fuerza que amenacen, o por otros motivos.

Expuesto lo anterior, y siguiendo los lineamientos de Callamandrei, en su obra, *Estudio Sistemático de las Providen-*

9.—González Bustamante. Principios de Derecho Procesal Penal. Pág. 172 y sigs., 270 y sigs.

10.—J. Ramiro Podetti. Las Medidas Precautorias en la Doctrina de Goldschmidt, *Revista de Derecho Procesal*, año IX, N° III. Pág. 192.

cias Cautelares, se comprende el interés específico, que justifica, la imposición de cualquiera de las providencias precautorias; interés social que surge de la existencia de un peligro de daño jurídico, y de alteración del orden social, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva, (*periculum in mora*) (11) pues la providencia definitiva es imposible que pueda dictarse inmediatamente, ya que lesionaría las instituciones jurídicas y la razón de existencia de un proceso; la tutela ordinaria de la sociedad se manifiesta como demasiado lenta, de tal manera que, para obviar oportunamente el peligro de daño, que amenaza al derecho que tiene la sociedad de que se conserve inalterable el orden jurídico y en espera de que se madure a través de largo proceso que termina con la providencia definitiva, se debe proveer con carácter de urgencia a impedir con providencias precautorias, que el daño temido se produzca o se agrave durante aquella espera, es decir la substracción del delinciente a la acción de la justicia y por ende a la sanción garantizadora de él mismo y de la sociedad.

El **Periculum in Mora** es pues, el peligro del ulterior daño marginal, que pueda derivar del retardo de la providencia definitiva, siendo la mora de esta considerada en sí misma, como posible causa de ulterior daño, lo que se trata de hacer preventivamente inocua, con una medida cautelar que anticipe provisionalmente los efectos de la providencia definitiva.

Sentado lo anterior, la función de las providencias precautorias, nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, asegurando en tal forma al delinciente, y la falta de actitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva. Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias opuestas de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde; las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la

11.—Calamandrei. Obra citada. N° 7 Pág. 40.

justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde. (12) Las providencias precautorias permiten que el proceso ordinario se desarrolle con calma, en cuanto aseguran preventivamente al delincuente y las pruebas, y por ende, los medios idóneos para hacer posible la actuación de la ley, por medio de la providencia definitiva.

Las providencias precautorias pues, responden a las necesidades efectiva y actual de remover el temor de un daño jurídico, la ocultación de la verdad, y la inaplicabilidad de la ley sustantiva. Peligros que se reducen en última instancia, a uno solo: que el imputado al encontrarse en libertad, consiga burlar la ley, sea por ocultar la verdad, sea por eludir, mediante la fuga, el juicio definitivo y, consecuentemente la sanción penal y civil correspondiente. Las providencias precautorias en general procuran:

10.—Evitar que el imputado libre obstaculice el esclarecimiento de la verdad, ya sea por destruir los rastros del delito u ocultar el producto del mismo, ya sea por ponerse de acuerdo con sus cómplices, intimidar, sobornar o de cualquier manera influir sobre los testigos que deban deponer en la causa.

20.—Asegurar la presencia del mismo, durante la tramitación del proceso, a efecto de impedir que logre con su rebelión la paralización de aquella, o eluda simplemente el cumplimiento de la pena que se pueda imponer.

30.—Evitar que bajo el influjo de la pasión, al encontrarse en libertad, cometa otros hechos delictivos, ya para vengar agravios, etc.

40.—Asegurar parte de los bienes patrimoniales y objetos, para que en su debida oportunidad se pueda hacer posible, el cumplimiento de la sentencia, que lo condene a la reparación del daño.

50.—Y por último asegurar todos los objetos, que puedan servir a los fines procesales como pruebas, así como conservar substancias a los propios fines.

12.—Calamandrei. Obra citada. N° 8. Pág. 43.

De acuerdo con el planteamiento hecho, podemos ya tratar de determinar los fines de las providencias precautorias y que son: asegurar la consecución de los fines esenciales del proceso. Facilitar el descubrimiento de la verdad y garantizar la exacta aplicación de la ley, en otras palabras, los fines son: hacer posible la realización de la esencia misma de la actividad jurisdiccional, que reside en aplicar el derecho en los casos concretos (13)

Siguiendo a Calamandrei, (14) diremos que las providencias precautorias tienen como finalidad, más que actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva, que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela precautoria es, en relación al derecho substancial, una tutela mediata, más que hacer justicia, contribuye al eficaz funcionamiento de la justicia, es decir, la providencia precautoria, es en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento. (13)

IV.—NATURALEZA O CARACTERES

Una de las principales características, de las providencias precautorias, es su provisionalidad, es decir, que está destinada hasta en tanto sobrevenga un evento sucesivo, (providencia definitiva) en vista y en espera del cual, el estado de provisionalidad subsiste. La provisionalidad de las providencias precautorias, es un aspecto y una consecuencia, de una relación que tiene lugar entre los efectos de una providencia precautoria como antecedente, y las de una providencia subsiguiente, que llamaremos, providencia definitiva, la cual, al dictarse, señalará la cesación de los efectos de la primera. La cualidad de provisional dada a la providencia precautoria, significa en sustancia, que los efectos jurídicos de la misma, están destinados a durar mientras permanezcan sin variar ciertas circunstancias de hecho propias de la relación sustancial, y a valer

13.—Rivera Silva. El Procesamiento Penal. Pág. 40.

14.—Calamandrei. Obra citada. Pág. 44.

solamente, por un cierto tiempo, preestablecido por la ley.

El hecho de que la providencia precautoria sea provisional, no quiere decir que signifique temporalidad, ya que hay marcada diferencia entre los dos conceptos: temporal es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo, duración limitada. Provisional es un cambio lo que está destinado, hasta en tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual, el estado de **provisionalidad** subsiste durante el tiempo intermedio. Se puede aceptar bajo este aspecto, que provisional equivale a **interino**; ya que las dos expresiones indican lo que está destinado a durar solamente, el tiempo intermedio que precede al evento esperado.

Ahora bien, dado que el carácter de provisionalidad lo hemos ligado a una cierta relación cronológica de las dos providencias: precautoria y definitiva, debemos establecer en principio que las providencias precautorias no aspiran en sus efectos a transformarse en efectos definitivos, ya que por su propia naturaleza, la relación que constituye está destinada a agotarse, pues su finalidad habrá quedado lograda, en el momento en que se produzca la providencia definitiva.

Por otra parte, la providencia precautoria, mientras no sobrevenga la providencia sobre la relación sustancial cuyos efectos anticipa, es estable e inmutable como declaración de la certeza de las condiciones de la medida precautoria, al igual que toda otra providencia en este sentido definitiva. Y si los efectos de la medida precautoria, están destinados a desaparecer con la emanación de la providencia sucesiva, esto no deriva como podría pensarse de inestabilidad o inmutabilidad de la declaración, sino de la especial función instrumental de la relación constituida por la medida precautoria, que en sí, como declaración de la certeza de las condiciones necesarias para la constitución de tal relación, es estable al igual que cualquier otra declaración de certeza, llamada providencia definitiva.

b) INSTRUMENTALIDAD O SUBSIDIARIDAD

Hemos apuntado al hablar de provisionalidad, otro carácter de las providencias precautorias, que es el de instrumentalidad o subsidiaridad, carácter tan o más importante que el anterior.

Las providencias precautorias nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, a quien asegura la eficacia de la ejecución penal o civil, en el caso de que resulte condenado el responsable en la comisión de un delito. Las providencias precautorias son eficaces auxiliares de los fines procesales y están al servicio de la providencia definitiva con su siempre alerta y eficaz oficio, de preparar el terreno y de aprontar las medidas más aptas para su éxito.

La relación de instrumentalidad o subsidiaridad que liga inevitablemente toda providencia precautoria, a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta, nace precisamente en previsión e incluso en espera, de una providencia definitiva posterior, en defecto de la cual no solo no aspira a convertirse en definitiva sino que está absolutamente destinada a desaparecer por falta de objeto, ya que su finalidad quedará agotada en el momento en que se produzca la providencia definitiva, quedándole, no obstante, el mérito de haber sido el factor principal que contribuyó al éxito de la providencia definitiva.

Siempre que la eficacia práctica de una providencia jurisdiccional, obtenible solamente través de un largo proceso, corra el riesgo de ser atenuada o anulada por el retardo (*periculum in mora*), la providencia precautoria anticipando provisionalmente los efectos de la providencia definitiva que, si quedaran diferidos hasta el final del proceso ordinario llegarían demasiado tarde para resultar prácticamente eficaces, trata de hacer que la providencia principal pueda a su tiempo operar *re adhuc integra*, sobre el mismo estado de hecho sobre el que operaría si pudiera ser emanada inmediatamente; y con esto trata de asegurar anticipadamente el rendimiento de esta ulterior providencia al éxito de la cual está preordenada la me-

dida precautoria. En esto estriba la instrumentalidad de las providencias precautorias, en cuanto como lo hemos anotado no son fin por si mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de otra providencia cuyos efectos anticipa en todo o en parte; además se dice que tal instrumentalidad es hipotética, en cuanto para anticipar provisionalmente los efectos de la futura providencia definitiva, es necesario que la providencia precautoria se base sobre un cálculo preventivo de probabilidades en torno a lo que podrá ser, el contenido de la futura providencia definitiva. Ahora que al efectuarse la providencia principal, los efectos provisionales de aquella desaparecen totalmente, pues aun en el caso, de que la decisión reproduzca sustancialmente y haga suya las disposiciones de la providencia precautoria, funciona siempre como decisión ex-novo de la relación controvertida y no como convalidación de la providencia precautoria.

En efecto, sabemos que al resolverse la situación jurídica de un imputado por medio del auto de formal prisión, en el supuesto caso de que los datos que obren en la causa demuestren presuntivamente su participación en la comisión del acto antisocial y por ende su responsabilidad presunta, es un auto que no solamente se dicta para servir de guía y de base al proceso, sino que también da lugar a una providencia precautoria que asegura al inculpado, (prisión preventiva y sujeción a proceso que presuponen el procesamiento) a los fines del proceso; pero en una ulterior providencia ya sea de sobreseimiento o en la sentencia que es, en donde se calificará la idoneidad de las pruebas, las circunstancias y modalidades que el hecho material entrañó y se determinará si el inculpado es efectivamente responsable en la comisión del delito que se le imputa. Al dictarse sobreseimiento los efectos de la providencia precautoria cesaran. Y si se dicta sentencia condenatoria también la función de la providencia habrá quedado agotada, y cuando en dicha resolución se haya tomado como base el auto de formal prisión, aquella funcionará como decisión ex-novo; pero no obstante, le quedará indefectiblemente el mérito de haber contribuido, no solamente a que el proceso haya tenido

vida, sino al esclarecimiento de la verdad y la justicia y además, haber asegurado la eficacia práctica de la ejecución de la sentencia. Ahora bien, en el caso de que la sentencia fuese absolutoria, desde luego la función de la providencia precautoria también quedará agotada, teniendo al igual que el primer caso, el mérito de haber contribuido al esclarecimiento de la verdad y a hacer posible la realización de la justicia.

c) CARACTER PUBLICO

El procedimiento penal, contemplado en su estructura externa, está constituido por un conjunto de actuaciones sucesivamente interrumpidas y reguladas por las normas de derecho procesal penal, que se inicia desde que la autoridad tiene conocimiento de que se ha cometido un delito y procede a investigarlo y termina con el fallo que pronuncia el tribunal. Comprende una sucesión de actos vinculados entre sí, que tienden hacia el esclarecimiento de los hechos. En su desarrollo, vemos una acentuada actividad procesal en que unos actos son antecedentes de otros. Las normas del procedimiento penal deben estar acordes con los principios sustentados por el derecho constitucional de un pueblo. La constitución política es una de las principales fuentes del procedimiento, debiendo existir una completa armonía, con las disposiciones contenidas en las leyes procesales. Si no existiese esta identidad, las leyes procesales resultarían violatorias de los preceptos de la constitución que son de estricto cumplimiento. Expuesto en tal forma; las leyes procesales son de observancia general porque afectan al derecho público y tanto los particulares como los tribunales, están obligados a observarlas, porque están revestidas por la autoridad y el imperio, en uso de la soberanía que tiene el pueblo para dictar sus propios mandatos. La ley fundamental de la república en su capítulo I título I, relativo a las garantías individuales, describe las normas a que deben sujetarse las leyes del procedimiento penal, trazando los lineamientos. Cuando dicta mandatos o prohibiciones, se entiende que son de

rígido cumplimiento para los órganos del Estado que intervienen en el proceso. La constitución federal de la república contiene pues, disposiciones que constituyen las normas que rigen y disciplinan el proceso penal, determinando: que nadie puede ser juzgado, por leyes privativas ni por tribunales especiales; que ningún particular puede caer bajo la jurisdicción de los tribunales militares ni aún a título de que hubiese violado una disposición, comprendida en la legislación penal castrense; la prohibición absoluta, de que la ley sea aplicada de manera retroactiva en perjuicio de persona alguna; (15) que a nadie puede privarse de la vida, de su libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio normal y regular y seguido ante los tribunales previamente establecidos, con sujeción a las normas del procedimiento y de acuerdo con las leyes expedidas con anterioridad al hecho; que no puede imponerse pena alguna, por simple analogía o por mayoría de razón, si no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata; (16) que a nadie puede molestarle en su persona, familia, domicilio, papeles o posiciones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente en que se funde y motive la causa del procedimiento, que nadie puede ser detenido, si el mandamiento de detención no procede de autoridad judicial y es escrito y fundado, a menos de que se trate de un delito infraganti; que ningún domicilio puede ser cateado, sino previo mandamiento que solo la autoridad judicial puede expedir y que debe ser preciso y motivado; (17) que sólo corresponde a la autoridad judicial de una manera exclusiva la imposición de las penas etc. (18) De lo expuesto se desprende la íntima relación que tiene el derecho público, con el derecho procesal penal, siendo precisamente los preceptos constitucionales los que disciplinan la conducta de los órganos jurisdiccionales a quienes compete dictar las providencias precautorias; por lo que estas tie-

15.—Art. 13 Constitucional.

16.—Art. 14 Constitucional.

17.—Art. 16 Constitucional.

18.—Art. 21 Constitucional.

nen una estrecha conexión con las normas constitucionales y por ende son de naturaleza pública, amén de que su finalidad es asegurar la consecución feliz de un proceso.

V.—DEFINICION

La importancia de la sujeción de las providencias precautorias a las normas constitucionales, nos hace antes de pretender una definición, ampliar un poco el concepto de providencias precautorias para referirlo genéricamente en relación a las garantías individuales que afianzan la justicia y aseguran la libertad. Justicia y libertad son dos palabras que inspiran y condicionan la función represiva de nuestro estado que, nos preciamos es democrático y por ende auténtico estado de derecho, donde se disciplina y limitan los poderes de sus órganos y donde la represión es legítima solo en cuanto se realiza dentro del estricto marco sustancial y formal del derecho punitivo. Y si consideramos el dogma procesal desde un punto de vista objetivo, el proceso aparecerá como una sucesión regular y armónica de actos concatenados por obra del derecho que le da vida práctica. Y la garantía de justicia residirá en que ese conjunto de actividades se interponga necesariamente entre el delito y la pena. Por lo que debemos establecer primeramente que el derecho del estado para perseguir al responsable, es correlativo con el derecho que tiene el imputado para defenderse y para ser juzgado con arreglo a las normas procesales; estamos en presencia de dos intereses opuestos: el interés del estado que persigue una finalidad esencialmente práctica que es, la defensa de la sociedad contra la delincuencia; defensa que se traduce en la aplicación de la ley penal, y el interés del inculpado, para que su culpabilidad se valore y determine con sujeción a las normas legales y por medio del proceso penal. El origen del proceso surge de la relación jurídica creada entre el estado, titular del "ius punendi" y el individuo a quien se imputa el delito. El estado no puede ejercitar el deber que tiene señalado mas que por la vía procesal

y ante los tribunales previamente establecidos. El proceso le sirve de medio para la total definición de las relaciones jurídicas nacidas del delito.

Ahora bien, así como la ley penal consagra, circunscribe y limita la potestad represiva del estado, definiendo negativamente la libertad individual, la ley procesal penal al definir los actos que integran el proceso, y las formas que deben cumplirse, circunscribe igualmente la actividad represiva, al establecer los medios formales idoneos para que dicha potestad pueda ejercitarse; medios que están legitimamente al alcance de la autoridad jurisdiccional (Magistrados judiciales), quienes solamente en tal virtud pueden actuar, siguiendo siempre los lineamientos que les marca la constitución para no lesionar las garantías individuales protectoras de la libertad; siendo su actuación ilícita, en cuanto ultrapacen esas autorizaciones legales. Con esto dejamos anotado ante todo un principio de justicia; mas debemos referirnos a la libertad, que es precisamente la que se limita con la imposición de las providencias precautorias. En un estado democrático, donde la libertad individual está en la base del orden jurídico, será completamente necesario, encontrar un sistema jurídico formal apto para administrar justicia, mediante la tutela simultánea del interés social por la represión y la libertad individual. Se ha llegado a establecer que si el delito vulnera los bienes más sagrados de la colectividad que son la conservación del orden social y los valores humanos, las limitaciones a la libertad por medio de las providencias precautorias, es un sacrificio que debe imponerse al individuo en holocausto de aquella. Mas es necesario un equilibrio que asegure la satisfacción del interés represivo, con el más leve menoscabo de la libertad personal.

