

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE
QUERETARO
ESCUELA DE DERECHO

"LA LIBERTAD
EN EL PROCEDIMIENTO PENAL"



Publicación Central.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERETARO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MARIA GUADALUPE VILLALPANDO E.
QUERETARO, QRO. 1974.

No. Adq. H61210

No. Título _____

Clas. D343.33

V 714 2



[Faint, illegible text]
IMPRESA DEL VICEPRESIDENTE DE LA REPUBLICA

A mis queridos padres
Juan y Guadalupe, con
Cariño y gratitud.

A la memoria de mi hermano
Dr. Juan Antonio Villalpand@ Enriquez.

A mis hermanos,

Josefina, Francisco, Julia,
Juan, Gabriel, Alejandro, -
Miguel, Ignacio German, Ma.
de los Angeles, Ma. del Car
men, Carlos.

Con admiración y respeto a
todos mis maestros y a mi
Honorable Jurado.

A mi Director de Tesis
LIC. GUSTAVO VELAZQUEZ VEGA,
en testimonio de agradecimiento.

A mi compañera y amiga
LIC. Ma. DE LOS ANGELES URQUIZA R.

I N D I C E

INTRODUCCION.

C A P I T U L O I

LA LIBERTAD EN LA SOCIEDAD.- A).- La libertad íntima y la libertad externa. B).- Libertad natural y libertad civil. C).- ¿Dónde opera la libertad? D).- La vida y la libertad. E).- La libertad como creadora del derecho.- F).- La libertad como ideal jurídico.

C A P I T U L O II

CORRIENTES FILOSOFICAS DE LA LIBERTAD EN LA SOCIEDAD.- A).-- El Libre cambio de la realidad social. B).- Rousseau y Kant. C).- Hegel. D).- La libertad como fin permanente del Derecho. E).- La libertad dentro de una estimativa jurídica. F).- La concepción humanista. G).- Supremacía de la libertad personal. H).- Justificación de las limitaciones a la libertad. I).- La libertad debe ser recíproca.

C A P I T U L O III

LA LIBERTAD EN EL DERECHO. EL DERECHO DE LIBERTAD. LA LIBERTAD EN EL DERECHO PENAL.- A).- Delimitación de conceptos. B).- Definición negativa del derecho de libertad. C).- Kelsen y los actos potestativos. D).- Lo jurídicamente permitido. E).- Errores de la definición tradicional y negativa de la libertad jurídica. F).- La libertad como un derecho absoluto. G).- La libertad jurídica dentro del formalismo. H).- La libertad en el derecho penal. I).- La libertad como un incidente. J).- La libertad frente al derecho penal. K).- Limitaciones a la libertad personal. L).- Limitaciones a la libertad. M).- Somero examen del delito.

C A P I T U L O IV

EXAMEN DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.- A).- Algunos antecedentes del artículo 16. B).- Sentido liberal de la Constitución del 17 y examen de su artículo 16. C).- La orden de detención debe ser escrita, motivada y fundada. D).- Intervención de la autoridad administrativa, para la detención de un acusado. E).- Flagrante delito. F).- La denuncia y la querrela. G).- La actividad jurisdiccional.

C A P I T U L O V

EXAMEN DEL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL. A).- Artículo 19 constitucional para el constituyente del 17. B).- El auto de formal prisión sus efectos, fines y requisitos. C).- Comprobación del cuerpo del delito. D).- La probable-responsabilidad. E).- El auto de libertad por falta - de meritos con las reservas de Ley. El auto de sujeción a proceso.

C A P I T U L O VI

LA LIBERTAD BAJO CAUCION.- A).- Limitaciones a la libertad.- Defensa de la libertad durante el procedimiento. Antecedentes generales de la libertad provisional. B).- ¿Qué es la libertad bajo caución? C).- Algunos antecedentes en nuestra legislación. D).- La libertad bajo-caución en nuestro código de procedimientos penales - del Estado de Querétaro. ¿Qué es un Incidente? Clasificación y caracteres.