Este sustancial antagonismo, base de fundada incertidumbre, exige suma prudencia y científico equilibrio, para hallarle solución equitativa sin daño del individuo, ni peligro para la sociedad, y que consideramos sólo puede conseguirse cuando las autoridades se ajustan a la normas que consagra la constitución en su capítulo relativo a las garantías individuales. Ahora

bien como observa Peña Guzmán, (19) la prisión del procesado sólo puede basarse en una sospecha por vehemente que sea y si bien es cierto que sólo es provisional mientras se resuelve en sentencia definitiva su culpabilidad, a aquel a quien se le asegura preventivamente, le ocasiona múltiples daños, no solamente a él, sino también a su familia; por lo cual el estado para recurrir a la detención provisional, debe hacerlo, siempre y cuando se encuentre en dicha necesidad. Carrara (20) también, determina que la prisión preventiva deprime y abate el sentimiento de la dignidad personal de quien es herido por una mancha inmerecida después de haber llevado una vida honesta e inocente; por lo que, también concluye que la prisión provisional debe ser reducida a los límites de la estricta necesidad. Ahora bien, si todo acto de coerción personal, se justifica como medio indispensable para el esclarecimiento de la verdad y para garantizar la actuación de la ley; entonces, debemos pensar de acuerdo con los tratadistas antes citados, que las limitaciones a la libertad, como providencia precautoria, sólo puede ser autorizada y ordenada en la medida, de la más estricta necesidad. Y aun cuando es muy difícil establecer a priori en qué casos existe esa necesidad; y cuando es necesario privar de libertad a una persona para asegurar el descubrimiento de la verdad y la efectiva aplicación de la ley; pensamos que dentro de la órbita que la ley concede, el poder jurídico de ordenar la medida provisional debe ser ejercido, siempre que el juez verifique, en concreto, la necesidad efectiva y actual, de evitar el daño jurídico que implicaría la ocultación de la verdad (por maniobras probables del imputado libre) o la inaplicabilidad de la ley penal por fuga que implique eludir la pena.

Para verificar la posibilidad concreta de ese daño, (*periculum in mora*) y por ende la necesidad del acto coercitivo, el juez debe auscultar la naturaleza y gravedad del delito que se investiga, las condiciones sociales, económicas, morales y los antecedentes del presunto afectado con una imposición precau-

19.—Peña Guzmán. La Libertad Provisoria. Págs. 8 y sigs.

20.—Carrara. Programa. Tomo II. Pág 285.

toría. Cuando esa valuación no precede a la medida coercitiva, sino que se ordena ciega y automáticamente, el magistrado judicial contraría el diáfano espíritu de nuestra constitución, revelando una grave falta de sensibilidad ante el dolor humano y un desprecio por la libertad personal que se encuentra en la base de nuestras instituciones democráticas. Los caracteres o naturaleza, fundamentos y fines de las providencias precautorias, deben suministrar al juez los criterios concretos, capaces de amoldarse a las exigencias constitucionales. Las decisiones judiciales siempre deberán elevarse sobre el concepto de que el procesado no puede ser declarado culpable sino hasta en sentencia definitiva; pues será precisamente en dicha resolución, cuando se valorizará en toda su plenitud la prueba aportada al proceso.

El abuso de las providencias precautorias sin sujeción a las normas constitucionales y a principios humanos (principalmente el abuso de encarcelamiento preventivo), dió ocasión a fines del siglo XVIII a las mayores protestas y censuras más ásperas de generosos apóstoles de la renovación jurídica, (César Beccaria y John Howard) tanto por el tiempo como por la forma en que se llegó a ejecutar. La prédica nació bajo el amparo de la razón y de un sentimiento humanitario, ante el dolor humano y la experiencia de que muchas veces resultaba herido el honor de un inocente. Mas debemos hacer presente que el defecto consistió en superar el límite de la necesidad, que como hemos dicho debe verificarse concretamente para tutelar el orden jurídico; prolongando la prisión provisional del reo y sometiéndole a tortura física y moral. Confundiendo aquella medida que sólo puede ser precautoria, con una pena que se comenzaba a ejecutar antes de la sentencia condenatoria, desconociendo el principio hoy en vigor de que solamente en sentencia firme se puede considerar culpable al reo.

En la actualidad, es bastante, que se haya librado al hombre, del arbitrario poder de disposición feudal del señor de horca y cuchillo, y afirmando un sistema de garantías individuales, frenar el poder del estado para coartar aunque sea

21.—Jiménez de Asua. La Ley y el Delito. Pág. 37 a 41. César Beccaria en su libro del Delito y de la Pena. John Howard en su libro "State of Prisons".

limitativamente la libertad, que podrá hacerse bajo la medida que lo exija la necesidad de que el orden jurídico sea tutelado.

Todo lo expuesto, da una clara idea de que la ley haya intentado amenguar el sacrificio de la libertad individual, acercando la realidad objetiva o subjetiva a las previsiones genéricas que dicta, creando una serie de medidas que permitan ajustar la coerción a las necesidades de los diversos momentos de la investigación, ya que entre el grado cognoscitivo que ésta suministra y el acto de coerción, media cierta correlación lógica, en cuanto el segundo reposa en un determinado conocimiento de los elementos fácticos incorporados al proceso.

Es así como se observan: la citación del imputado, levisísima limitación de la libertad, en cuanto le obliga a comparecer ante un tribunal en día y hora prefijado; la detención, sacrificio más grave aunque también de duración breve, que ataca ya directamente al imputado, o al sospechoso; la prisión provisional la más intensa medida que lo acompaña durante todo el curso del proceso; y el secuestro de parte de su patrimonio o en bienes de tercero para garantizar la responsabilidad civil, además del secuestro de los objetos que como prueba sirvan a los fines procesales etc.

Las diferencias de oportunidad, de condiciones, de grado y de forma que entre estas providencias precautorias existe, reposan (como se verá al hablar en particular de cada una de ellas) en las distintas situaciones que pueden presentarse desde el primer momento de la investigación, pero todas ellas no ocultan los motivos de orden general que las justifican. Debemos concluir pensando que las limitaciones a la libertad individual y de disposición de bienes, deben justificarse por la necesidad de una defensa del orden jurídico, es decir, por una exigencia del propio ordenamiento jurídico, siempre y cuando necesite asegurar su imperio. Las providencias precautorias pues, responderán a la necesidad, efectiva, y actual, de remover el temor de un daño jurídico (*periculum in mora*); la ocultación de la verdad y la inaplicabilidad de la ley sustantiva, ya que siendo el proceso un medio esencial para aplicar la

ley penal, éste exige indispensablemente medios de coerción capaces de asegurar su vigencia.

Después de lo expuesto anteriormente, consideramos estar en posibilidades de pretender hacer una definición de las providencias precautorias, pero debemos partir del principio como dice Jiménez de Asúa, de que toda definición es un silogismo que, si bien plantea correctamente los problemas, los resuelve luego tautológicamente. (22)

Fenech, define las providencias precautorias diciendo que: "Son actos coercitivos cautelares los que consisten en una imposición del juez o tribunal que se traduce en una limitación de la libertad individual de una persona o de su libertad de disposición sobre una parte de su patrimonio, y que tienen por fin asegurar la prueba o las responsabilidades inherentes al hecho punible, haciendo posible la consecución del proceso penal". (23).

Aun cuando esta definición es bastante explicativa y da una idea muy clara de las providencias precautorias, preferimos desde luego siguiendo la definición anterior, tratar de ensayar otra que abarque todo lo que hasta aquí hemos tratado sobre estas, las definiremos en esta forma: **Las providencias precautorias, son manifestaciones de voluntad, que en previsión de un daño jurídico (periculum in mora), emanan de la autoridad judicial, ejerciendo coerción limitativa tanto en la libertad personal o de disposición de bienes como en las cosas; cuyo caracter es instrumental, provisorio y público, teniendo como finalidad inmediata asegurar la consecución de un proceso y la eficacia práctica de la providencia definitiva.**

22.—Jiménez de Asua. Obra citada. Pág. 20.

23.—Fenech. Obra citada. Pág. 421.

SEGUNDA PARTE

I.—CLASIFICACION.

II.—MEDIDAS DE COERCION ASEGURATIVAS REALES:

- a) SECUESTRO JUDICIAL.
- b) CATEO.
- c) CONSERVACION DE LA PRUEBA.
- d) ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA.
(PRACTICA ANTICIPADA)
- e) DETENCION, APERTURA Y EXAMEN DE LA
CORRESPONDENCIA.

SEGUNDA PARTE

I.—CLASIFICACION

Casi todos los tratadistas en derecho, han coincidido en caracterizar a las providencias precautorias como medidas de coerción, nosotros también las caracterizaremos en ese sentido, ya que en la definición que pretendimos hacer de las mismas, dijimos que ejercían coerción, tanto en las personas como en las cosas.

Fenech, que caracteriza a estas como actos coercitivos, nos dice que estas se dividen en dos grandes grupos; según que tiendan a limitar la libertad individual, o a limitar la libertad de disposición de un patrimonio; a los primeros les llama actos cautelares personales y a los segundos actos cautelares reales.

Los actos cautelares personales que tienden a limitar la libertad individual, los divide en la siguiente forma: la citación cautelar, la detención, la prisión provisional, y la libertad provisional.

Respecto a los actos cautelares reales determina que pretenden dos finalidades, según tiendan a asegurar los medios de prueba, o a asegurar las responsabilidades civiles consecuencia del hecho punible.

Los que tienden a asegurar la prueba dice son: la entrada y registro en lugar cerrado y la detención, apertura y examen de la correspondencia privada.

Y los que tienden a asegurar la responsabilidades civiles y por ende asegurativas del resarcimiento del daño y las costas expresa son: la fianza y el embargo. (1)

Beling, que denomina a la providencias precautorias bajo la rúbrica de medidas especiales de aseguramiento procesal, nos dice: que el proceso puede padecer: 1o. por no estar presente el inculpado; 2o. por fracazar o perturbar la prueba; 3o. por impedir la ejecución de las resoluciones.

Que para evitar esos peligros, la ley adopta un número de medidas que consisten, según su apariencia exterior: 1o. en influencia material sobre el inculpado. 2o. en influencia material sobre las cosas, y 3o. en influencia psíquica sobre las personas.

Su punto de vista clasificatorio, es según la finalidad y según la clase de actividad, de tal forma, que resultan los siguientes tipos de medidas especiales asegurativas del proceso: 1o. Prisión y detención. Privación de libertad, en parte para asegurar su presencia y en parte, para asegurar la prueba. 2o. Confiscación del patrimonio. Intervención de las cosas, en parte para conseguir la presentación del inculpado, en parte, para asegurar la ejecución. 3o. Embargo individual. Intervención de las cosas, en parte, para asegurar la prueba, en parte, para asegurar la ejecución de una confiscación. 4o. Obligación de exhibición. Prisión psíquica en parte para asegurar la prueba, en parte para asegurar la ejecución de una confiscación. 5o. Pesquisa. Actividad inquisitiva respecto a las cosas (incluso lugares) y personas, en parte para asegurar la presencia del inculpado, en parte la de la prueba o la ejecución de una confiscación. (2)

Siguiendo en parte los anteriores criterios de clasificación, así como el de Calamandrei y aju: ándonos a lo que dispone nuestra legislación vigente, consideramos poder llegar a pretender clasificar las providencias precautorias que como medidas de coerción, limitan la libertad individual o de disposición de bienes, o aseguran los objetos como instrumentos de delito,

1.—Fenech. Obra citada. Págs. 420 y 421.

2.—Beling. Derecho Procesal Penal. Págs. 378 y sigs.

o los conexos a éste, que puedan servir como prueba y por ende de orientación al juzgador para obtener el esclarecimiento de la verdad.

Sentado lo anterior nuestra postura ha de ser la siguiente: Las providencias precautorias como resoluciones del poder judicial, al realizarse en su ejecución, ejercen coerción en las personas o en las cosas, coerción que consiste en asegurar a las personas y a las cosas.

A las primeras o sea las que ejercen coerción asegurativa en las personas, las llamaremos medidas de coerción asegurativa personales, y a las segundas o sea aquellas que ejercen coerción material sobre las cosas, las llamaremos medidas de coerción asegurativas reales.

Las medidas de coerción asegurativas personales son: La citación, la detención, la prisión provisional, la sujeción a proceso y la libertad caucional. Todas formas limitativas de la libertad personal, cuyo objeto es en parte para asegurar la presencia del inculpado durante la tramitación del proceso, y para que éste mismo tenga realidad jurídica, pues de acuerdo con nuestros ordenamientos legales, para que pueda iniciarse un proceso en contra de persona determinada, se necesita su presencia; y en caso contrario, se habrá iniciado un procedimiento pero no un proceso. Efectivamente, aun cuando en contra de una persona exista orden de detención; mientras esta no se realice, no puede continuarse el procedimiento; y si después de un tiempo, dicha persona se encuentra sustraída a la acción de la justicia, lo único que se hace es decretar la suspensión de (1) procedimiento, el cual se reanudará en cuanto se logre la aprehensión del delincuente. Esto es desde luego, de acuerdo con lo que dispone nuestro ordenamiento positivo, pero en otros países, como por ejemplo; en Alemania, aún cuando el delincuente no se presente o sea presentado ante el órgano jurisdiccional, el procedimiento se sigue en su ausencia. (3)

3.—Infra. Págs. 81 y sigs.

También tienen por objeto en parte para asegurar la prueba; al determinar ésto nos referimos también a la importancia de la presencia del inculpado ante el órgano jurisdiccional, en virtud del gran valor que tiene como órgano de prueba. En efecto, el inculpado al rendir su declaración preparatoria ante el órgano jurisdiccional, puede proporcionar independientemente de lo que alegue en su defensa, muchos datos que contribuyen al esclarecimiento de la verdad, aparte de que si confiesa haber cometido el delito, dicha confesión obra como una de las principales pruebas en su contra.

Así mismo el inculpado tiene gran importancia como objeto de prueba, pues al estar ante la presencia del juez del conocimiento de la causa, éste puede apreciar si dicho inculpado revela manifestaciones de perturbación mental, lo que haría necesaria una inmediata pericia psiquiátrica que ilustre devidamente al juez para que determine si debe seguirse el procedimiento especial aplicado a los enfermos mentales. Igualmente es objeto de prueba el delincuente cuando el juez examina su persona, no solamente en cuanto a su estado mental, sino en lo que se refiere a sus circunstancias peculiares, como su edad, educación, ilustración, costumbres y conducta anteriores, los móviles que le indujeron a delinquir, sus condiciones económicas y en general todas aquellas circunstancias que tengan relación con el delito y con el delincuente. Por otra parte, en algunas ocasiones será necesario que lo indentifiquen los testigos en una diligencia de confrontación, o en todo caso mediante el careo en que su careado podrá señalarlo como participante en la comisión de un delito.

II.—MEDIDAS DE COERCION ASEGURATIVAS REALES

Estas medidas limitan la libertad de disposición de bienes, o ejercen coerción respecto a las cosas con el objeto de asegurar la prueba a los fines procesales.

Planteadas en tal forma, estas medidas de coerción tienen dos finalidades: según tiendan a asegurar los medios de

prueba a los fines procesales, o bien asegurar con medidas de naturaleza civil trasplantadas al terreno procesal penal, las responsabilidades civiles consecuencia del hecho punible.

Las medidas de naturaleza civil trasplantadas al derecho procesal penal y que tienden a asegurar las responsabilidades civiles de la reparación del daño y las costas son: el embargo y la fianza.

Ahora bien, el aseguramiento de las cosas u objetos de un delito o afectos a la investigación criminal, tiene como finalidad evitar que se alteren, destruyan o desaparezcan los instrumentos del delito y las cosas objeto y efecto de el, que como prueba, ayudarán al esclarecimiento de la verdad, finalidad que se obtiene mediante el secuestro judicial que pone tales cosas en depósito y que permite el juzgador tenerlas a su alcance para el mejor y más completo esclarecimiento de los hechos.

De lo expuesto surgen problemas que pretenderemos explicar: El peligro de dispersión de las pruebas reales, es debido tanto al natural cambio de las cosas como a la mala voluntad de los hombres; las huellas del paso de una persona por un lugar, pueden ser borradas por el tránsito de otras, lo mismo que las huellas digitales lo pueden ser por el manejo sin precauciones del objeto sobre el cual han sido dejadas, o bien el cuerpo del delito puede ser ocultado e incluso destruido. Una acción rápida para conservar, como se dice, el estado de hecho tal como existió en el momento del delito, es, por tanto, necesario o cuando menos oportuno. Carnelutti nos dice que el acto precautorio típico es el secuestro, el cual es precisamente la detención de la cosa y tiende así a evitar aquellos cambios que puedan comprometer el éxito de la justicia. (4) Pues bien, en el campo penal, el peligro de dispersión de pruebas hace que le demos al cometido precautoria una mayor amplitud, para referirlo no ya únicamente a la actividad del juez, sino que también podemos hablar de una actividad de la policía judicial y administrativa, así como de

4.—Carnelutti. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Tomo II. Pág. 72.

particulares dirigidos a asegurar la presencia del imputado y de las pruebas.

En efecto, en el acto de estarse sometiendo un delito, un transeúnte puede llegar apreciando su flagrancia; la ley autoriza a dicho particular a detener a aquel que está perpetrando el delito; si el particular logra su aprehensión en ese preciso momento está realizando una actividad precautoria, pues evita la fuga del delincuente y por ende que ésta se sustraiga a la acción de la justicia. Puede acontecer que además de aprehenderlo logre quitarle el instrumento del delito, realizando en tal forma un secuestro.

La legislación procesal en vigor, dispone que toda persona que tiene conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público y en caso de urgencia, ante cualquier funcionario o agente de policía y que ésta obligación comprende a la persona que en ejercicio de sus funciones públicas tiene conocimiento de la probable existencia de un delito, debiendo transmitir los datos que fueren necesarios para la averiguación y poner a los presuntos responsables a disposición de la autoridad, en caso de haberseles detenido.