C A P I T U L O VII

LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO PROTESTA. A).- ¿Que es? sus causas y objeto. B).- Diferencias con la libertad bajo -caución. C).- Requisitos y causas de procedencia. D).- Fundamentos para revocar la libertad provisional.

C A P I T U L O VIII

LA LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.- A).- ¿Que es? sus causas y objeto. B).- La libertad por desvanecimiento de datos en nuestras leyes vigentes. Caracteres generales. C).- Estudio comparativo del incidente de libertad por desvanecimientos de datos entre el Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales. Y el Código Federal de Procedimientos Penales.

C A P I T U L O IX

LA LIBERTAD PREPARATORIA. LA CONDENA CONDICIONAL.- A).- ¿Que es? sus causas y objeto. B).- Caracteres generales de la libertad preparatoria en nuestras Leyes vigentes. C).- La condena condicional. El indulto.

CONCLUSIONES.

Esta tesis su tema me ha llevado a escogerlo porque considero de trascendental importancia la libertad como elemento esencial del desarrollo de la propia individualidad, encontrando su origen en la misma naturaleza de la personalidad humana.

La libertad es un anhelo íntimo del hombre, una cualidad esencial a su naturaleza; y asimismo un presupuesto necesario para su convivencia en sociedad.

El hombre, un ente sociable, se caracteriza por ella y con ella debe convivir en la comunidad.

La libertad es eterna y sin embargo ha variado a cada instante. Indispensable es encontrar las aplicaciones y variaciones que precisa nuestra época.

La libertad debe ser protegida en todos los momentos de la vida de un ser humano. La sociedad por sí y por las individualidades que la constituyen, así lo procura cuando es racional.

Es urgente, entonces, defender ardientemente la libertad que se encuentra en peligro de ser limitada.

Esto es lo que me ha llevado a escoger el tema de mi tesis. Me permito el repetir -en esta época, - en que parece creerse lo contrario- que el Derecho no se enfrenta a la libertad.

Es necesario comprender que como su protectora y defensora, es dentro de él donde podemos encontrarla. No existe ni puede haber libertad contra libertad, y es sólo bajo un orden social, custodiado, por el Derecho, donde puede darse la coexistencia de las libertades de los hombres.

CAPITULO PRIMERO

LA LIBERTAD EN LA SOCIEDAD

**A).- LA LIBERTAD INTIMA Y LA LIBERTAD EXTERNA. LA LIBERTAD,-
LA AUTORIDAD Y EL ORDEN.**

La libertad es propia de la condición humana, y, sin embargo, la historia del hombre -que viene a ser la afirmación de la libertad- se extiende hacia el que la contempla como una lucha constante contra ella.

Para el conocedor -historiador, filósofo, jurista que estudia la libertad, siempre es preciso hacer una distinción en ella. No es lo mismo, aclara, la libertad íntima, psicológica, de la "relativizada libertad externa y social".

Dice Francisco Ayala: "hay que diferenciar entre la libertad como principio metafísico, ligado a la condición humana, y la libertad como principio metafísico, ligado a la condición humana, y la libertad como principio práctico de organización social".

Indiscutible es que la vida social necesita de un orden determinado, de un conjunto de principios sustentados en la autoridad del grupo y que se obliga al individuo a respetarlos por medio de diferentes formas de coacción.

En el grado más elemental, o más desarrollado, una sociedad impone su orden en formas coercibles. Para muchos esto importa una merma a la libertad íntima del hombre, y sin embargo, se olvida que la libertad no es la carencia de orden, la falta de dependencia en la vida humana; sino que la libertad significa el libre albedrío para tomar una determinación, para sujetarse a un orden, pero también el saberse someter a la determinación, al orden, al camino decidido con anterioridad.

Podría alegarse que la vida en sociedad no es un hecho al que el hombre se encuentre sujeto por su libre albedrío, sino que ya está sometido al orden social al momento de nacer, así le parezca o no.