Los oficiales y agentes de policía judicial cuidan de que el cuerpo y las huellas del delito sean conservadas y que el estado no se modifique antes de que llegue al lugar la autoridad judicial. Se comprende que tal cuidado no podría tenerse sin la atribución de un poder, cuyo ejercicio más común consiste en la orden de no alterar, en general, el estado de las cosas; y se comprende que a tal orden corresponde en aquellos a quienes va dirigida, al respectivo deber. El poder bajo este aspecto, puede denominarse como la forma de detención real. (5)

Es muy frecuente oír que no existe un crimen perfecto; que por muy bien meditado que sea el delito, siempre deja huellas de su perpetración, que son descubiertas con el concurso de ciencias auxiliares, ejemplo: la dactiloscopia y la ba-

5.—Carnelutti. Obra citada. Pág. 107.

lística. Al presentarse el agente del Ministerio Público en el lugar de los hechos, deberá levantar un acta donde se acentarán cuidadosamente, todos los datos que suministre el examen de las personas, cosas o lugares. Si se recogen armas u objetos que se relacionen con el delito, se procurará no tocarlos, sino que con suma prudencia procederá a asegurarlos, o en todo caso no los tocará sino que hasta que los peritos intervengan; también procurará que las personas u objetos no cambien de sitio, sino hasta que se proceda a la descripción de todo aquello que pueda servir para para ulterior investigación. Si fuere conveniente, para mayor claridad y comprobación de los hechos, se levantará plano del lugar del delito y se tomarán fotografías de dicho lugar, así como de las personas víctimas del delito; se harán diseños, o copias de los efectos o instrumentos del mismo etc. Si se trata de un robo, deberá expresarse en el acta las señales encontradas para determinar si en el delito se empleó el escalamiento, la horadación o la fractura; si se hizo uso de llaves falsas, etc. A la policía judicial le corresponde asegurar todas las piezas de convicción. En caso de que se sospeche que una persona fue envenenada, se procederá cuidadosamente a recoger todas las vasijas y utensilios que el paciente hubiese usado, los restos de alimentos, bebidas, medicinas que hubiese ingerido, así como las deyecciones y vómitos que hubiese tenido, teniendo las debidas precauciones para evitar que se destruyan o alteren. Procederán además, a describir los síntomas que presente el paciente y a ordenar su reconocimiento por peritos, pues como esas circunstancias lo exigen, deben proceder a solicitar la intervención de dichos peritos para que emitan su opinión en el conocimiento de aquellas cuestiones que no están al alcance del común de las gentes; el análisis de substancias por peritos químicos, con el objeto de determinar sus cualidades tóxicas etc. Lo anterior da lugar a una situación que trataremos posteriormente.

El artículo 181 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece que los instrumentos del delito y las cosas objetos o afectas a él, así como aquellas en que existen huellas del mismo o pudieran tener relación con éste, serán asegu-

radas ya sea recogién-dolas, poniéndolas en secuestro judicial o simplemente al cuidado y bajo la responsabilidad de alguna persona, con el fin de que no se alteren, destruyan o desaparezcan. En principio, los instrumentos del delito y las cosas afectas, a él, o aquellas en que se dejan huellas, son aseguradas por el agente del Ministerio Público: cuando se trata de delitos flagrantes, o cuando los ofendidos mismos los proporcionan, o cuando el mismo inculpa-do los proporciona o deja abandonadas en el lugar de los hechos. Ahora bien, respecto a los objetos del delito, la Suprema Corte de Justicia ha sentado jurisprudencia en el sentido de que el Ministerio Público, carece de facultades para ordenar el aseguramiento de los objetos materia del delito, a pesar de que la generalidad de los códigos de procedimientos penales de la República, autorizan a la policía judicial para llevar a cabo ese aseguramiento, sólo es dable al Ministerio Público practicar averiguaciones previas, con el fin de orientarse en el ejercicio de la acción penal, pero sin que invadan la esfera de acción del juez, por ser esto contrario a la letra y al espíritu del Art. 21 Constitucional. De aquí se sigue que la policía judicial y el Ministerio Público sólo puedan asegurar la cosa objeto de la infracción penal en caso de aprehensión en flagrante delito. Es en tal forma como deben interpretarse los Artículos 123 y 181 del Código Federal de Procedimientos Penales. (6)

Si el agente del Ministerio Público no puede pues decretar el aseguramiento de los objetos materia del delito, entonces el único autorizado será la autoridad judicial, quien los asegura por medio del secuestro judicial.

Este secuestro judicial penal, es un acto de coerción real que consiste en un límite impuesto por la voluntad del estado al derecho de propiedad, límite por el que, a los fines de la prueba, se inhibe temporalmente la disponibilidad de una cosa mueble o inmueble de otro, cometiéndola a custodia especial. (7)

6.—Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXII. Sept. 11 de 1939.

7.—Manzini. Obra citada. Tomo III. Pág. 711.

Este secuestro judicial penal, no se debe confundir, con el embargo de los bienes muebles o inmuebles dispuesto en garantía de las obligaciones civiles conexas a la responsabilidad penal, que como objeto accesorio del proceso, tiene carácter de providencia precautoria para intereses civiles.

La orden de secuestrar, aunque dada formalmente por la autoridad judicial, no es suficiente para atribuir a la persona en cuyo domicilio sea realizado el acto coercitivo, la calidad de imputado, si en el acto mismo no se le asigna esta calidad.

El secuestro a los fines en nuestra legislación patria sólo tiene fundamento específico, con esto queremos decir que su ejecución está única y exclusivamente legitimada por una orden formal de secuestro de objetos determinados, circunstancia que se desprende de la redacción del artículo 16 Constitucional.

El objeto del secuestro ya lo hemos establecido, es de ordinario el instrumento del delito y los objetos de él. Estas cosas objetos del secuestro penal pueden ser, no sólo muebles, sino inmuebles por naturaleza o por destino y tampoco se distingue entre cosas comerciales o cosas fuera del comercio. Respecto al secuestro de bienes inmuebles, ha sido materia de debates el determinar si pueden ser o no secuestrados. Los que sostienen la negativa se fundamentan en que el bien inmueble es sumamente difícil que pueda ser destruido y que como de acuerdo con el principio en vigor, de que solamente puede ser declarada culpable una persona en sentencia definitiva, con el secuestro se le ocasionan males, siendo ya bastantes los que sufre por el hecho de ser procesado. Nosotros creemos que los bienes inmuebles pueden ser destruidos, o por lo menos alterados bajo el influjo de la pasión del reo, que si ya está procesado puede no importarle cometer otro delito, y por venganza destruir el inmueble o cuando menos deteriorarlo, por lo que consideramos que dichos inmuebles deben ser objeto del secuestro judicial.

El secuestro penal, solamente puede recaer sobre cosas materiales, sin que importe no obstante que tengan carácter material bajo cualquier aspecto, (sólidos, líquidos, animales,

etc.), que sirvan para fijar representaciones intelectuales (documentos, etc). o constituyan medios de utilizar o transformar energías naturales: (conductores eléctricos).

El momento del secuestro se puede hacer antes, durante o después del proceso.

Ahora bien, en ocasiones no habrá necesidad de la aprehensión forzosa de las cosas, necesitándose únicamente su exhibición para determinar si sirve como pieza de convicción, o que necesitándose, la autoridad por sí misma no puede encontrarlas, aun cuando se tenga la plena seguridad de que dichas cosas obran en poder de una determinada persona; por lo que se hará necesario requerirla a efecto de que haga la exhibición, o en su defecto, será considerada como desobediente a un mandato judicial.

En algunas ocasiones, el delincuente después de haber cometido un delito, se le localiza ya sea por la policía que andaba en su búsqueda o por un particular, (posibilidad más frecuente) que lo pone en conocimiento de la autoridad; aparte de que se tienen también fundadas presunciones para considerar que en tal lugar de localización, se pueden encontrar los objetos afines del delito o instrumentos; entonces, dará lugar a otra actividad de la autoridad jurisdiccional, actividad que nuestra ley, denomina cateo, palabra que significa acción y efecto de catear; es muy usada en América, donde catear vale tanto como registro domiciliario. (8)

La inviolabilidad del domicilio está consignada en el artículo 16 de la Constitución Política de la República; y "nadie puede ser molestado en su persona, familia, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento"; es una garantía de las más indispensables para la seguridad individual y un respeto a la inviolabilidad del hogar; pero la inviolabilidad del domicilio no puede llegar a ser absoluta ni constituir en ocasiones un peligro para la seguridad y el buen orden social; pues podría servir de medio para

8.—Luis Muñoz. Comentarios al Código Penal. Pág. 342.

que los delincuentes burlen la acción de la justicia. Por tal motivo las leyes en vigor, sin quebrantar la garantía de inviolabilidad, establecen excepciones para que al mismo tiempo que se consagra el respeto al domicilio, se procure la defensa de la sociedad; en este supuesto, la limitación de la libertad deberá justificarse por la necesidad de la defensa del orden jurídico, siempre y cuando necesite asegurar su imperio evitando la ocultación de la verdad y la inaplicabilidad de la ley sustantiva. La violación del hogar sin mandamiento judicial, constituye un ataque a las garantías individuales y debe ser sancionado tanto si lo comete un particular o un funcionario o agente de la autoridad.

Desde la antigüedad y sobre todo en el Derecho Germánico se ha respetado la integridad del domicilio; en Grecia y en Roma, cuando alguien era perseguido y lograba trasponer los dinteles de su morada, se consideraba que por ese solo hecho quedaba bajo la protección de los dioses. (9)

En Inglaterra, donde tanto respeto se tiene a las libertades ciudadanas, desde la promulgación de la Carta Magna, se entendió que la casa de cualquier hombre era su castillo, lo que equivalía a decir que los siervos sometidos al yugo de los terratenientes, tenían chozas humildes en que vivir, tan cerradas como los castillos de los señores. A propósito, nuestro estimado y finado maestro Peniche López, en su Cátedra de garantías y amparo nos decía que, en Inglaterra se respeta tanto la garantía de inviolabilidad del hogar; que si los moradores de una casa, por descuido dejan las puertas abiertas y se desata una tempestad que puede estropear los muebles, si un policía se dá cuenta de aquello, se colocará cerca de la casa para custodiarla; resistiendo a la intemperie el rigor de la tempestad, pero en ningún momento se atreverá a cerrar la puerta y mucho menos guarecerse en dicha casa; el aire y la lluvia penetrarán causando perjuicios pero nunca él.

El cateo es la indagación material coercitivamente ejecutable que practica la autoridad en un domicilio o lugar a

9.—González Bustamante. Obra citada. Pág. 545.

donde no se tiene libre acceso, dirigida al objeto, de asegurar para el proceso, cosas que puedan servir a la prueba y relacionadas con el delito, o de aprehender al imputado o a otra persona indiciada de delito o evadida.

El constituyente de 1917 estableció que sólo la autoridad judicial podía ordenar la práctica de cateos y señaló cuales formalidades deben llenarse, dejando a las leyes del procedimiento, señalar los requisitos de carácter accesorio que deben observarse.

Para impedir pues, desmanes y atentados por parte de autoridades inferiores que podrían aprovecharse de su investidura, la constitución de la República en su artículo 16 dispone: que es facultad exclusiva de la autoridad judicial decretar la práctica de cateos, debiendo ser las órdenes que expida fundadas y motivadas. Además, debe precisarse el objeto de la diligencia, expresándose el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que deban ser aprehendidas y los objetos que se buscan, reduciéndose la diligencia a lo expresamente ordenado en el mandamiento, ya que de otra manera, al procederse a una inquisición de otros delitos, ya no sería un cateo sino una pesquisa que está afortunadamente prohibida en nuestras leyes. Ahora que, si en el desarrollo de la diligencia se descubriere algún otro delito; que desde luego no esté comprendido en el mandamiento, se asentará en el acta para que después se haga una investigación, esto siempre que el delito descubierto no sea de los que se persiguen por que-rella necesaria.

El legislador pues, consecuente con el principio de respeto al domicilio, dispuso que en las casas que se encuentran habitadas, la diligencia se limitará a lo que expresamente se determine en el mandamiento, sin causar a los moradores más molestias que las que sean indispensables en el cumplimiento de la diligencia. Ahora que si en su desahogo se extralimitan los funcionarios practicantes, constituirá un abuso de autoridad, cosa por demás frecuente, pues casi nunca interviene la autoridad judicial en la diligencia, ya que delega sus facultades al Ministerio Público o a la policía judicial. En el código

federal de procedimientos penales, existe expresamente concedida la delegación de esa facultad, expresándose que el cateo lo practicará el secretario o actuario del tribunal que hubiese decretado la diligencia, o en su defecto, los funcionarios o agentes de la policía judicial, según se designen en el mandamiento. (10)

El cateo de acuerdo con lo que hemos manifestado, tiene un carácter jurisdiccional, sólo la autoridad judicial está facultada para librar las órdenes, los funcionarios del ministerio público no podrán decretarlos, y si las dicta violará las garantías del artículo 16 Constitucional. (11) Los funcionarios del ministerio público tampoco podrán practicar esta clase de diligencias, sin que previamente se hubiera ejercitado la acción penal y obtenido el mandamiento de juez componente. Por imperativo legal, no podrán practicarse en el período de averiguación previa, no obstante en el Código de Procedimientos Penales del Distrito, se previene que "cuando el Ministerio Público actúe como investigador de delitos, podrá pedir a la autoridad judicial que practique cateos, proporcionando a ésta los datos que justifiquen el registro y que si dicha autoridad concede el cateo, enviará al Ministerio Público, una vez practicada la diligencia el acta correspondiente".

(12) De la redacción del precepto que hemos transcrito se desprende que la misma autoridad judicial que expide la orden de cateo, es la facultada para practicarla y que por tanto, en el período de averiguación previa, no puede delegar sus facultades en la policía judicial. Sin embargo, en la práctica el personal judicial casi nunca desahoga estas diligencias de cateo y la costumbre ha consagrado que los jueces que expidan la orden, la encomienden a la policía judicial. La propia Suprema Corte de Justicia reconoce esta delegación, al determinar: que la autoridad judicial es la única facultada para expedir una orden de cateo, y por ello, si durante la averiguación previa, el Ministerio Público o la policía judicial estiman

10.—Art. 62 del Código Federal de Procedimientos Penales.

11.—Semanao Judicial de la Federación. Tomo XXX. Pág. 874.

12.—Art. 152 del Código de Procedimientos Penales del Distrito.

necesaria la práctica de una diligencia de esa índole, deben recabar precisamente de la autoridad judicial la orden correspondiente y la ejecutarán en los términos que ordenan el Art. 16 Constitucional y la ley procesal penal aplicable en cada caso; en cambio de la policía preventiva puede decirse que no es ninguna de las autoridades que conforme a la ley pueden practicar un cateo, ni por propia iniciativa ni por comisión durante la averiguación previa que no le compete iniciar. (13)

Se presenta pues, la situación de que el Ministerio Público y la policía judicial durante la averiguación previa y en cualquier período de juicio no podrán practicar un cateo sin el mandamiento judicial, al menos que el ocupante de la casa o lugar que tiene que ser cateado, los autorice o solicite su presencia. En primer lugar es muy raro que una persona solicite la presencia de la policía judicial para que practique un cateo, salvo cuando se trate de su propia seguridad. Y respecto a la autorización casi nunca se las concede el particular, sólo como en el primer caso. Lo que acontece es que la policía se presenta al lugar que ha de ser cateado y a la persona que abre la puerta inmediatamente le dicen: somos de la policía, con su permiso; y acto seguido se introducen a la habitación, no dando lugar a que siquiera la persona afectada diga una palabra; empieza la diligencia y le dicen a dicha persona, estamos practicando un cateo, es ese el objeto de nuestra presencia, el afectado perplejo y tal vez asustado nada contesta, pero como el que calla otorga, pues ya tiene consentimiento la policía judicial y adelante. La Corte a propósito en una de sus ejecutorias manifiesta: "si de la acta que se levanta con motivo de un cateo, por la policía judicial, aparece que, constituido el jefe de la policía, con su secretario, el comandante, y dos agentes, en el domicilio del quejoso, se hizo saber a éste el objeto de la diligencia de cateo, y dió su consentimiento para que se llevara acabo, y prevenido para que designara testigos, manifestó que no creía necesario hacer la designación, y el resultado de la diligencia fué que se encontrara en la habitación del quejoso, determinada cantidad

de una yerba, al parecer marihuana, no puede decirse que el cateo adolezca de vicio legal alguno. La falta de mandamiento judicial no influye en la veracidad de la diligencia ni de su resultado, ya que el momento para objetarla, fué el preciso en que la orden se iba a practicar. (14)

Ahora bien, en otros supuestos, debemos concluir indicando que no basta con que el Ministerio Público pida la orden de cateo para que el Tribunal la decrete, sino que debe haber en concepto del Tribunal indicios o datos vehementes, que hagan presumir que el inculcado a quien se trata de aprehender se encuentre oculto, o que en la casa cateada existen los objetos materia del delito, instrumentos, libros, etc., que tengan relación directa con la investigación. Estos se recogen y aseguran formándose un inventario.

Igualmente indicamos, que para mayor garantía de los moradores de la casa que tiene que ser cateada, es preferible que la autoridad judicial se encuentre presente para evitar el desenfreno con que suelen practicarse estas diligencias. Desde luego no queremos decir o pretender que sea el mismo juez el que personalmente aprehenda a la persona que se busca y que asegure los objetos materia del delito, o afines, sino solamente que esté presente porque con ello infunde confianza en las personas que habitan el lugar que se catea y la majestad del representante de la ley servirá de freno para quienes están acostumbrados a exederse en el uso de sus facultades. (15)

De gran importancia es la cuestión que se refiere a los elementos de juicio que se deben ofrecer al juzgador para que pueda resolver con perfecto conocimiento de causa, en cuanto a practicar anticipadamente ciertas diligencias. Indudablemente que esas diligencias no serán otras que las determinantes del peligro de desaparición de la prueba. (16)

De acuerdo con nuestra legislación penal, la actividad investigadora es realizada por el órgano del Ministerio Público

14.—Semanaario Judicial de la Federación. Tomo LXII. Pág.

15.—González Bustamante. Obra citada. Pág. 548.

16.—Sentis Melendo. La Pericia in Futurum. Revista de Derecho Procesal. 2a. Parte. Pág. 273.

y por la policía judicial bajo el mando de aquél. Actividad investigadora que entraña una labor de auténtica averiguación; de búsqueda constante de las pruebas que acrediten la existencia de los delitos y las responsabilidades de quien en ellas participan. Durante esa actividad, el órgano que la realiza, trata de proveerse de las pruebas necesarias para comprobar la existencia de los delitos, con los cuales y en vista de un posible proceso (tomado en el sentido de que con el auto de formal prisión se inicia el proceso) se trata de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias que podrán ser utilizadas después en aquel proceso, en el momento oportuno. Normalmente tales medidas de conservación de la prueba de acuerdo con nuestra práctica forense se adoptan desde el periodo de averiguación previa. Es por todos conocido que el Ministerio Público durante la averiguación previa, reúne casi todos los datos probatorios, con los cuales podrá estar en aptitud de poner en movimiento la maquinaria judicial. La razón de esta actividad es en virtud de que con el correr del tiempo, muchas veces se haría imposible o más difícil, recoger dichas probanzas. Pero es completamente distinto a nuestro juicio, esa actividad de reunir los medios probatorios y de conservarlos para el momento oportuno en el proceso, a la práctica de esas pruebas, es decir su realización o desenvoltura.