Esto es cierto, pero no obsta para impedir que hombre -consciente, el hombre racional, o más exactamente, el hombre productivo, luche por alcanzar su verdadera libertad, es decir, la libertad individual, la que forma el orden social.

Pudiera parangonarse el dicho popular, y la conclusión no sería menos exacta: "Los hombres viven en la sociedad que se merecen, esto es, en la que han logrado, en la que han producido".

Aclarado pues el punto de que vivir en sociedad, sujeto a los ordenamientos y exigencias de ésta, en tanto que racio

nales y respetuosos de la dignidad humana, y logrados a través de ésta, no significa ningún detrimento a la libertad, - que en otra forma sería libertinaje, conviene aclarar que el hecho de vivir en sociedad no es por entero un hecho dependiente de nuestro criterio, cuando más a nuestro criterio es taría escoger el tipo, la forma de la sociedad-- sino una ne cesidad de naturaleza humana. A lo cual, Aristóteles ya se re fería al hablar del hombre como animal político.

El hombre está determinado por su condición natural a v ivir íntimamente una vida sin trabas, pero a la vez su natu raleza también lo determina a vivir en sociedad. Y deberá h a cerlo en forma que la sociedad constituida por él, no impida: "el despliegue de la personalidad viva de sus miembros", que se encuentre sujeto a los mandatos de una autoridad racional.

"La autoridad racional tiene su fuente en la com peten cia", aquella sociedad en la que respeta la autoridad es por que e jerce completamente su función, la paz, la seguridad, el b ienestar, etc. En cambio las fuentes de la autoridad - ir r racional son siempre el poder ilimitado y el temor.

En una sociedad sana -dado por aceptado que puede haber sociedades enfermas, al igual hay hombres sanos y hombres en fermos- sólo puede ejercer el mando, las fuerzas de co acción, una autoridad racional y ésta es aquella que se sustenta en la d ignidad humana, que el hombre sano ha formado, que aprueba "la facultad y el derecho- del hombre para juzgar las no r mas válidas de su vida".

B).- LIBERTAD NATURAL Y LIBERTAD CIVIL. "LIBERTAD ORGANIZADA" Y "LIBERTAD PREVIA A LA ORGANIZACION.

Habla Francisco de Ayala de ciertas zonas de existencia que no han sido tocadas por los preceptos que son obj etiva ción del orden social. Es decir, en estos espacios de nue s tra vida la conducta no tropieza con las normas de una regu lación externa.

A estos ámbitos del aca ecer humano, nos dice el mismo autor, se llega porque:

1o.- "La capacidad socializadora del hombre no ha alcan zado a cubrirlos todavía con su organización".

2o.- Porque ex-profeso el hombre los ha dejado ajenos, a cualquier regulación.

Los filósofos del Derecho -sigue diciendo de Ayala ha cían indudablemente esta distinción, entre otras, al referir se a la libertad natural" y a la "libertad civil". Sociológic

camente, también estas dos especies son formas reales de libertad; una libertad previa a la organización, que yo considero más que una verdadera libertad una etapa humana, y la libertad preservada dentro de la organización, que es la que estimo propiamente como libertad.

Esta libertad "previa a la organización" y esta "libertad organizada" se limitan y a lo largo de la historia se -- tiende a una organización creciente de la sociedad; proceso -- que se caracteriza por el conocimiento técnico.

Mientras más civilizada es una sociedad, más apretados -- son los ordenamientos y se reducen así al campo de la "liber -- tad previa a la organización". Pero no se crea que la "liber -- tad organizada" es una libertad más estrecha o, valga la ex -- presión, menos libre que la "libertad previa a la organiza -- ción".

Es, sencillamente, una libertad racional --y entiéndase -- todo esto bajo el supuesto de una sociedad sana de hombres -- equilibrados-- y no una etapa humana; como la otra, en que -- los hombres no pueden ser libres puesto, que no se conocen -- aún a sí mismos.

C).- ¿DONDE OPERA LA LIBERTAD? EL PROBLEMA ACTUAL DE LA LI -- BERTAD.