En consideración y reconocimiento del principio de inmediatividad, o sea el conocimiento directo que adquiere el tribunal de las partes y demás sujetos y objetos procesales, y con la separación entre instrucción y juzgamiento, la verdadera prueba es, o debería ser la del plenario, es decir, la desenvuelta ante el sentenciador; pero cuando por cualquier causa, algún medio de prueba no pueda reproducirse en aquel, deberá anticiparse su práctica y proceder a ella en forma que pueda ser fiscalizada por las partes. Cuando ello suceda, se produce asimismo una anticipación de la relación jurídica procesal a la fase del sumario. Ahora que cuando el instructor y el sentenciador son distintos, la práctica anticipada de pruebas ante el primero supone una conculcación del fundamental principio de la inmediatividad en la asunción de la misma, puesto que

ésta se desarrollará ante juzgador distinto del que luego haya de tomarla en consideración para emitir el pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo de la causa. (17)

Ahora bien, reconociendo desde luego la importancia de la práctica anticipada de la prueba por asegurarla eficazmente, práctica que está plenamente reconocida por nuestros ordenamientos legales de los que se infiere claramente el principio general de que las pruebas se recibirán y practicarán durante la instrucción, hay que hacer presente que también en diversas ocasiones esta práctica anticipada de la prueba se hace durante el período de investigación previa.

Efectivamente, ya habíamos apuntado que en caso de que se sospeche que una persona fué envenenada, habrá necesidad de solicitar la intervención de peritos que puedan analizar inmediatamente las deyecciones o vómitos que hubiera tenido la víctima, pues es fácil de comprender que éstas están indefectiblemente destinadas a desaparecer o por diversos factores a alterarse, igualmente decíamos que se deberán asegurar todos los utensilios o vasijas que el paciente hubiese usado, así como alimentos y medicinas que hubiese ingerido para su análisis por peritos químicos. Esto dá lugar a dos situaciones, en primer lugar la práctica anticipada de la pericia se impone para determinar si efectivamente se trata de un caso de envenenamiento y en segundo, para que su peritaje sirva de prueba en el momento procesal oportuno. Ahora que, también pueden encontrarse huellas (ejemplo digitales) cuya facilidad de desaparición es extrema, por lo que también será necesario que peritos en esta materia intervengan. (18) La necesidad de practicar anticipadamente estas diligencias es la determinante del peligro de desaparición de la prueba; desaparición que también puede tratarse de testigos y que han de consistir en la desaparición de la persona que debe prestar la declaración y que es absolutamente insustituible; al determinar esto, queremos referirnos al peligro derivado de muerte y a peligro derivado de ausencia; tratándose de la pericia, el pe-

17.—Alcalá Zamora. Obra citada. Pág. 299 y sigs.

18.—Supra. Pág. 33.

ligro dimana de la desaparición de las cosas materia de la pericia o de la desaparición del estado de esas cosas sobre el cual ha de realizarse la pericia; pues existen substancias que en virtud de sus componentes químicos tienden a disecarse, alterarse o volatizarse, trayendo como consecuencia la desaparición de la prueba. Pero habrá substancias cuyas propiedades químicas serán firmes, pero que al ser analizadas se consuman, entonces cabe hablar de una precaución conservativa, es decir, que en caso de que sea indispensable su análisis se haga sobre el mínimo de la substancias que se requiera y se conserve el resto para ulteriores análisis, ya que nuestra ley autoriza los peritajes en discordia, o en todo caso para que llegado el momento procesal oportuno (juzgamiento) sea factible su repetición. (13) Ahora que si su cantidad es tan escasa que los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirlas todas, entonces se traduce en una anticipación de la prueba, que deberá ser fiscalizada por las partes. (19)

De todo lo expuesto, podemos decir que el objeto de la práctica anticipada de la prueba es el aseguramiento de la misma y cuya finalidad es el esclarecimiento de los hechos y la verdad, haciendo en tal forma posible, la realización de los fines procesales.

Debemos pues concluir, que de las diligencias que se pueden practicar con anterioridad al proceso en que han de surtir efecto, o con anterioridad al momento procesal, en que normalmente procede su práctica, cabe hacer una distinción entre dos grupos: el de aquellas diligencias que aseguran con la práctica anticipada de la prueba a los elementos probatorios, en virtud del peligro de su desaparición; y el de aquellas que aseguran conservativamente la prueba, para que más tarde en el momento procesal oportuno sea posible su desenvolvura.

Habíamos dicho que estamos de acuerdo en que en todo caso, se lleve acabo la práctica anticipada de la prueba como provisional precaución, pero cuando se trata de elementos

19.—Art. 179 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.

probatorios con peligro de desaparición, deberán ser fiscalizados por las partes y cuando no exista ese peligro entonces, aun cuando su práctica haya sido anticipada y no haya sido fiscalizada por las partes, entonces ineludiblemente se hará necesaria e indispensable su repetición en el juzgamiento, es decir, en la audiencia de fallo o de vista como se le denomina vulgarmente.

Ahora bien, la justicia penal de acuerdo con lo que dispone nuestra ley vigente, se administra en primera instancia, por tribunales unitarios comunes y federales, colegiados, militares, y por el jurado popular que subsiste para juzgar a los funcionarios y empleados públicos de conformidad con la ley de responsabilidades oficiales. De los tribunales mencionados nos ocuparemos únicamente de los unitarios federales y de los colegiados del fuero común, denominados cortes penales, con sede en el partido judicial México.

En ambos tribunales de acuerdo con la ley se lleva acabo la práctica anticipada de la prueba; en efecto en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales se determina que en el momento en que el juez estime que no existen más diligencias que desahogar, porque ya se han practicado aquellas promovidas por el Ministerio Público o por el inculpado o la defensa, o por las que el juez decreta por iniciativa propia, pronunciará el auto declarando agotada la averiguación, poniendo la causa a la vista de las partes para que promuevan, dentro de ocho días, las pruebas que estimen pertinentes y que puedan practicarse en el término de quince días. (20)

Transcurridos los términos anteriores el juez declarará cerrada la instrucción, poniendo a la vista del Ministerio Público y la defensa la causa, para que dentro del término legal formulen sus conclusiones. (21) Ahora bien, surge el pro-

20.—Art. 315 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.

21.—Art. 316 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.

blema de la determinación del artículo 315 del Código de procedimientos para el Distrito y Territorios Federales, en el sentido de fijar un término de quince días, para la práctica de las pruebas que se propongan, quiere decir entonces que en el caso de que en dicho término algunas de las pruebas propuestas no pudieran practicarse, ¿ya no podrán practicarse? o ¿acaso se tendrá la oportunidad de practicarlas en la audiencia de vista? la ley no nos dá una contestación, tan sólo se limita a decirnos que en la audiencia de vista, el Presidente de la Corte Penal, podrá recibir las pruebas que legalmente se presenten. (22) Pero tampoco nos especifica cuales sean las pruebas que se consideren como legales para que sea factible su presentación y práctica en esa audiencia. Acaso serán las que no pudieron practicarse en el periodo de quince días ya antes señalado? o ¿acaso será única y exclusivamente la documental siempre y cuando se haga protesta formal de no haber tenido noticia de ella anteriormente? (23)

Ahora bien, a nuestro juicio, una cosa es recibir las pruebas que legalmente se presenten, a practicar o en todo caso en repetir las ya practicadas. El Código de Procedimientos en su capítulo VI, relativo a inspección judicial y reconstrucción de hechos determina que "la inspección podrá tener el carácter de reconstrucción de hechos y tendrá por objeto apreciar las declaraciones que se hayan rendido y los dictámenes periciales que se hayan formulado; se practicará dentro de la averiguación únicamente cuando el funcionario que practique las diligencias de policía judicial o el juez, o Tribunal lo estime necesario; en todo caso deberá practicarse cuando ya esté terminada la instrucción, siempre que la naturaleza del hecho delictuoso cometido y las pruebas rendidas así lo exijan a juicio del juez o tribunal. También podrá practicarse durante la vista del proceso o la audiencia del jurado,

22.—Art. 328 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.

23.—Art. 243 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.

cuando el juez o tribunal lo estime necesario, aun cuando no se haya practicado en la instrucción". (24)

De la redacción del anterior artículo transcrito, se desprende que la ley autoriza la repetición de la prueba en la audiencia de vista, pero desgraciadamente se deja a la voluntad del juez o tribunal que determinen sobre la necesidad de su práctica, y bien puede suceder que el juez o tribunal por negligencia y creyendo que con lo que aparece escrito en la causa es suficiente, no ordenen la repetición de la misma (como efectivamente sucede, pues casi nunca, al menos que se sepa, se dá el caso que dentro de la audiencia de referencia se lleve a efecto dicha repetición). Por lo que consideramos necesario que la ley establezca como obligatoria la repetición de la prueba dentro de la audiencia de vista, siempre y cuando sea posible, máxime que nuestras cortes penales funcionan en la forma siguiente: un juez de los tres que componen la Corte habrá servido de instructor, recibidas por éste las conclusiones de las partes, pasará la causa al Presidente de la Corte para que fije día y hora para la celebración de la audiencia de vista. (25) Luego la celebración de la audiencia estará precedida por el Presidente de la Corte y los otros dos jueces componentes de ésta. Reunidos pues los jueces, acto seguido la audiencia se verificará concurran o no las partes; pero el Ministerio Público no podrá dejar de asistir a ella. Una vez declarada abierta la audiencia, el secretario dá lectura a las constancias que las partes señalen e inmediatamente después las mismas partes alegan verbalmente. Hecho lo anterior el Presidente de la Corte, declara "visto" el proceso, con lo que termina la diligencia. (26) Cabe observar que como legalmente no es necesaria la presencia de la parte acusada y de su defensor, no así el Ministerio Público, en el caso de que por diversas cir-

24.—Art. 144 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.

25.—Art. 326 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.

26.—Art. 327 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.

cunstancias efectivamente no se presenten el inculpado ni el defensor, pues entonces se le nombrará a dicho acusado oficiosamente defensor de oficio. Este defensor como no conoce ni siquiera el número de la causa, no podrá señalar ninguna constancia para su lectura y mucho menos podrá alegar, luego el Ministerio Público fué dueño de la situación. Por otra parte si el Tribunal no adquirió el conocimiento de las partes, mucho menos de los demás sujetos y objetos procesales, salvo el instructor, pero pudiera ser, que tampoco éste haya adquirido con anterioridad el conocimiento de las partes ni de los sujetos procesales, piénsese por ejemplo que en el caso de que un instructor en el momento que haya declarado cerrada la instrucción poniendo la causa a la vista de las partes, antes de celebrarse la audiencia de vista, sea cesado, o se enferma o fallezca, entonces será substituído por otro juez, que en el resto del proceso tendrá carácter de instructor y no obstante no haber tenido conocimiento de las partes ni de los sujetos procesales, emitirá un proyecto de sentencia que será discutido por él y los otros dos componentes de la Corte, que tampoco adquirieron conocimiento directo de las partes, sujetos y objetos procesales. Ahora que si no acontece lo anterior, sino que el juez que efectivamente sirvió de instructor llega a redactar la sentencia, ésta se pronunciará por mayoría de votos. (27) Piénsese también en el caso de que los otros dos jueces voten en contra del proyecto de sentencia formulado por el instructor y por ende la modifiquen; si dicha modificación es favorable al reo. o si es desfavorable a pesar de los argumentos que en pro de su proyecto sostenga el instructor, no se estará lesionando la verdadera justicia? ¿En qué quedan todas aquellas circunstancias que en el curso del proceso, influyen en el ánimo del juez instructor respecto a la veracidad de las pruebas? ¿Qué caso tiene por ejemplo, esa diligencia que se presenta como un medio perfeccionador del testimonio y en consecuencia como medio probatorio al

27.—Art. 329 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.

servicio del mismo? Nos referimos al careo procesal que para los fines de la prueba, tiene dos momentos: el que se refiere a lo que el careo tiene absolutamente de testimonio y el que es refiere a lo que el careo tiene de prueba directa para el juez, o sea, lo que tiene de espectáculo exhibidor de datos psicológicos de los careados.

Refiriéndonos al primer momento, podemos afirmar que el careo encierra en el fondo, un testimonio que se va purificando en forma dialéctica. La dialéctica consiste en ir buscando la verdad, a través de un diálogo preñado de afirmaciones y negaciones, y, en el careo, los testimonios de los careados van precisándose en esa forma.

Por lo que toca al segundo momento, el careo tiene una importancia directa para el juez, que observando las dudas, reticencias, etc., de los careados, puede determinar quien dice la verdad. Sabido es que la situación psicológica de un hombre, no puede ser la misma en el monólogo que en el diálogo contradictorio. En el monólogo, si es realmente espontáneo, el hombre no tiene que hacer gran acopio de fuerzas ni vigorizar los cercados de su censura, para sostener determinada versión. No hay nada que se oponga a lo que él dice, y por ende, no hay nada que debilite o robustezca las motivaciones psicológicas de su decir. En el debate dialogado, hay algo que se opone al proceder del individuo, y éste, forzosamente, experimenta los cambios psicológicos, que muchas veces tienen su eco exterior, como por ejemplo, el cambio de voz, la disminución del coraje para afirmar, y hasta, (en los critrofobos) cambios de color en el rostro. Todos estos datos encierran riquísimas perspectivas a la feliz búsqueda de la verdad. (28)

El valor probatorio del careo procesal, debe fincarse sobre el testimonio y sobre la apreciación directa que el juez hace de los careados.

Por lo anteriormente establecido debemos concluir que para que la justicia sea prácticamente eficaz y justamente aplicada, será necesario en reconocimiento del tantas veces

28.—Manuel Rivera Silva, Obra citada. Pág. 221 y 222.

repetido principio de la inmediatividad en la asunción de la prueba, que en la audiencia de vista se repitan todas y cada una de las pruebas, cuya repetición sea posible, para que los tres jueces que intervienen en ella tengan conocimiento directo de las partes, de los sujetos y de los objetos de la prueba. Asimismo en caso de que las partes no estén presentes posponer la celebración de dicha audiencia, hasta en tanto no estén presentes dichas partes, estableciendo la obligación de que esté presente el reo en la audiencia, o como está previsto en la ley federal. (29)

Respecto al Juzgado Federal, siendo el juez instructor y sentenciador a la vez, aparentemente no será necesaria la repetición de la prueba, mas como hemos expresado pudiera suceder que el juez sea removido, cesado, se enferme o fallezca, por lo que será necesaria en todo caso la repetición de la prueba en la audiencia. Y si bien es cierto que el Código Federal de procedimientos penales establece: que podrán repetirse las diligencias de prueba que se hubieran practicado durante la instrucción, siempre que fuere necesario y posible al juicio del Tribunal, y si hubieren sido solicitadas por las partes a más tardar el día siguiente al en que se notificó el acto, citando para la audiencia. También lo es que la repetición se supedita a lo que determinan las partes, circunstancia que no nos parece correcta, pues en el supuesto caso de que aconteciera lo que ya hemos previsto, es decir, en caso de que el juez fuera removido, etc., el que lo substituya si las partes no le solicitan que practique la repetición, pues entonces no lo hará, dando lugar a lo que ya hemos asentado: a una conculcación del principio de inmediatividad. (30)

Por lo que consideramos que siendo más cautelosa la legislación federal a este respecto, debía establecer también que en todo caso y aun cuando no lo soliciten las partes, debe dentro de lo posible repetirse la prueba en la audiencia de citación de sentencia.

29.—Art. 88 del Código Federal de Procedimientos Penales.

30.—Art. 306 del Código Federal de Procedimientos Penales.

DETENCION, APERTURA Y EXAMEN DE LA CORRESPONDENCIA PRIVADA

Uno de los aspectos de la libertad individual, está constituido por el derecho que tienen las personas de comunicarse secreta y libremente entre sí, utilizando los servicios públicos establecidos al efecto. Sin embargo en ocasiones, habrá necesidad de limitar esa libertad individual, consistiendo en la detención, apertura y examen de la correspondencia privada, limitación que también se justifica por la necesidad de la defensa del orden jurídico, siempre y cuando necesite asegurar su imperio evitando la ocultación de la verdad y la inaplicabilidad de la ley sustantiva.

Por medio de las correspondencia pueden cometerse delitos, las cartas o telegramas pueden constituir instrumentos del delito o servir de indicio para determinar el lugar donde puede hallarse el culpable, o servir de medio de prueba; lo que dará lugar a una actividad judicial, encaminada a detener, abrir y examinar la correspondencia si hubiera indicios de obtener por estos medios, el descubrimiento o la comprobación de un hecho o circunstancias importantes para el proceso. Por lo que la detención de la correspondencia y su incorporación a las actuaciones de un proceso penal puede obedecer a dos consideraciones distintas: o bien a que ella misma constituya, como con frecuencia ocurre, materia, cuerpo o instrumento del delito enjuiciado (que puede revestir las modalidades más diversas, desde el espionaje o la injuria, pasando por la amenaza, falsedad o la extorsión), o bien a que su práctica sea necesaria o conveniente con carácter de medida precautoria. Esta segunda hipótesis puede responder, a su vez, a dos finalidades diferentes o, mejor dicho, desempeñan un doble cometido: por una parte, es complemento de la información (en el supuesto de que el inculpado se encuentre detenido o en prisión) y, por otra, como afirman los artículos 235 y 273 de los Códigos para el Distrito y Territorios Federales y el de Procedimientos Federales respectivamente, puede suministrar pruebas del delito que motiva la instrucción. Des-

empeñan pues, una misión tanto positiva (obtener datos para la investigación sumarial), como negativa (impedir que el procesado o sus encubridores dificulten la acción de la justicia). (31)

La interceptación de la correspondencia tanto postal como telegráfica, se descompone en una serie de operaciones sucesivas, consistentes en la detención, apertura y examen de la misma, pero esto es independiente del resultado de la diligencia, y su incorporación se hará según el fruto conseguido, pues en caso que la correspondencia tuviera relación con el hecho materia del juicio, el juez comunicará su contenido al indiciado y mandará agregar el documento al proceso; y por el contrario cuando sea inútil o intrascendente para los fines procesales, por no tener relación con el hecho que se averigua, se devolverá al acusado o a alguna persona de su familia si estuviere ausente. (32)

Por su propia índole esta medida precautoria requiere la cooperación de los funcionarios a cuyo cargo estén la transmisión y reparto de la correspondencia, que se convierten así en auxiliares momentáneos de la función judicial. Esto lo consideramos aun cuando la ley no lo expresa, de la redacción del Artículo 275 y 239 de los Códigos de Procedimientos Federal y del Distrito respectivamente en que se determinan que el Tribunal podrá ordenar que se faciliten por cualquier oficina telegráfica, copias autorizadas de los telegramas por ella transmitidos o recibidos, si pudiere esto contribuir a el esclarecimiento de los hechos. Hay que hacer notar que la ley federal correctamente dá facultades al Tribunal para que oficiosamente determine sobre la necesidad de la medida, mientras que la del Distrito y Territorios Federales determina que es a petición de parte. Ahora que en el caso de que el reo se encuentre detenido, la orden de detención de la correspondencia puede dirigirse al encargado del establecimiento penitenciario, para que la correspondencia que es remitida a la

31.—Alcalá Zamora. Obra citada. Págs. 305 y 306.