Es obvio que la libertad no es un objeto con existencia física, como puede serlo un vaso, un escritorio. Indudable -- mente su existencia es espiritual, y aunque existe de por sí, objetivamente, no alcanza a ser sino a través del hombre, y -- en la sociedad. Es decir, la libertad es un valor de existen -- cia ideal, independiente al hombre, pero que sólo vale por -- medio de él.

Así pues la libertad no opera en la nada. Necesita de -- senvolverse a través del hombre hasta llegar a la plataforma de la sociedad y sobre las condiciones de vida de cada época; de ahí por qué la aceptación de la libertad varía de un tiem -- po a otro. Puesto que aunque la libertad íntima, el valor lí -- bertad, sigue existiendo de por sí, su aplicación oscila se -- gún las condiciones de los hombres y de las sociedades.

Variables serán así, en el curso de la historia, los or -- denamientos prácticos de la organización de la libertad y da -- do que estos nacen de ella misma, habrá que tomarla como pri -- mordial para formar el orden de la sociedad.

La libertad, es, para algunos la autonomía de la volun -- tad; para otros, el conocimiento de la necesidad, etc., etc., En general, la libertad moderna aparece como el reconocimien --

to de la persona humana, referidos a su individualidad. En cambio, en el mundo antiguo, la libertad se refería a una minoría que dominaba a la muchedumbre; y era, por entonces una libertad dentro de la comunidad, una libertad política.

El problema de nuestro tiempo es el de encontrar una fórmula de la libertad que se adecúe a nuestras condiciones. Encontrarle a nuestra sociedad un régimen de libertad organizada. Es éste un problema de índole ético, puesto que la libertad encuentra su principio y su fin dentro de la mente humana, y repito las frases de Francisco Ayala:

"Para que exista la libertad en la sociedad -en la nuestra que no es sana- es preciso una inagotable energía espiritual y una incesante y celosa vigilancia".

D).- LA VIDA Y LA LIBERTAD.

La vida -dice Dn. Luis Recasens Siches-, consiste en la coexistencia del yo con un mundo; porque en tanto yo no tengo un mundo de que ocuparme, que desear, que sentir, etc., -yo no existo. Encontramos la vida cuando nos encontramos a nosotros mismos en el mundo.

Pero la vida no consiste sólo en el conocimiento de sí misma. Sino también en su colaboración. No se nos entrega hecha, sino que nuestra misión es hacerla.

La fatalidad significa que nos es dado escoger el mundo en que vivimos. Pero como existe siempre un margen de posibilidades dentro de éste, surge en nuestra vida la dimensión de libertad. En cada momento tenemos que decidir lo que haremos del siguiente y en esa decisión, que es la vida misma, puesto que "nuestra vida es decidir nuestro hacer", está la libertad.

Decía ya Pico de la Mirandola en el siglo XV: "No te he hecho celestial ni terreno;... de manera que puedas tú, como tu propio modelador y creador, configurarte como quieras".

E).- LA LIBERTAD COMO CREADORA DEL DERECHO.

Son múltiples los intereses humanos que demandan protección jurídica, en unos, el Derecho actúa como un muro es decir que defiende el ámbito de la libertad, y en otros como una articulación, o sea, que une la asistencia y la ayuda de diversas personas para la realización de determinados fines, que no podrían llevarse a cabo sin esa colaboración.

En dos categorías pueden reducirse estos intereses que crean al derecho: Libertad y cooperación.

Roscoe Pound hace cuadro de los varios tipos de intereses humanos que logran la creación del derecho. Pueden ser, -- dice: intereses individuales, como defensa de la vida, de la integridad corporal, etc., intereses públicos como los intereses del Estado en tanto que son para satisfacer necesidades de la sociedad; intereses sociales, como la paz, seguridad, etc.

En todos ellos, de manera mediata o inmediata, se puede distinguir el anhelo del hombre por proteger su libertad. La libertad externa, a la que hemos considerado como el verdadero principio práctico de organización social, y no a la libertad íntima, psicológica, está sólo a disposición de su poseedor.

Es por esto, porque es la libertad la base en la que se sustentan los intereses humanos creadores de los ordenamientos jurídicos, por lo que la hemos nombrado como "creadora del derecho".

Ahora bien, pueden darse ordenamientos positivos contrarios al derecho, en este caso serán otros los sustentos de los intereses humanos que los haya creado, ya que la libertad los crea solamente en tanto que el derecho realice sus valores, sean éstos justicia, equidad, etc., etc.

F).- LA LIBERTAD COMO IDEAL JURIDICO.

Dentro de la historia de las convicciones individuales y humanas, es fácil observar la existencia de determinados ideales jurídicos que sirven de crítica y de orientación al Derecho Positivo. Es un hecho que la conciencia humana, individual y colectiva, ha aspirado a la justicia, y con esto a la realización de su libertad.

Esta intuición a ciertos valores ha sido precisamente -- el eje de las luchas políticas, ya que mediante ellas se trata de traducir un criterio valorador en normas positivas.

La democracia liberal, que es una expresión de la creencia en el jusnaturalismo y en la exiología jurídica, nos confirma éste ser de la libertad como ideal jurídico.

Ya decía en 1789, el preámbulo de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre, que: "la ignorancia, el olvido y el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos".

Y en el art. I de la Carta de las Naciones Unidas se habla del respeto a los derechos y a las libertades de todos.

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

CORRIENTES FILOSOFICAS DE LA LIBERTAD
EN LA SOCIEDAD.

A).- EL LIBRE CAMBIO EN LA REALIDAD SOCIAL, SEGUN EL DERECHO NATURAL.

Francisco Suárez afirma la inmutabilidad de las directrices generales del derecho, pero explica que las normas -- que de ellas provienen cambian al compás de las circunstancias y de acuerdo con las variaciones históricas; y al hablar del cambio en las situaciones sociales, lo analiza y concluye reconociendo la existencia de una realidad social, con leyes propias en su devenir que no depende enteramente de los hombres en el sentido de la complejidad de causas y factores, y que da como consecuencia una modificación no expresamente planeada por los hombres y al mismo tiempo una transformación de esta realidad social totalmente provocada por la libertad humana.

Por otra parte, en ciertos temas, como ejemplo la dignidad humana y la libertad necesaria a ésta, el derecho natural impone una solución determinada pero en otros ni se ordenan ni se prohíben soluciones determinadas, sino que se deja a los hombres un amplio campo libre para que de acuerdo con las circunstancias y en consonancia con sus necesidades escojan la solución.

Ahora bien, las raíces del Derecho Natural son inmutables; lo que sucede es que al mezclarse éstas con la realidad social del momento se ocasionan preceptos únicamente válidos para esa realidad. Y este cambio en la realidad social, dice el Derecho Natural corresponde por entero a la libertad, puesto que es producto de una libre decisión humana, es decir "su mudanza está admitida por el derecho natural, porque éste no la regula ni preceptiva ni prohibítivamente, sino sólo de un modo permisivo".

El Derecho Natural no cambia, porque es esencial a su existencia el libre cambio en la realidad social --ya que es producto de una libertad conexas con la dignidad humana, que es uno de sus postulados e igualmente que a diferentes circunstancias deben corresponder diversas regulaciones.

Podemos terminar el inciso diciendo que según las viejas declaraciones del derecho, la libertad consiste --como ya se ha expuesto--, en hacer todo aquello que la ley no prohíbe, o sea que lo que la ley no prohíbe está permitido.

B).- ROUSSEAU Y KANT.

Las primeras teorías sobre el contrato político consideraron que los hombres habían determinado sus cláusulas libremente. Rousseau, en cambio, opinó que cada uno según este -- contrato, tenía obligación de entregar todos sus derechos y--

sus libertades a la sociedad, para que ésta se las devolviera en lo que tuvieran de compatibles con las libertades de los demás y garantizadas por su poder. Además, al entregarlos a todos en realidad no se les otorgaba a ninguno.