32.—Art. 237 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.

Penitenciaria sea recogida y enviada al juez, además que será necesario también que dicho encargado recoja toda aquella correspondencia que no es dirigida por los servicios públicos, (ejemplo, mensajeros).

Recibida la correspondencia, el juez la abrirá en presencia del secretario, del agente del Ministerio Público y del procesado, si estuviese en el lugar. (33) El juez leerá para sí su contenido, quedando bajo su apreciación si tiene o no relación con el proceso, si tiene, se agregará el documento al proceso, comunicándose su contenido al indiciado, si no, entonces se devolverá. Pero en todo caso se levantará acta de la diligencia.

Debemos concluir especificando que la detención de la correspondencia, sólo puede llevarse a efecto mediante mandato judicial, siendo exclusivamente atributo de esta autoridad, no pudiendo en consecuencia, decretarla el agente del Ministerio Público o la policía judicial, en virtud de que la inviolabilidad de la correspondencia es una garantía individual consagrada en nuestra constitución.

33.—Art. 236 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.

De todo lo expuesto, deducimos que la clasificación de las providencias precautorias de acuerdo con lo que dispone nuestro ordenamiento legal, es en la siguiente forma:

**PROVIDENCIAS
PRECAUTORIAS**

**MEDIDAS DE
COERCION
ASEGURATIVAS**

I a Citación.
La Detención.
La Prisión Provisional.
La Sujeción a Proceso.
La Libertad Cautional.

**PERSONALES
MEDIDAS DE
COERCION
ASEGURATIVAS
REALES**

Secuestro Judicial.
Cateo.
Conservación de la Prueba.
Aseguramiento de la Prueba.
(Práctica anticipada)
Detención, Apertura y Examen de la Correspondencia.

**MEDIDAS DE
COERCION
ASEGURATIVAS
REALES EN
GARANTIA DE
INTERESES
CIVILES**

Embargo.
Fianza.

TERCERA PARTE

I.—MEDIDAS DE COERCION ASEGURATIVAS PERSONALES.

- a) LA CITACION O MANDATO DE COMPARECENCIA.
- b) LA DETENCION.
- c) LA PRISION PROVISIONAL O PREVENTIVA.
- d) LA SUJECION A PROCESO.
- e) LA LIBERTAD CAUCIONAL.

II.—MEDIDAS DE COERCION ASEGURATIVAS REALES EN GARANTIA DE INTERESES CIVILES.

- a) EMBARGO Y FIANZA.

TERCERA PARTE

I.—MEDIDAS DE COERCION ASEGURATIVAS PERSONALES

Estas medidas coercitivas personales, consisten en una limitación más o menos intensa, o restrictiva de la libertad física de una persona, por una finalidad procesal penal.

El interés predominante que determina la aplicación de las providencias de coerción personal de que tratamos, es el de asegurar la presencia del imputado en los actos del proceso y eventualmente la de su disponibilidad para la ejecución de la condena.

Estas providencias se disponen, por lo común, mediante órdenes o mandamientos del juez, que normalmente tienen forma de auto y adoptan el nombre técnico de órdenes o mandatos (de comparecencia y de detención).

a) LA CITACION O MANDATO DE COMPARECENCIA

A efecto de hacernos entender en nuestro estudio, consideramos conveniente emplear dos términos, que, si al parecer son sinónimos, tienen sin embargo a nuestro juicio distinto significado en el orden jurídico procesal. Nos referimos a las limitaciones consistentes en la privación y la restricción de la libertad. La primera equivaldrá a mantener al reo en la cárcel a disposición de la autoridad judicial y la segunda tan

sólo consistirá en sujetarlo a los fines procesales sin necesidad de mantenerlo en la cárcel. En efecto, el Código Penal establece sanciones alternativas para determinados delitos (lesiones leves, injurias, difamación, calumnia, etc.). Queremos decir que las personas que se les impute la comisión de estos delitos, no debe privárseles de su libertad, en el sentido de proceder al aseguramiento de sus personas, recluyéndolas en el establecimiento destinado al efecto y a disposición del juez; sin embargo, para que el proceso siga su marcha regular deben quedar arraigadas en el lugar donde se le sigue la causa, de donde no podrán ausentarse, porque están obligadas a comparecer ante las autoridades judiciales cuantas veces sean requeridas. Esto desde luego constituye en sí, una restricción a su libertad durante la secuela del procedimiento, restricción y no privación de la libertad (en el sentido que ya especificamos) en virtud de que si la ley faculta al juez para imponer en la sentencia, sanciones corporales o sanciones pecuniarias o ambas, según lo estime conveniente, en el caso de que optase por aplicar solamente una sanción pecuniaria en atención a la levedad del delito, no sería justo ni prudente que al presunto responsable se le privase de su libertad desde la iniciación del procedimiento, salvo cuando se trate de delito flagrante, pero de todas maneras el juez al resolver dentro del término constitucional (de 72 horas) sobre su situación jurídica, deberá ponerlo en libertad sujetándolo a proceso única y exclusivamente.

Expuesto lo anterior, la citación responde a la finalidad de hacer comparecer al imputado ante la presencia del instructor, para darle oportunidad a que se defienda y de que, eventualmente, suministre elementos de juicio sobre la existencia del hecho, las circunstancias de consumación y en fin cuanto tenga por conveniente en descargo o declaración de los hechos que se le atribuyen, y para que pueda indicar desde el primer momento de la investigación las pruebas que estime oportunas.

La citación o mandato de comparecencia, se inspira en el propósito de asegurar el mayor respeto por la libertad perso-

nal, constituyendo la forma apta para lograr la presencia del imputado, siempre y cuando no concurren otras condiciones que aconsejen su detención, por ejemplo, cuando exista presunción fundada de que la orden de comparecencia no será cumplida, o que el citado intentará destruir los rastros de la infracción o inducir a alguien a falsas declaraciones, o cuando el citado no comparezca en el día y hora prefijados, se podrá disponer la detención con el exclusivo propósito de recibir la declaración preparatoria y que se justificará en virtud de la conducta del imputado contraria a los fines del proceso. Fuera de los anteriores casos y en cumplimiento a lo que dispone el Artículo 16 de nuestra Constitución, en todos aquellos delitos que no merezcan sanción corporal sino alternativa, deberá llevarse a cabo la comparecencia del indiciado ante el juez mediante mandato de comparecencia o citación.

Creemos también oportuno considerar, que en todos aquellos delitos que aún cuando no tengan sanción alternativa pero que por su levedad, se puede fácilmente apreciar que el máximo de la sanción corporal imponible, en caso de que el inculcado resulte sentenciado condenatoriamente es menor de dos años, la citación debería ser la primera medida a que debería recurrirse, no sólo por que tal es el espíritu de nuestra ley, aunque padezca la influencia del régimen inquisitivo, sino porque esta medida responderá satisfactoriamente en una gran mayoría de casos, a la finalidad de las providencias precautorias; pues ya habíamos dicho anteriormente, que la detención puede ser ordenada cuando el instructor compruebe su necesidad, y que debe adoptarse como una medida heroica, no ciega y automáticamente, sino después de una verdadera apreciación de los medios probatorios reunidos, constituyendo en tal virtud una valoración del juez sobre la naturaleza y gravedad del delito que se investiga, las condiciones sociales, económicas, morales y los antecedentes del presunto inculcado, ya que en caso contrario se contraría el diáfano espíritu de nuestra constitución, revelando un desprecio por la libertad personal. (1.)

1.—Art. 90 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

b) LA DETENCION

La privación de la libertad, que con la detención se impone a una persona a quien se presume responsable de un delito, en términos generales debe ser resultado de un mandamiento fundado y escrito, que emane de la autoridad competente y que procederá cuando el delito imputado a la persona merezca sanción corporal.

En el lenguaje común se usan indistintamente, los términos arresto, detención, aprehensión, prisión, encarcelamiento, etc. por lo que consideramos pertinente pretender darles su conotación apropiada, ya que observamos con frecuencia que se confunden en la práctica y no solamente esto, sino que los propios tratadistas de derecho no se ponen de acuerdo sobre la conotación o denominación de las diversas medidas de aseguramiento del imputado; Carnelutti determina que a fin de designar lo que se suele llamar con una fase expresiva, el aseguramiento del imputado a la justicia, la ley emplea tres palabras diversas: detención, arresto y captura. Y que estas tres palabras son empleadas gradualmente por la ley, en relación a la mayor o menor estabilidad de las medidas, que la detención es una medida menos estable que el arresto, y arresto una medida menos estable que la captura. Y que aún teniendo en cuenta ese valor legal le parece oportuno, en primer término, eliminar la palabra detención, la cual prescindiendo de su inelegancia y quizá de su inpropiedad, no sirve más que para complicar los abusos en la práctica; que la detención no es otra cosa sino un arresto sin los requisitos que la ley prescribe a fin de que el arresto se pueda realizar; que las medidas cautelares sobre el imputado son en consecuencia solamente dos: el arresto y la captura; que su distinción se a de referir a la mayor o menor estabilidad; que en tal sentido, el arresto es una medida provisional en comparación con la captura; y que en un equilibrado sistema procesal por captura debería entenderse el aislamiento del imputado ordenado en sede de jurisdicción y por arresto su aislamiento provisional dispuesto en sede de

acción penal. (2) Por su parte Florian, nos habla de una prisión sin mandamiento, diciéndonos que “la prisión preventiva sin mandamiento, provoca una situación muy delicada porque es una restricción de la libertad individual sin orden del juez y por tanto un acto privado de las garantías jurisdiccionales”. (3) Nosotros siguiendo a González Bustamante y Rivera Silva, consideramos que en nuestras leyes existen las siguientes instituciones: aprehensión, detención, prisión preventiva y arresto. (4).

Aprehender viene del latín *prehencia* que denota la actividad, de coger, de asir, prender o asegurar. En términos generales se debe entender por aprehensión, el acto material de apoderarse de una persona privándola de su libertad, poniéndola bajo custodia con fines preventivos. La detención en cambio, es el estado de privación de libertad que sufre una persona por virtud de un mandato judicial. La aprehensión consiste en la acción de apoderarse de una persona; de asegurarla para prevenir su fuga. La detención es el estado de privación de libertad, que padece una persona cuando ha sido depositada en una cárcel o prisión pública u otra localidad, que preste la seguridad necesaria, para que no se evada.

La prisión preventiva, se refiere al estado de privación de la libertad que guarda una persona, después que se ha dictado en su contra auto de formal prisión.

Por último, el arresto es la privación de la libertad como consecuencia de un mandato de autoridad administrativa y son medidas que se aplican a los infractores de los reglamentos de policía y buen gobierno. Ahora que también el arresto puede ser impuesto por la autoridad judicial, como medida de apremio, para hacer cumplir sus determinaciones, o para la represión de hechos contrarios a la disciplina procesal etc. Pero ahora sólo tomaremos en consideración aquellas hipótesis como

2.—Carnelutti. Obra citada. Pág. 73 y sigs.

3.—Florian. Elementos de Derecho Procesal Penal. Págs. 261 y 262.

4.—González Bustamante. Obra citada. Págs. 177 y 178. Manuel Rivera Silva. Obra citada. Págs. 110 y 111.

dice Manzini, en que la coacción personal está admitida para la consecución de finalidades procesales positivas y esenciales, y no meramente negativas o de orden. (5)

En principio por regla general, para proceder a la detención de una persona se requiere mandamiento judicial fundado y escrito. Este mandamiento sólo puede emanar de la autoridad judicial expresamente facultada por la ley y que además, disfrute de jurisdicción y competencia. Pero en tanto que el Ministerio Público no solicite la orden de detención contra determinada persona, el juez del conocimiento no podrá decretarla de una manera oficiosa. La excitativa, el impulso que el Ministerio Público da al proceso por medio del ejercicio de la acción penal, es el nervio motor, es lo que mueve la actividad jurisdiccional. Tanto el Ministerio Público como el juez están regidos por imperativos legales; aquel no debe solicitar la orden de detención, si no están satisfechos los requisitos que la ley establece para que proceda y en caso de hacerlo, la autoridad judicial no está obligada a acordar favorablemente su petición. Debe examinar, previamente, si las pruebas obtenidas en el período pre-procesal, que sirven de fundamento al Ministerio Público para formular su petición, satisfacen los requisitos de la ley; en caso contrario, debe rehusarse a dictar el mandamiento de detención. Si las diligencias practicadas son suficientes para cubrir los requisitos legales, la orden escrita fundada y motivada se entregará al Ministerio Público para que este a su vez, la transmita a los agentes de la policía judicial encargados de su cumplimiento, quienes realizan su cometido por medio de la aprehensión. Una vez realizado el acto material por el que se asegura al acusado de delito debe notificársele que su aprehensión, se lleva a efecto en virtud de existir orden de detención, haciéndole ver desde el primer momento el hecho que se le atribuye. Ahora bien, la detención debía de efectuarse de modo que perjudique lo menos posible a la persona y a la reputación del imputado, pero lejos de esto, la policía judicial encargada de su ejecución, haciendo

5.—Manzini. Obra citada. Pág. 554.

uso de una ostentación ilimitada llegan a herirlo más allá de lo necesario, olvidándose del principio de que nadie puede ser declarado culpable, sino hasta en sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada.

Expuesto lo anterior, cabe observar lo siguiente: el Art. 133 del Cod. de Proc. para el D. y Territorios Federales determina que: "la orden de detención que el juez dicte, se entregará al Ministerio Público". Nosotros no vemos la razón de que se lleve a cabo éste trámite que en muchas ocasiones puede dar lugar a que el reo tenga oportunidad a substraerse a la acción de la justicia, ya que según tenemos entendido, recibida por el Ministerio Público la orden de detención, tendrá que transcribirla y remitirla para su ejecución a la policía Judicial. Transcripción que nunca es inmediata sino que guarda su respectivo turno, al menos que el ofendido esté en aptitud de activarla. Por otra parte, aun cuando el Art. 134 del propio ordenamiento establece: "que el agente de la policía que la hubiere verificado está obligado a poner al detenido, sin demora alguna, a disposición del juez respectivo, asentando la hora en que comenzó la detención". En la práctica constantemente se viola esta disposición, en virtud de que como la policía judicial recibe la orden de detención por conducto del Ministerio Público, ejecutada que sea se pone detenido al indicado a disposición del Ministerio Público. En estas condiciones se han presentado casos de que solicitándose la libertad caucional al juez, este no pueda concederla en virtud de que el Ministerio Público todavía no pone al reo a su disposición. Para evitar estos enojosos momentos, consideramos que el juez directamente debería entregar la orden de detención a la Policía Judicial, y ésta al ejecutarla efectivamente pondría al reo a su disposición. Al Ministerio Público tan solo se le debería notificar la ejecución de la orden, o remitirle copia de la orden de detención, a efecto de que ejerza cierta presión sobre la Policía Judicial.

Decíamos que en principio para proceder a la detención de una persona se requiere mandamiento judicial, pero hay momentos en que se hará necesario realizar dicha detención,

sin mandamiento, como por ejemplo, de flagrante delito en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices poniéndolos sin demora a la disposición de la autoridad inmediata. La ley concede esta facultad a los particulares, por la necesidad a nuestro juicio de fortalecer la defensa del orden jurídico, puesto que la vigilancia de funcionarios públicos no puede ser perfecta hasta el grado de que estén presentes en el lugar donde se perpetra el delito. Ahora bien, flagrancia metafóricamente será el momento en que ésta resplandeciendo el delito, es decir, cuando es sorprendido el infractor en el momento en que está cometiendo el delito. Dentro de la flagrancia se debe involucrar por mandamiento legal, la cuasi-flagrancia que toma vida en el momento inmediato posterior a la comisión del delito, es decir, cuando después de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido. Así pues en el presente caso, el único requisito para la aprehensión es que se esté cometiendo el delito o se acabe de cometer. (6)

De lo anterior y realizándose los supuestos mencionados, toda persona ya sea particular o investida de autoridad como la policía judicial, o administrativa, pueden realizar la aprehensión del delincuente, pero consideramos hacer un distingo sobre la actividad de unos y otros; ya que los particulares a nuestro juicio, solamente aprehenden al delincuente poniéndolo bajo su custodia con fines preventivos, teniendo la obligación de ponerlos sin demora a disposición de la autoridad inmediata, autoridad que nosotros consideramos, no es solamente judicial, sino que puede ser la policía judicial o administrativa, quienes a su vez constituirán al delincuente en calidad de detenido en la cárcel pública u otra localidad que preste la seguridad necesaria para que no se evada. La policía judicial o la administrativa, no solamente pueden realizar la aprehensión sino como hemos expresado, constituir en calidad de detenido al reo poniéndolo desde luego a disposición de la autoridad judicial.

6.—Art. 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.

El Artículo 266 del Código de Procedimientos para el Distrito y Territorios Federales, determina: "el Ministerio Público y la policía judicial del Distrito y Territorios Federales están obligados, sin esperar a tener orden judicial, a proceder a la detención de los responsables de un delito:

I.—En caso flagrante de delito; y

II.—En caso de notoria urgencia, cuando no haya en el lugar autoridad judicial".