Así, en el estado civil, los hombres conservan su derecho natural de libertad, pero coexistiendo con el de los demás y garantizados por la sociedad. Esto no sucedería en una situación natural, que es meramente hipotética, según el mismo Rousseau. Los hombres por tanto, son súbditos únicamente de la "voluntad general", que se ha manifestado en el contrato social y posteriormente en la ley. Esta voluntad general resulta totalmente diferente a la "voluntad de todos", puesto que la primera sirve a una idea esencial de libertad, ya que es la voluntad que sólo atiende al interés común y la última no es más que una suma de voluntades particulares, es decir, de intereses privados.

Esta concepción de la voluntad general y del derecho como derivado de ella, influye sobre Kant. La definición que da Kant del derecho más que un concepto jurídico, como dice Dn. Luis Recaséns Siches, es el señalamiento de un ideal: "El conjunto de condiciones en virtud de las cuales el arbitrio de cada cual puede coexistir con el arbitrio de los demás, según la ley universal de libertad", o sea, que para Kant el derecho es la coexistencia de las libertades de todos, es decir, que la libertad es el arbitrio de cada uno coexistiendo con el de los demás.

Arbitrio.- Del Latín -arbitrium-, según el diccionario Esparsa-Calpe es la facultad que tenemos de adoptar una resolución con preferencia a otra.

C).- HEGEL.

Más arriba del espíritu subjetivo o sea del sujeto individual, hay una realidad que no es material, sino espiritual y que, en todo caso, no es ningún sujeto individual. Esta es la del Espíritu Objetivo, que se encarna en el Estado.

Sólo el Espíritu Objetivo es libre, dice Hegel, puesto que determina sus propias normas, es creador de sus costumbres y usos, etc.

Este concepto, como hace observar Dn. Luis Recaséns Siches, involucra una contradicción total con lo que podríamos considerar la idea latina de libertad, puesto que libertad, es una forma general, significa para nosotros el disfrute de un campo de actividades sin interferencia ajena, un margen exento de mandatos; en cambio, para Hegel la libertad se encarna en el Estado, es decir que éste no debe tropezar con

ninguna barrera en su autodeterminación y, por tanto, los individuos deben estar totalmente sujetos a él, sin espacio alguno en que disfruten de su propio albedrío.

La idea hegeliana de libertad se acerca al concepto antiguo, en Grecia principalmente, de la misma; más que una libertad del hombre, una libertad en el Estado.

D).- LA LIBERTAD COMO FIN PERMANENTE DEL DERECHO.

Siendo los mismos valores y los mismos fines los que ha perseguido el Derecho a través del curso de la historia, los medios han cambiado constantemente y por lo mismo las instituciones para realizarlos.

No es que la libertad como fin del Derecho esté en crisis, puesto que como esencialmente humana es parte indispensable de él; lo que sucede es que las instituciones fabricadas antaño para alcanzarla deben variar de estructura.

Así, al igual que hace doscientos años, ahora se persigue un mismo fin de libertad fundado en la dignidad y en respeto al hombre; sólo que si entonces para lograrlo basta luchar contra la corona, el clero y la aristocracia, ahora son otros enemigos, tal vez más enconados y mucho más sutiles, - a los que debemos enfrentarnos: por ejemplo el bochornoso totalitarismo soviético que disfrazado de pseudo-comunismo conduce a la degradación de las masas, al total ultraje de la persona humana.

Y si son diferentes los enemigos, aunque sea uno mismo el fin, necesario será utilizar medios e instituciones diferentes para lograrlo.

"Los valores siguen valiendo y donde siga habiendo hombres civilizados que no hayan enloquecido, deberán persistir los fines que esos valores inspiran..."

E).- LA LIBERTAD DENTRO DE UNA ESTIMATIVA JURIDICA.