Como el agente del Ministerio Público y la policía judicial, tienen la función de investigar toda clase de delitos, de impedir que los cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, de individualizar a los culpables y de reunir las pruebas y todos los antecedentes necesarios para el esclarecimiento de la verdad, la ley les atribuye, para salvaguarda del interés represivo, el deber de detener al imputado, en ciertos casos, aunque no medie orden judicial. Si así no lo previera, debemos convenir, que la justicia penal tropezaría muchas veces con obstáculos, ya sea por la fuga del imputado, por la pérdida de rastros del delito, y por influencias extrañas dirigidas al ocultamiento. Pero como dejar la calificación de la urgencia del caso a la autoridad ejecutora, trae como consecuencia abusos frecuentes en que es muy fácil eludir la responsabilidad que les resulte por las detenciones arbitrarias que llevan a cabo, la ley correctamente define la urgencia diciendo: "que se entiende que no hay autoridad judicial en el lugar y existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente; cuando por la hora o por la distancia en que se practica la detención, no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existan serios temores de que el responsable se substraiga a la acción de la justicia. (7)

Ahora bien, respecto a la orden de detención decretada en algunas ocasiones por la autoridad administrativa, el Artículo 16 Constitucional la autoriza bajo su más estrecha responsabilidad a decretarla, pero siempre y cuando se trate

7.—Art. 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.

también de casos urgentes, cuando no hay en el lugar ninguna autoridad judicial y se trate de delitos que se persiguen de oficio. Desde luego la urgencia deberá entenderse en el sentido ya expresado, creyendo oportuno agregar que dicha autoridad aún cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, no debe decretar la detención cuando en el lugar si haya Ministerio Público o policía judicial, aún cuando se encontrasen en el lugar ocasionalmente. De todas maneras, cualquiera autoridad que verifique una aprehensión, debe poner al detenido a disposición de la autoridad judicial dentro de las 24 horas siguientes, a menos que la aprehensión se haya verificado fuera del lugar en que resida el juez a cuya competencia y jurisdicción corresponda. (8) La obligación de presentar inmediatamente al detenido ante la autoridad judicial competente más próxima, debe ser valorada de modo que se asegure en máximo grado la tutela de la libertad. En caso de que no se cumpla, quien realice la aprehensión, deberá ser consignado.

Ahora bien, en el primer momento de la perpetración de un delito o de la investigación de un hecho, en que se encuentran o han participado varias personas, puede ocurrir que no sea posible individualizar inmediatamente a los responsables y a los testigos, a los que han participado como autores o cómplices de un delito y a los que han intervenido como damnificados, defensores de éstos o simples mediadores. En tal caso, a fin de practicar los primeros actos tendientes a establecer la participación de cada uno de ellos, puede resultar necesario, porque de lo contrario se pondría en peligro el éxito de la investigación, que la autoridad que intervenga disponga que ninguno de los presentes se aleje del lugar o que, no siendo esto posible o conveniente, sea indispensable como primera providencia, limitar o restringir sus libertades. Pero surge el problema de como determinar o más bien denominar estas medidas, ya que al tratarse de los testigos o de las partes ofendidas no podemos decir que se trate de una detención, pues

8.—Fracción XII del Art. 107 Constitucional.

esta entraña privación de libertad y obligación de poner a las personas a disposición de la autoridad judicial; aprehensión desde luego se habrá realizado en el momento mismo de asegurar a sus personas, pero el siguiente momento ¿cómo determinarlo? Nosotros consideramos que para una mayor comprensión de las medidas que estamos tratando, debemos conotar a la restricción de la libertad de los testigos y ofendidos como medidas provisionalmente restrictivas en sede de investigación, una vez dada la calidad de cada uno de los intervinientes, desde luego aquellos quedaran en libertad. Y a los que les resulte de la investigación responsabilidad penal, la medida habrá sido de detención, ya que serán puestos a disposición de la autoridad judicial.

La detención aún cuando implica una privación de libertad, no puede considerarse como un verdadero estado de privación de libertad, sino como momento fugaz en que su sacrificio responde a una necesidad jurídica, pues como ya hemos asentado, los caracteres de las providencias precautorias son su provisionalidad y su instrumentalidad. En el presente caso, la detención tendrá lugar hasta en tanto sobrevenga un evento sucesivo en vista y en espera del cual su provisionalidad subsiste; y está ineludiblemente preordenada a la emanación de una ulterior providencia, es decir, en el supuesto caso de que el inculpado dentro del término constitucional de 72 horas se le dicte auto de soltura o de libertad por falta de méritos, la detención desaparecerá, por falta de objeto ya que su finalidad quedó agotada. Si por el caso contrario se dicta en contra del inculpado auto de formal prisión, de todas maneras la detención quedará sin efecto para transformarse en otra providencia precautoria consistente en la prisión preventiva, o prisión formal. (9)

Expuesto lo anterior, debemos concluir diciendo que la detención es una de las más típicas medidas precautorias dentro del proceso penal, y tiene por objeto, no tanto asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte, como de manera más

9.—Supra. Págs. 12 y sigs.

directa evitar la desaparición del presunto culpable y que utilice su libertad para borrar las huellas del delito y dificultar la acción de la justicia. (10)

c) PRISION PREVENTIVA

El estado que guarda la persona, a quien se imputa la comisión de un delito, es impreciso en las setenta y dos horas siguientes de su consignación a la justicia. La privación de libertad que con la detención se impone, tiene un límite precario: el indispensable para que el juez pueda hacer el análisis de las pruebas recogidas y decida si el inculpado ha de quedar formalmente preso o debe ser puesto en libertad por falta de méritos. Ninguna detención puede excederse del término legal de setenta y dos horas sin que quede justificada con auto motivado de formal prisión.

Por razones de conveniencia pública se admite que una persona sea privada de su libertad, pero sólo por el tiempo indispensable para poder decidir su situación jurídica. La Constitución Política de nuestra república prohíbe que se prolongue por más tiempo del que ya hemos señalado; los directores o encargados de las cárceles que reciban a un detenido, deberán ponerlo en libertad sin responsabilidad de su parte, en caso de no recibir testimonio autorizado del juez de que queda formalmente preso dentro de las setenta y cinco horas siguientes de su detención. (11) El exceso de la detención sin justificarla, es severamente castigado. (12)

Los requisitos del auto de formal prisión son señalados por el Artículo 19 Constitucional, 297 del Código de Procedimientos para el Distrito y Territorios Federales y 261 del Código de Procedimientos Penales Federal, de los cuales se deduce que la parte medular de la resolución citada, se en-

10.—Alcalá Zamora. Obra citada. Págs. 272 y 273.

11.—Art. 107 frac. XII de la Constitución Política.

12.—Ley de Responsabilidades Oficiales. Art. 18, Frac. XXIV y 19 Frac.

cuentra en la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad. Como nuestro tema es la prisión preventiva, consideramos únicamente pertinente establecer las consecuencias de dicho auto de formal prisión, para estar después en actitud de hablar sobre el concepto de prisión preventiva.

Los efectos que produce el auto de formal prisión siguiendo a Rivera Silva, son los siguientes:

I.—Da base al proceso.—El auto de formal prisión, al dejar comprobados el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, da base a la iniciación del proceso. Con esto se quiere decir, que solicita la sistemática intervención de un órgano jurisdiccional que decida sobre un caso concreto.

II.—Fija tema al proceso.—Dando base al proceso el auto de formal prisión, como consecuencia lógica, señala el delito por el que deba seguirse el proceso, permitiendo así que todo el desenvolvimiento posterior (defensa, acusación y decisión) se desarrolle de manera ordenada.

III.—Justifica la prisión preventiva.—En cuanto el auto de formal prisión concluye afirmando la necesidad de un proceso, lógicamente determina la necesidad de sujetar a una persona al órgano jurisdiccional que tenga que determinar lo que la ley ordena y, por ende, el que no se sustraiga a la acción de la justicia.

IV.—Por último justifica el cumplimiento del órgano jurisdiccional de la obligación de resolver dentro del término constitucional la situación jurídica del indiciado. (13)

La diferencia del auto de formal prisión y la prisión misma, consiste en que aquel es el mandamiento pronunciado por el juez que motiva y justifica la causa de la prisión preventiva, en tanto que ésta es la privación de la libertad que se impone al presunto responsable, de manera transitoria, por el tiempo que dure la tramitación del proceso. El auto de formal prisión debe expresar los motivos legales que se tuvieron para dictarlo y antecede al estado de prisión preventiva, de manera

13.—Rivera Silva. Obra citada. Págs. 134 y 135.

que no podemos hablar de que exista la prisión preventiva, en tanto que el juez no la establezca en forma expresa.

Expuesto lo anterior, podemos decir que la prisión preventiva es el estado de privación de libertad impuesta al procesado por orden del juez competente durante la tramitación de la causa, siempre y cuando se le atribuya a dicho inculpado un delito reprimido con sanción corporal, teniendo por finalidad asegurar el fiel ejercicio de la función represiva.

Constituir en prisión significa pues, crear un estado de relativa permanencia, que debe imponerse al procesado cuando se le atribuya un delito de cierta categoría; al decir esto pensamos ya no en el indiciado, sino en la persona sometida a proceso; debiendo excluir desde luego, la posibilidad de dictar esta medida, cuando al indiciado se le imputa un delito que no merezca sanción corporal sino alternativa. Por otra parte el mandamiento de prisión preventiva, única y exclusivamente debe emanar de la autoridad judicial (juez instructor) y no del Ministerio Público o de la policía judicial. Dijimos que esta medida tiene por finalidad asegurar el fiel ejercicio de la función represiva, esto lo pensamos en virtud de que la prisión preventiva tiende a asegurar mejor la presencia del procesado durante la sustanciación de la causa, evitando que pueda eludir la acción de la justicia, o en todo caso, la sanción que en definitiva se le pueda imponer en el supuesto caso de que resultase sentenciado condenatoriamente. Mas debemos también pensar que la prisión preventiva facilita el descubrimiento de la verdad, evitando acciones perturbadoras del reo, y que responde a una necesidad de defensa preventiva del orden jurídico, es decir por una necesidad de justicia, de verdad y de defensa pública. (14) Manzini dice que la prisión preventiva es una medida de seguridad procesal. (15) Ahora bien, la prisión provisional, aún cuando produce el efecto de privar al encausado de su libertad personal, no es una pena, sólo imponible por sentencia firme, sino sólo un estado de coerción personal, que se autoriza por prevención y seguridad, y a título

14.—Carrara. Programa 897.

15.—Manzini. Obra citada. Pág. 476.

de resorte heroico predispuesto con el fin de alejar el peligro de un daño jurídico. Beling, determina: que la prisión se asemeja en su apariencia externa a la pena privativa de libertad, consistiendo como esta, en el encarcelamiento en un lugar cerrado. Pero ya se impone en el proceso para prevenir el entorpecimiento de su realización y no tiene la finalidad de constituir un mal para el afectado, que pudiera merecer por razón de su hecho (en el proceso ni siquiera se sabe si ha incurrido en pena). Por este motivo debe ejecutarse, a diferencia de la pena privativa de libertad, en forma tal, que sólo acarre males para el detenido en cuanto sea preciso para la finalidad preventiva. Pero como de todas maneras constituye una privación de libertad dispuesta por el estado, puede tenerse en consideración, al dictarse una sentencia condenatoria totalmente o en parte y debe computarse para la prisión que después ha de ejecutarse. (16)

Dado el caracter de provisionalidad e instrumentalidad de la prisión preventiva, ésta está destinada a desaparecer o a constituirse en pena en el momento de dictarse una ulterior providencia; desaparecerá o cesará más bien dicha prisión cuando se dicte sentencia absolutoria, o condenatoria. Pero no solamente puede cesar con sentencia absolutoria, sino al determinar que con una ulterior providencia, nos referimos a cualquier otra resolución pronunciada antes de resolver en definitiva la causa y que pueden ser las siguientes:

I.—Cuando se revoque el auto de formal prisión que determinó la prisión preventiva, por desaparecer las condiciones que lo legimitaron. Esta revocación equivale desde luego a la libertad por falta de méritos.

II.—Cuando se modifique el auto de formal prisión, es decir, cuando en la nueva resolución se le atribuya al imputado un delito no reprimido con pena privativa de la libertad por ser de aquellos que tienen sanción alternativa.

III.—Cuando al inculpado se le conceda su libertad bajo fianza o más bien cuando la obtenga.

16.—Beling. Obra citada. Págs. 378 y 379.



IV.—Cuando, sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena indubitable, los señalados en el auto de formal prisión para tener al detenido como presunto culpable. Pues según lo determina el Art. 551, del Código de Procedimientos para el Distrito y Territorios Federales, la resolución que conceda ésta libertad tendrá los mismos efectos de la de por falta de méritos.

V.—Cuando el imputado se evada del establecimiento en que se encontraba en prisión. Esto desde luego no es consecuencia de una providencia.

VI.—Cuando se dicte sentencia absolutoria, ya que según lo dispone el Art. 348 del Código Federal de Procedimientos Penales, si la sentencia fuera absolutoria, se pondrá en el acto en libertad al acusado, si no estuviere detenido por otro motivo. El Código de Procedimientos para el Distrito y Territorios Federales sólo tiene una disposición en el capítulo que se refiere al procedimiento ante el Jurado Popular y que dice: "si la sentencia fuera absolutoria y ninguna de las partes apelare, lo que en este caso deberá hacerse en el momento de la notificación, se pondrá en absoluta libertad al acusado, si por otro motivo no estuviere detenido. Si apelare el Ministerio Público, se pondrá al acusado en libertad, previa protesta de presentarse al Jurado, siempre que fuere citado y de dar aviso cuando cambiare de domicilio". Nosotros consideramos en todo caso esta disposición debe ser aplicada a las resoluciones que ponen fin a la instancia dictadas por nuestras Cortes Penales y Juzgados. (17)

Las anteriores formas de cesación de la prisión pueden considerarse como provisionales, pues por datos posteriores de prueba en los primeros dos casos puede procederse nuevamente contra el inculpado. En el tercero cuando no se cumplan las obligaciones impuestas por el juez. El cuarto tiene los mismos efectos que el segundo. Y en el sexto puede revocarse la sentencia (en el supuesto de que haya apelado el Ministerio Pú-

17.—Art. 382. del Código de Procedimientos para el Distrito y Territorios Federales.

blico). Ahora que en el quinto al lograr la reaprehensión del evadido, se le constituirá nuevamente en prisión reanudándose el proceso. Pero hay otras causas en que no solamente por razones judiciales sino por otros factores, puede cesar definitivamente la prisión preventiva, como por ejemplo:

I.—Cuando se decrete el sobreseimiento de la causa, siempre y cuando quede firme, es decir, que cause ejecutoria.

II.—Cuando se dicte sentencia absolutoria, que cause también ejecutoria, o como dice el Art. 382 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, cuando ninguna de las partes apela.

III.—Cuando se dicte sentencia condenatoria pero se le concedan los beneficios de la condena condicional, o cuando se declare por compurgada la pena impuesta, y

IV.—Por muerte del imputado, o acusado que extingue la acción penal.

Así pues concluiremos que existe una distinción, entre procesamiento y prisión preventiva, siendo el primero una declaración que genera en estado de la relación procesal, mientras la segunda es una medida de coerción real que se adopta contra el procesado, y aun cuando ambos son involucrados en una misma resolución judicial, la prisión preventiva supone siempre el procesamiento, es decir, el último es un presupuesto de aquella.

d) SUJECION A PROCESO

Ya habíamos apuntado, al tratar sobre la citación, las características de la sujeción a proceso; en efecto puede suceder que el delito no merezca sanción corporal, sino sanciones alternativas. Entonces como la ley faculta al juez para imponer en la sentencia sanciones pecuniarias o corporales, o ambas según lo estime conveniente, habíamos dicho que no habría lugar a decretar la detención del indiciado, y si ésta no puede decretarse, mucho menos habrá lugar a decretar auto de formal prisión, que presupone la prisión preventiva; por lo que se hará

necesario sujetar al delincuente a proceso, pues faltan las condiciones esenciales para ordenar la prisión preventiva, ya que el artículo 18 Constitucional establece que: "sólo por delito que merezca pena corporal, habrá lugar a prisión preventiva".

Ahora bien, el auto de sujeción a proceso tiene todos los requisitos medulares y formales del auto de formal prisión, y como éste, su objeto está en dar base a un proceso y en resolver la situación jurídica del indiciado dentro de las setenta y dos horas, en general puede decirse que surte todos los efectos del auto de formal prisión, con excepción del relativo a la prisión preventiva.

Podemos decir también, que la sujeción a proceso supone el procesamiento, que este es una declaración que genera un estado de la relación procesal, y que la sujeción a proceso puede considerarse como una medida de coerción real que se adopta contra el procesado y que consiste: en restringir su libertad en el sentido de que no se ausente de determinado lugar, es decir, deberá quedar arraigado en el lugar donde se le sigue la causa, y deberá presentarse a la autoridad judicial el día fijo que el juzgado determine y cuantas veces sea requerida su presencia. Pero surge el problema de la desobediencia del imputado, al no presentarse los días fijos que se le hubieran señalado, o cuando es requerida su presencia; cabe entonces en estos supuestos, ¿ordenar su detención? La ley no dice nada al respecto, pero nosotros nos inclinamos por la afirmativa y además consideramos que deberán aplicarse los preceptos que se refieren a la libertad provisional bajo protesta, pues no puede entenderse de otro modo como puedan tener eficacia las obligaciones impuestas al reo por el juez; para que no se ausente del lugar en que se sigue la causa y de presentarse el día fijo señalado. Ahora que, de acuerdo con nuestras disposiciones legales, podríamos llegar hasta concluir en una errónea situación como es la siguiente: pudiera acontecer que el inculpado, después de habersele dictado el auto de sujeción a proceso, se marchase del lugar con intenciones de evadir la acción de la justicia, y dado que el término para celebrar la audiencia de vista es corto en estos casos, pudiera suceder que el juez no

se enterase o sencillamente no pusiere en conocimiento del Ministerio Público, que el procesado no había cumplido con las obligaciones impuestas; y en tal virtud, la suspensión del procedimiento que podría proceder en este caso, no se llevara a efecto, por que el Ministerio Público no haga el pedimento correspondiente; (18) y como el Artículo 327 del Código de Procedimientos para el Distrito y Territorios Federales, no requiere la presencia del inculcado en la audiencia de vista, ésta se llevará a cabo sin su presencia y hasta se le sentenciará, todo lo cual en cierto modo puede constituir un juicio en rebeldía.

Podría decirse que el juzgado se daría cuenta de la subtracción a la justicia del reo, cuando se le cite varias veces para que comparezca a una diligencia y no se le localice, o no se presente las veces que sea requerido; pero supongamos que se hubiesen practicado todas las diligencias requeridas para el caso, dentro del término constitucional, o aun cuando no se hayan practicado todas, queden pendientes algunas donde no se haga necesaria la presencia del imputado; entonces el juez declarará concluida la instrucción, y se pronunciará inmediatamente la sentencia. (19) Esto en el caso del procedimiento adoptado por los jueces de paz y por los menores, en partidos judiciales distintos al de México. En los juzgados mixtos de otros partidos y en las cortes penales de México, pudiera suceder lo mismo; es cierto que en estos casos tendría que ponerse la causa a la vista de las partes una vez declarada agotada la averiguación, también lo es que el defensor puede notificarse y si no lo hace habiendo transcurrido el término, se declarará cerrada la instrucción, se correrá traslado al defensor y al Ministerio Público, estos contestarán y se dictará auto, fijando fecha para la audiencia de vista, esta deberá ser notificada personalmente al reo, según lo determinan el Art. 85 y 87 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, pero como esta notificación tendrá forzo-

18.—Art. 481 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.

19.—Art. 308 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.

samente (en los supuestos anteriores) que hacerse fuera del Juzgado, si no se encuentra a la persona (en el caso nuestro al reo) ni a los parientes, o domésticos o cualquier otra persona que viva en la casa, pues el notificador de todas maneras practicará la notificación sin necesidad de nuevo mandato judicial, fijando una cédula en la puerta de la casa y asentando en autos la razón de tal circunstancia. Como la notificación ya está hecha, adelante con la audiencia de vista y la sentencia. ¿Luego podemos afirmar que el procesamiento y el juicio se lleva en rebeldía? Desde luego eso no es el espíritu de nuestra ley, aun cuando de hecho así acontezca. ¿No sería conveniente dado los errores de nuestra legislación procesal, adoptar el tipo especial de proceso contra ausentes, como se adopta y denomina en Alemania y referido a los delitos con sanción alternativa?

Beling, nos habla de ese proceso contra ausentes y nos dice: En el proceso ordinario, el inculpado debe participar en el mismo y tiene la posibilidad de esgrimir sus derechos de parte. Determinados actos procesales, bien es verdad, pueden tener efecto sin él y otros hasta deben celebrarse en su ausencia pero en ciertos momentos, la continuación del proceso depende del hecho de que el tribunal se ponga en comunicación con él. Así debe ser interrogado el acusado en el sumario; se le debe notificar antes de dictarse el auto de apertura, el escrito de acusación; se ha de citar al acusado para el plenario, etc. Por lo tanto, si el inculpado estuviera ausente en un momento así, es decir, en paradero desconocido o residente en el extranjero, de tal manera que no se pueda ejecutar la notificación, o si no compareciese en forma conveniente, debe detenerse forzosamente el proceso ordinario.

El juicio oral contra ausentes (con plenario y sentencia) está condicionado por el requisito de que el objeto procesal deba constituir solo un hecho, que esté castigado solamente con multa y confiscación o una infracción tributaria. En estos casos se admite una citación pública del acusado para el plenario. El plenario puede realizarse sin el acusado, pero no en el sentido de un proceso contumacial. Puede personarse en él el defensor, así como cualquier pariente del acusado, como su

representante. La notificación de la sentencia se efectúa públicamente. Al defensor y a los parientes corresponden ciertos derechos impugnaticios. (20)

La citación pública del acusado, hace que su ausencia en el debate sólo signifique la renuncia de su derecho de comunicación procesal. Nos parecería conveniente la adopción de ese proceso en nuestra legislación, reglamentándolo debidamente en concordancia con nuestro medio jurídico.

Nos parece también oportuno, agregar en este instante algo más a lo que habíamos tratado sobre la inmediatividad en la asunción de la prueba y referido a la necesidad de que esté presente el acusado, en la audiencia de vista, Beling nos dice en referencia a la legislación alemana que: Plenario es el debate oral ante el tribunal sentenciador encaminado al fallo de una sentencia sobre el fondo. Por lo tanto, solo debe celebrarse cuando sea jurídicamente admisible, y se espera que termine con una sentencia sobre el fondo.

Durante todo plenario deben estar presentes: el tribunal sentenciador con todos sus miembros (los mismos jueces desde el principio hasta el final) uno o varios representantes del Ministerio Fiscal (varios, simultánea o sucesivamente); así como un secretario que levanta acta; además, el defensor en los casos de defensa necesaria, y si ha sido nombrado (aunque no sea necesario).

Finalmente, es necesario la presencia del acusado. Este tiene el derecho y el deber de estar presente, y el tribunal no debe iniciar el debate sin él; incluso debe obligarle coercitivamente a comparecer si no hace uso de su derecho de asistir al plenario. Si el acusado está impedido para tomar parte en el plenario a causa de enfermedad, etc., debe aplazarse éste o su continuación hasta que desaparezca el impedimento. (21)

Por otra parte, cabe también ya que nos hemos referido a la sujeción a proceso, preguntarnos ¿no sería más conveniente adoptar esta denominación en aquellos casos de delitos con sanción corporal, en que el inculpaado obtiene su libertad pro-

20.—Beling. Págs. 353 y 354.

21.—Beling. Obra citada. Pág. 281.

visional bajo caución, antes de resolverse su situación jurídica? ¿Es correcto en estos casos la denominación de auto de formal prisión empleada por nuestras leyes? Hemos establecido anteriormente que las consecuencias entre otras del auto de formal prisión, es resolver la situación jurídica del inculpado dentro del término constitucional y justificar la prisión preventiva, pero si el inculpado antes de dictarse el mencionado auto de formal prisión, se encuentra en libertad provisional bajo caución, como podemos decir que existe formal prisión. A nuestro juicio, formal prisión puede considerarse, como formalización del hecho que una persona se encuentre recluída en un establecimiento que preste las seguridades debidas, para que un delincuente no evada la acción de la justicia. Pero el reo en el caso en cuestión se encuentra en libertad provisional, donde está su prisión. Podría pensarse que se le denomina así, para justificar el hecho anterior de haber sido detenido, pero el hecho de haber sido detenido ya está justificado en todo caso, con el cumplimiento de los requisitos del Artículo 16 Constitucional, pues si no se justifica, no procedería su detención. Aparte de que formal, nosotros pensamos se refiere a un estado presente y no a uno pasado. Además puede suceder que el inculpado sabedor de que existe una orden de detención en su contra, espontaneamente se presente al juzgado del conocimiento de la causa, y que se presente en condiciones de otorgar inmediatamente una fianza (hablamos en el sentido de que proceda) entonces ni siquiera habrá sido detenido, pues por detención entendemos también el estado de privación de libertad que sufre una persona por mandato de un juez. Lo único que existe en este caso es una restricción de la libertad y que deviene del propio auto que le concede la libertad provisional, bajo caución.

Expuesto lo anterior concluimos, que en todo caso si pudiera dar lugar a confusiones la adopción del concepto, auto de sujeción a proceso por estar reservado para aquellos delitos con sanción alternativa o multa, entonces podría adoptarse la denominación (en los casos a que nos hemos referido), de auto de procesamiento. Pero no obstante estos errores que a nues-

tro juicio, contiene la ley, todavía comete otro más grave, al determinar el Código de Procedimientos para el Distrito y Territorios Federales, en el Art. 301 lo siguiente: "Cuando por tener el delito únicamente señalada sanción no corporal o pena alternativa, que incluya una no corporal, no pueda restringirse la libertad, el juez dictará el auto de formal prisión, para el solo efecto de señalar el delito o delitos por los que se siga el proceso". Consideramos que la ley debe ser terminante y no tener redacciones en sentido figurado. El Código Federal de Procedimientos, si contiene una disposición correcta, que distingue las dos situaciones, aunque no la que ya hemos analizado.

e) LIBERTAD CAUCIONAL

Anteriormente habíamos tratado las limitaciones y restricciones a la libertad personal o de disposición de bienes así como en las cosas; ahora trataremos la libertad bajo caución, que si bien es cierto, también implica una restricción a la libertad, por las obligaciones a que queda sujeto el inculcado al obtenerla, también lo es que antes que esto implica la concesión por el estado de un beneficio de disfrutar de libertad de locomoción, aunque sea provisional. Pero esta libertad que se concede como beneficio, debe quedar sujeta a ciertas medidas precautorias, que adopta el estado para garantizar el fiel ejercicio de la función represiva y por ende la aplicación de la ley, en el caso concreto. Medidas consistentes en conminaciones que se hacen al reo, en el sentido de que debe presentarse a la autoridad que concediera el beneficio provisional, cuantas veces sea requerida su presencia; haciendo efectiva la fianza (en el supuesto de que se hubiera otorgado) en caso de desobediencia y además en su defecto, de todas maneras se le constituirá en prisión.

La libertad bajo caución, procura atemperar los efectos de la prisión preventiva, en otras palabras, procura corregir los defectos de esta medida precautoria, graduando la necesidad

que pueda autorizarla. La prisión preventiva quiere asegurar la aplicación efectiva de la ley. La libertad provisional permite evitar o hacer cesar la prisión, cuando el inculpado suministra una garantía económica o juramento de que cumplirá las obligaciones que le sean impuestas, y que aseguren también la aplicación de la ley; en tal virtud la libertad provisional implica en cumplimiento de las garantías individuales, un estado provisional de libertad, sometida a ciertos compromisos legales en que se encontrará el inculpado en virtud de la cesación de la detención o de la prisión preventiva.

Algunos tratadistas nos hablan de que el dinero substituye a la persona (inculpado), que la libertad siendo un valor muy apreciado, sólo es substituído por otro también apreciado que es el dinero, etc. Nosotros consideramos que desde ningún punto de vista, pueden justificarse estas expresiones, pues el dinero por su propia naturaleza, jamás podrá substituir a la persona. Aparte de que la sociedad está interesada en que se repriman los delitos, y que se imponga una sanción a aquellos delincuentes, que quebranten el orden social, pues la sociedad no quedaría conforme si se hace efectiva la fianza, por que el reo eluda la acción de la justicia. Nosotros creemos que la libertad provisional, es una garantía y respeto por la libertad y que se otorga bajo el influjo de aquel principio de que nadie es culpable hasta en tanto no sea declarado en sentencia ejecutoria. Y subsidiariamente la fianza que se otorgue únicamente hará menos fácil que el reo evada la acción de la justicia, por lo que pueda significar para él, la pérdida del dinero, aunado a la zozobra de que será víctima, por hacerse sabedor de la reapprehensión de que será objeto. Pensamos también que este es el lineamiento que debían seguir los jueces, al conceder la libertad, y tomarlo en consideración, para la fijación de las cauciones, sobre todo en aquellas personas faltas de recursos, que no tienen mas patrimonio que su propio trabajo, dado que les es más difícil a estas personas, eludir la acción de la justicia aun cuando se les fije una caución baja, por el temor de perderla; aparte de que su desplazamiento a otro lugar también les es difícil. Mientras aquellas otras personas acaudaladas, les

será más fácil eludir la acción de la justicia, toda vez que pudiera no importales la pérdida de la caución, además que su desplazamiento a otro lugar es sumamente fácil, al determinar esto, no solamente nos queremos referir a un desplazamiento de un estado a otro de la República en que existen posibilidades de poder ser localizados, sino que estas personas pueden trasladarse a cualquier estado extranjero, donde será prácticamente difícil su localización.

El artículo 20 Constitucional, en su fracción primera establece la garantía individual de que, todo inculpado tiene derecho a obtener su libertad provisional inmediatamente que la solicite, sin más requisitos que el otorgamiento de una caución hasta por la cantidad de \$ 250,000 pesos, y que el delito imputado al solicitante, en su término medio aritmético de la sanción imponible, no exceda de 5 años.

Respecto a la concesión de la misma, debe entenderse que quedan facultadas únicamente las autoridades judiciales, y no el Ministerio Público, esto lo pensamos en virtud de que como las limitaciones a la libertad personal, solo pueden llevarse a cabo mediante ordenamiento de la autoridad judicial. La concesión de la libertad independientemente de entrañar un juicio valorativo, entraña también restricciones a la libertad (obligación de comparecencia etc.) que sólo pueden ser impuestas por la autoridad mencionada.

La fijación del monto de la caución, queda reservada desde luego, también al juez del conocimiento, para lo cual la ley le recomienda tenga en consideración:

- I.—Los antecedentes del inculpado;
- II.—La gravedad del delito o de los delitos imputados;
- III.—El mayor o menor interés que pueda tener el acusado para sustraerse de la acción de la justicia;
- IV.—Las condiciones económicas del acusado; y
- V.—La naturaleza de la garantía que ofrezca. (22)

Ahora bien el Art. 20 Constitucional, en su fracción primera, además determina: que cuando se trate de un delito que

22.—Atrs. 560 del Código del Distrito y 402 del Código Federal.

represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos, la garantía será, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado. De la redacción de éste artículo entonces podemos deducir que hace una distinción entre aquellos delitos que causan y no daño patrimonial. Luego debemos entender que la caución en los primeros es únicamente en garantía de la acción de la justicia, mientras que en los segundos esta garantía se complementa confundiendo con la garantía para intereses civiles, (resarcimiento del daño). Pero cabe observar que la gravedad del hecho punible no se corresponde necesariamente con la importancia de la indemnización a que hubiere lugar. (23) Y que una cosa es la garantía que se exige y se otorga, para hacer menos posible que el inculpado eluda la acción de la justicia y otra es la garantía (embargo precautorio de bienes, o fianza que para que no se lleve a efecto éste, otorgue el obligado) para intereses civiles consistentes en el resarcimiento del daño. Planteada en esta forma su distinción, su finalidad todavía es distinta, pues mientras una tiende a hacer posible la aplicación de la ley penal al caso concreto, la otra tiende a hacer posible el resarcimiento del daño, luego no se justifica que la ley diga que la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido, o daño ocasionado; confundiendo las dos instituciones, pues pudiera suceder que el inculpado antes de solicitar su libertad, ya hubiera resarcido del daño a la víctima, y además que por determinadas circunstancias se infiera que dicho inculpado no tubiere interés en sustraerse a la acción de la justicia. Por otra parte piénsese en el caso de que al inculpado se le dicte auto de libertad por falta de méritos, y luego se decrete el sobreseimiento por no haberse aportado más pruebas dentro del término legal, que acreditaran cuando menos su presunta responsabilidad. Si el inculpado solicita su libertad bajo caución, antes de que se resuelva su situación jurídica, como se justifica que se le imponga una, que toma como base el daño ocasionado, si todavía

23.—Alcalá Zamora. Obra citada. Pág.

no se comprueba el cuerpo del delito y su presunta responsabilidad.

Creemos aunque no lo determinen las leyes, que sólo procederá el aseguramiento de bienes en garantía de intereses civiles después de dictar el auto de formal prisión, (nosotros diremos del procesamiento). No sería mejor obligar al inculpado a que garantice el resarcimiento del daño por una parte, y que por otra se le fije una caución atendiendo a la gravedad del delito, y su mayor o menor interés en sustraerse a la acción de la justicia etc. Nosotros consideramos que para evitar perjuicios al inculpado y para no hacer nugatorio el derecho a obtener la libertad provisional concedida con una caución que resultará, sumamente elevada al triplicar el beneficio obtenido o el daño ocasionado, se debería establecer una reglamentación en este sentido: que cuando se trate de un delito, que represente para su autor un beneficio económico, o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos se deberá garantizar previamente el resarcimiento de los daños con una garantía igual al monto de dichos daños, dejando al criterio del juzgador la fijación de la caución para garantizar el éxito de la justicia.

Ahora que habrá delitos en que el momento de solicitar la libertad bajo caución, no pueda precisarse el monto del daño ocasionado, pues entonces dejar al juez valorar provisionalmente el monto probable de dichos daños. Pero surge el problema de aquellos daños exigibles a terceras personas distintas del inculpado, sobre esto, hablaremos en seguida.

a) EMBARGO Y FIANZAS

Consideramos oportuno establecer, que en virtud de las distinciones de las garantías requeridas para la realización eficaz de la justicia penal, y de las otras para la satisfacción de intereses civiles; a las primeras las denominaremos **cauciones** y a las segundas, **fianzas**.

Pues bien, el embargo, y la fianza son medidas de naturaleza civil, trasplantadas al terreno procesal penal, que tienen por finalidad garantizar las obligaciones civiles derivadas del delito. La obligación de resarcir el daño ocasionado, por el delito constituye el objeto accesorio del proceso, por lo que en aquellos delitos en que no existe ningún daño patrimonial, sólo existirá el objeto principal que está constituido por el tema que el juez tiene que resolver en su sentencia, es decir, la aplicación de la ley al caso concreto.

El delito produce siempre un daño público, porque quebranta la tranquilidad social y produce alarma en la sociedad al turbar el orden jurídico establecido, pero además del daño público que produce, origina otro daño que tiene un carácter particular que quien lo causó está obligado a resarcir. Este daño patrimonial no es esencialmente privado sino que también afecta al interés público con el fin de calmar el sentimiento de venganza que produce el delito. Por ello, los códigos de Procedimientos establecen que todo tribunal o juez, cuando esté comprobado un delito, dictará oportunamente las providencias necesarias para restituir al ofendido en el goce de sus derechos que estén legalmente justificados. Esto significa el reconocimiento de que en todo delito que cause un daño o perjuicio de orden patrimonial, debe procederse a su resarcimiento. (24)

De acuerdo con lo que dispone el Art. 29 del Cod. Penal, la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de **pena pública**; pero cuando la reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil. Luego enumera en el Art. 32 los terceros obligados a reparar el daño. El Art. 34 determina que la reparación del daño proveniente del delito, se exigirá de oficio por el Ministerio Público, en los casos que proceda. Esto debe entenderse cuando se trate de delitos que afecten al interés patrimonial y cuando tenga que hacerse efectiva en bienes del inculpado, pues si se ha de hacer efectiva en bienes de tercera persona, entonces solamente el ofendido podrá exigirla mediante un procedimien-

24.—González Bustamante. Obra citada. Pág. 291.

to especial establecido en el Código de Procedimientos, o de acuerdo con el Cod. de Procedimientos Civiles en aquellos delitos federales.

La reparación del daño comprende la restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma y la idemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia; debe fijarse por los jueces en la sentencia que pone fin al proceso, tomando en cuenta el importe que sea preciso reparar y de conformidad con las pruebas obtenidas así como a la capacidad económica del obligado a pagarla.

Establecido lo anterior, el embargo constituye una medida precautoria, que tiene como finalidad inmediata, impedir que ciertos bienes que puedan garantizar el resarcimiento del daño ocasionado con el delito, sean ocultados o enajenados, y como finalidad mediata asegurar o facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzosa, es decir, que en el supuesto de que el reo resulte sentenciado condenatoriamente y por ende se le imponga como sanción, la reparación del daño, así como cuando se condene a dicha reparación al tercero obligado, el ofendido tendrá asegurado su derecho al resarcimiento del daño.

El Art. 35 del Código de Procedimientos para el Distrito y Territorios Federales establece que: "cuando haya temor fundado de que el obligado a la reparación del daño, oculte o enajene los bienes en que deba hacerse efectiva dicha reparación, el Ministerio Público o el ofendido en su caso, podrán pedir al juez el embargo precautorio de dichos bienes.

Para que el juez pueda dictar el embargo precautorio bastará la petición relativa y la prueba de la necesidad de la medida. A menos que el acusado otorgue fianza suficiente, a juicio del juez, este decretará el embargo bajo su responsabilidad".

De la redacción del artículo transcrito, se desprende en primer lugar, que el Ministerio Público de oficio puede solicitar al juez que decrete el embargo precautorio en bienes del inculpado, pero deberán acreditar la necesidad de la medida; a esto cabe observar que la providencia precautoria tiene como

función evitar el peligro en la demora, por otra parte la sociedad está interesada en que se le restituya en sus bienes al ofendido, luego consideramos que no tiene razón de ser la exigencia de acreditar la necesidad, ahora que hay que hacer una distinción entre si el embargo se solicita antes o después de dictarse el auto de procesamiento, la ley no nos determina en que tiempo deba hacerse, pero nosotros consideramos que es procedente después que se resuelva la situación jurídica del imputado; las leyes procesales en vigor no lo establecen. (En el Cod. de Procedimientos en materia de Defensa Social de Chihuahua, establece expresamente que después de haber dictado el auto de reclusión preventiva, se decretará el embargo) expresamente pero teniendo en cuenta, que es en el auto de procesamiento donde se fija la materia del proceso, resulta inconveniente proceder al embargo precautorio de bienes antes que se dicte aquel, pues pudiera suceder que el inculpado sea puesto dentro del término constitucional en libertad por falta de méritos, lo que daría origen a una situación indecisa. En tal virtud creemos, que si el embargo precautorio se solicita por el Ministerio Público de oficio o a petición de parte (como dice el Cód. Federal de Proc.) después de haberse decretado el procesamiento, no deberá justificar la necesidad, pues es fácil de presumir que todo inculpado que comete un delito del que obtiene beneficio u ocasiona daño, por razón natural tiende a ocultar o enajenar los bienes, para quedar en estado insolvente y evitar cumplir con la obligación de resarcir el daño. Sin embargo creemos que sí debe justificarse la necesidad de la medida, cuando se solicite antes de que se resuelva la situación jurídica del imputado. Ahora bien, también creemos (de acuerdo con los razonamientos que hicimos al hablar sobre la libertad bajo caución), que el embargo sólo debería justificarse cuando el inculpado se encuentre en prisión preventiva o detención, pues en el caso de que éste se encuentre gozando de libertad provisional bajo caución, ya hemos visto que la ley establece que para concederle dicho beneficio, deberá otorgar caución cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado, y no obstante todavía, se le grava más

al decretar un embargo en su contra para asegurar el resarcimiento del daño ocasionado, o en caso de que éste trate de evitarlo, deberá otorgar otra garantía, (fianza). Por todo lo cual volvemos a insistir que para evitar estas situaciones en los delitos de la índole que estamos tratando, debería establecerse por la ley, que para obtener la libertad provisional, se debe primeramente garantizar con fianza la obligación al resarcimiento del daño, y una vez hecho esto, dejar al criterio del juez fijar el monto de la caución para garantizar el fiel ejercicio de la función represiva. En esta forma cumplirá el Estado mejor su justa pretensión de asegurar el justificado derecho que tiene la víctima, para que se le resarza del daño que se le ocasionara con la comisión del delito, y el propio inculpado puede ser también beneficiado. El Art. 35 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales establece: "El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá: entre el Estado y la parte ofendida etc.; que los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicaran al pago de la sanción pecuniaria, cuando el inculpado se substraiga a la acción de la justicia; que se cubrirá de preferencia la reparación del daño etc. Y el Art. 29 del propio Código Penal nos dice: que la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño, y que éste tiene el carácter de pena pública etc.

De todo lo anterior se deduce el interés del Estado en que se repare el daño; si el inculpado se sustrae a la acción de la justicia los depósitos (nosotros más bien diríamos las garantías) que se otorguen para gozar de la libertad provisional, se aplicarán al pago de la sanción pecuniaria.

Ahora supongamos que el inculpado es insolvente y que la caución se haya otorgado por tercera persona, y que esta solicita que se le releve de la obligación y presente al reo; que caso tuvo entonces, que al fijar el monto se haya tenido en consideración el daño triplicado, de todas maneras no será posible el resarcimiento del mismo. Por lo que concluimos que es beneficioso para el propio reo, otorgar fianza que garantice el daño, y caución para gozar de libertad provisional. Además así puede el Estado cumplir eficazmente, en su pretensión justa de proteger los intereses de la víctima.

Respecto al embargo que se solicite en contra de los terceros a que se refiere el Art. 32 del Código Penal, será el ofendido el único facultado para hacer dicha solicitud, rigiéndose su tramitación por las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles; según lo especifican los Arts. 533 y 538 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, y 493 del Código Federal. Pero cabe hacer presente que a nuestro juicio, el Código de Procedimientos para el Distrito, tiene discordancia en sus Arts. 35 y 538, pues mientras el primero establece que cuando haya temor fundado de que el obligado a la reparación del daño, oculte o enajene los bienes en que deba hacerse dicha reparación, el Ministerio Público o el ofendido, en su caso, podrán pedir al juez el embargo precautorio de dichos bienes, y que para que el juez, pueda dictar el embargo, precautorio, bastará la petición relativa y la prueba de la necesidad de la medida etc.

Como puede apreciarse la ley nos habla de un obligado, y no especificándose que obligado, nosotros creemos que se refiere tanto al inculpado como al tercero civilmente responsable. A mayor abundamiento nos dice, que el Ministerio Público o el ofendido en su caso, podrán pedir el embargo, etc. Al decir en "su caso", quiere también referirse a aquellos embargos que se piden en contra del inculpado que sólo podrá solicitarlo el Ministerio Público, y aquellos otros en que sólo el ofendido podrá hacer dicha solicitud, por lo tanto en ambos casos, serán los mismos requisitos para que sea dictado. No obstante el Art. 538, determina que las providencias precautorias que pudiere intentar la parte civil, se seguirán por lo que sobre ellas dispone el Cód. mencionado en el Art. anterior, (se refiere al Cód. de Proc. Civiles). Entonces cuales requisitos se deben llevar, los del Art. 35 del Cód. de Proc. Penales, o los del Art. 239 y 244 del Cód. de Proc. Civiles, pues son distintos unos y otros, ya que mientras en el primero sólo se requiere acreditar la necesidad de la medida, en el segundo no sólo esto, sino que deberá otorgarse fianza que responda por los daños y perjuicios que se sigan, ya porque se revoque la providencia, ya porque entabla la demanda sea absuelto el reo. En la práctica

según tenemos sabido, nuestras Cortes Penales, sólo exigen como requisito, acreditar la necesidad de la medida.

El Cód. de Procedimientos Federales, si establece la distinción de los requisitos, según se trate de unos casos u otros, diciéndonos en su Art. 149 que: Cuando haya temor fundado de que el inculpado oculte o enajene los bienes en que pueda hacerse efectiva la reparación del daño, el Ministerio Público, de oficio o a instancia de quien tenga derecho a la reparación, podrá pedir al tribunal el embargo precautorio de dichos bienes, el que se decretará con sólo esta petición y la prueba de la necesidad de la medida; pero si el inculpado otorga fianza bastante, a juicio del tribunal, podrá no decretarse el embargo o levantarse el que se haya efectuado.

Y en el capítulo referente a la reparación del daño, exigible a persona distinta del inculpado, Art. 493 nos dice: que las providencias precautorias se regirán por lo que dispone el Código Federal de Proc. Civiles; que al efecto en su Art. 391 nos determina: "La parte que solicite la medida debe previamente otorgar garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que con ella se ocasionen, y la parte contra la que se dicte para obtener el levantamiento de la medida, o que no se efectúe, otorgará contragarantía suficiente para responder de los resultados del juicio.

Nosotros consideramos que la ley no debería exigir el otorgamiento de una fianza a la víctima, para que pueda decretarse la providencia precautoria, ni siquiera acreditar la necesidad de la medida, por la desigualdad en que son colocados los ofendidos, pues no debemos olvidar que estos han sufrido un daño, además que en muy pocas ocasiones vemos que las personas que son víctimas tengan posibilidades económicas, ya que las que la tienen o no reclaman el daño o en su defecto tienen todos los medios para poder exigir la reparación del daño. Mientras que nuestro humilde pueblo, que es el que en su gran mayoría resiente el peso del daño por la comisión de delitos, con que dinero puede otorgar una fianza, para obtener la providencia precautoria; aun cuando es de presumirse que en los casos de la obligación civil de los ascendientes por los descendientes

bajo su patria potestad, tiendan a ocultar o enajenar bienes para quedar en estado de insolvencia, evitando la reparación del daño.

Ahora que habrá otros obligados civilmente (personas físicas o morales), por ejemplo los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos comerciales, sociedades o agrupaciones, etc., en que será más difícil que devenga su insolvencia, y en contra de los cuales se dificultará en ocasiones, obtener la providencia precautoria de embargo, por no ser fácil justificar la necesidad de la medida; pues se entiende que por tener solvencia económica, en el momento oportuno se puede hacer efectivo el resarcimiento del daño ocasionado al ofendido. Pero nosotros nos planteamos la situación que habíamos tratado al hablar sobre la libertad provisional; supongamos que un obrero al estar desempeñando su servicio cometa un delito que cause daños patrimoniales, entonces el patrón estará obligado a la reparación del daño, pero como estas personas por lo general procuran evitar cualquier erogación de dinero, por razón natural de sus actividades a que se dedican, tratan de hacer lo más largo posible el juicio, abusando de los recursos que la ley establece; por lo que habrá casos que ya cuando se declare ejecutoriada una sentencia, el ofendido dejó de existir. Por otra parte como ya hemos dicho, al trabajador le será prácticamente imposible obtener el beneficio de gozar de libertad provisional bajo caución, ya que la ley para fijar la caución, toma como base el daño triplicado; al patrón salvo raras excepciones no le interesa el trabajador y por tal motivo no es frecuente que se constituya en su fiador, pues aquel, sólo le interesa defender lo que le afecta, es decir el daño que se le reclama. Circunstancias por las cuales consideramos que la ley debería establecer, que, en el momento en que aparezca en constancias procesales que un tercero tenga responsabilidad civil, se le exija que constituya un depósito, o que garantice en cualquier forma el resarcimiento del daño; en su negativa, se le deberían embargar bienes suficientes que lo garanticen, bastando para que se decrete esta medida, la solicitud del Ministerio Público

o del ofendido. De lo expuesto concluimos que el Ministerio Público de oficio también en estos casos, debería solicitar el embargo precautorio de bienes, sin necesidad de acreditar la necesidad de la medida, pues ésta responderá a una finalidad de justicia y de defensa del propio inculpado; ya que al ejercitarse esta coerción en contra del responsable civil, éste podía, si no reparar el daño íntegramente, cuando menos llegar a un arreglo satisfactorio con el ofendido, evitándole a éste, la espera que siempre se hace de daños para que se le resarza del daño.

Por último puede considerarse como precautoria aquella medida a que se refieren los Arts. 203 del Código de Procedimientos del Distrito y 246 del Código Federal. Relativa a que los testigos deben ser examinados por separado, recibiendo en forma singular su testimonio. Estas medidas tienen por objeto evitar que otros testigos se enteren de un testimonio, con lo cual perjudicarían el esclarecimiento de la verdad, pues pudiera suceder que los testigos discreparan en sus testimonios, siendo necesario establecer después quien se condujo con verdad, en caso negativo hará que surja la duda en el juez sobre la forma de realización de los hechos, etc.

CONCLUSIONES

I.—Providencia precautoria, es la acepción correcta de aquellas medidas asegurativas reales o personales que tienden a hacer posible la realización de la justicia.

II.—Las providencias precautorias tienen una gran relevancia, de tal manera que podemos afirmar que son vida y medio de la realización de los fines procesales.

III.—El interés específico que justifica la imposición de las providencias precautorias, es un interés social que surge de la existencia de un peligro de daño jurídico y de alteración del orden social.

IV.—La finalidad de las providencias precautorias es facilitar el descubrimiento de la verdad, garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia y con ello asegurar la consecución de los fines esenciales del proceso.

V.—La naturaleza de las providencias precautorias es pública, en virtud de tener una estrecha conexión con los preceptos constitucionales; que norman y disciplinan la conducta de los órganos jurisdiccionales a quienes compete dictarlas. Es provisional e instrumental en cuanto no son fin por sí mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia cuyos efectos anticipa.

VI.—Debe dejarse al juez establecer la oportunidad de la providencia precautoria, quien deberá con un justo criterio evitar que la voluntad de la ley quede impedida en su actuación o se haga difícil en su tiempo.

VII.—Es necesario suma prudencia y científico equilibrio, para asegurar la satisfacción del interés represivo, con el más leve menoscabo de la libertad. La solución equitativa para este antagonismo será que nuestras autoridades se ajusten estrictamente a las normas consagradas en nuestra Constitución.

VIII.—Las limitaciones a la libertad sólo deben ser autorizadas y ordenadas en la medida de la más estricta necesidad, siendo necesario que la autoridad jurisdiccional la verifique; para lo cual debe auscultar la naturaleza y gravedad del delito que se investiga, las condiciones sociales, económicas, morales y antecedentes del presunto afectado con la imposición de la medida precautoria.

IX.—Debe establecerse en nuestra legislación, en reconocimiento al principio de inmediatividad en la asunción de la prueba, la obligatoriedad de su repetición dentro de lo posible, en la audiencia de vista.

X.—También se hace necesario, que nuestra legislación imponga como requisito indispensable la presencia del imputado para llevar acabo la audiencia de vista. La citación para esta audiencia siempre debe ser personal. Si en la fecha fijada para la audiencia no comparece el acusado, deberá posponerse, si para la siguiente tampoco se presenta, se le deberá hacer comparecer por la fuerza, sin perjuicio de hacer efectiva la caución y constituirlo en prisión.

XI.—La citación del imputado debía de ser la primera medida a que debe recurrirse en todos aquellos delitos cuya pena máxima no exceda de dos años.

XII.—Para que la justicia sea más eficaz y expedita, debe reformarse el artículo 133 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales. Estableciéndose que las órdenes de detención se entregarán directamente a la policía judicial.

XIII.—La denominación auto de sujeción a proceso, debía adoptarse en todos los casos en que al resolverse la situación jurídica del inculpado, se demuestre el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad. O en todo caso auto de procesamiento para los delitos con sanción corporal, y auto

de sujeción a proceso para los delitos con sanción alternativa. Aunque los dos términos tienen el mismo significado, su distinta denominación obedecerá a evitar posibles confusiones.

XIV.—Se debe reformar el artículo 20 Constitucional, en su fracción primera, estableciéndose que:

En los delitos que causen daño patrimonial o se obtiene un beneficio por el delincuente, para poder gozar de la libertad provisional, se deberá previamente garantizar el resarcimiento del daño ocasionado en beneficio obtenido. En tal forma no sólo se cumple con la justa pretensión del Estado de que sea satisfecho el daño sufrido por la víctima, sino que favorece al propio inculpado.

BIBLIOGRAFIA

- ALCALA ZAMORA y LEVENE hijo.—Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, 1945.
- BELING.—Derecho Procesal Penal. Barcelona, 1945.
- CALAMANDREI.—Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Buenos Aires, 1945.
- CARNELUTTI.—Lecciones de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, 1950.
- CARNELUTTI.—Sistema del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, 1944.
- CARRARA.—Programma del Corso di Diritto Criminale. Lucca, 1867.
- CHAVEZ HAIYHOE.—Prontuario de Ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia en México.
- CHIOVENDA.—Instituciones de Derecho Procesal Civil. Madrid, 1936.
- FENECH.—Curso Elemental de Derecho Procesal Penal. Barcelona, 1945.
- FLORIAN.—Elementos de Derecho Procesal Penal. Barcelona, 1944.
- GONZALEZ BUSTAMANTE.—Principios de Derecho Procesal Penal. México, 1945.
- JIMENEZ DE ASUA.—La Ley y el Delito. Buenos Aires, 1954.
- MANZINI.—Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, 1954.
- MUÑOZ LUIS.—Comentarios al Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. México, 1951.

PEÑA GUZMAN.—La Libertad Provisoria.

PODETTI.—Las Medidas Precautorias en la Doctrina de Goldschmidt. Revista de Derecho Procesal. Año IX, Número 3.

RIVERA SILVA.—El Procedimiento Penal. México, 1944.

SENTIS MELENDO.—La Pericia in Futurum. Revista de Derecho Procesal. 1943. Segunda Parte.

LEGISLACION VIGENTE

CODIGO Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

CODIGO de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.

CODIGO Federal de Procedimientos Penales.

CODIGO de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales.

CODIGO de Procedimientos Civiles.

LEY ORGANICA del Ministerio Público Federal.

LEY ORGANICA del Ministerio Público Común.

LEY ORGANICA del Poder Judicial de la Federación.

LEY DE RESPONSABILIDADES de los funcionarios de la Federación del Distrito y Territorios Federales y altos funcionarios de los Estados.