Al hacer Dn. Luis Recaséns Siches, una clasificación y ordenación de las tareas principales a las que él considera debe entregarse una Estimativa Jurídica, sitúa en primer lugar la de "determinar los valores supremos que en todo caso deben inspirar al Derecho", o sea, los valores permanentes - que en cualquier época o momento den lugar a ordenamientos generales.

Entre estos valores estaría, sin duda, el de "la dignidad moral del hombre", que no es otra cosa sino el conocimiento de que los seres humanos tienen un "fin propio que cumplir, intransferible, privativo" y por tanto deben ser --

tratados como personas dignas.

En el mismo primer lugar dentro de la Estimativa Jurídica, estaría el corolario de las ideas anteriores acerca de la "dignidad moral del hombre". Este corolario es el principio de la "libertad como esfera de autonomía, para decidir sobre el cumplimiento de la misión o tarea individual en la vida" y se completa con el principio de la paridad fundamental ante el Derecho.

F).- LA CONCEPCION HUMANISTA Y EL LIBERALISMO MODERNO. LOS NEO-LIBERALISMOS.

El liberalismo moderno no sólo se concretó a afirmar -- los derechos fundamentales de libertad, que como expusimos -- en párrafos anteriores son el corolario esencial a la idea -- de la dignidad del hombre, sino que además pretendió reducir al máximo la actividad del Estado en el seno de la sociedad, tratando de circunscribirla a la protección en la libertad -- de contratación y en la propiedad.

Es decir, que esencialmente el liberalismo moderno pretendió una libertad máxima para el individuo; entendiendo -- por libertad la actividad humana exenta del mandato.

Conviene distinguir esta concepción de la liberalista -- perenne a todos los tiempos, y que ha sobrevivido a las fallas y excesos del liberalismo moderno, nos referimos a la idea humanista que no postula la organización social como defenza del mínimun de libertad que es necesario para consagrar la esencial dignidad y autonomía del hombre.

Posteriormente a la aparición del liberalismo surgieron nuevas doctrinas políticas que podríamos llamar --neo liberalismos-- puesto que si fundamentalmente aceptan el núcleo esencial de la idea de libertad y dejan amplio campo para la actividad individual, no llegan al "laissez faire, laissez passer", sino que utilizan el intervencionismo del Estado -- en todo aquello necesario a la justicia social.

G).- SUPREMACIA DE LA LIBERTAD PERSONAL SOBRE LOS VALORES SOCIALES.

Afirmando desde luego que el hombre es superior a la sociedad, y esto, sin necesidad de profundizar demasiado, por el hecho obvio de que la sociedad para existir se compone de hombres y éstos son su base. Por otra parte, para que el individuo realice sus valores necesita hacerlo dentro de la sociedad. De lo que podemos concluir que los valores individuales y los valores colectivos, colocados los primeros en un plano de superioridad respecto a los segundos, no tienen por qué entrar en conflicto, sino que debe existir armonía entre ellos. Ya que los valores individuales para poder ser cumplidos precisan la realización de los valores sociales, y éstos

sólo pueden realizarse a través de la acción de los individuos. Ahora bien, esta complementación armónica que debe hacerse entregando a los valores individuales la superioridad, puede entenderse mejor si pensamos que los valores sociales-frecuentemente son sólo instrumentos que facilitan el cumplimiento de los valores individuales.

Así un Estado debe entenderse sólo al servicio de la libertad individual. No puede jamás justificarse que un Estado, que debe existir tan sólo para la convivencia humana y recíproca articulación de los individuos, suprima las libertades esenciales del hombre.

Podemos por lo tanto subrayar que no puede existir interés público que importe más que el respeto a las libertades básicas del hombre. Como por ejemplo, la libertad de decidir su propio camino, de decidir sus propias creencias, etc., etc.

La sociedad no tiene un ser propio en sí, sino que éste consista en la armonía de los individuos, por lo tanto: "resulta que los valores de ella serán tales, sólo en la medida en que sean utilizados como condiciones y medio al servicio de los individuos".

H).- JUSTIFICACION DE LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD.

Al hablarse de libertad siempre es preciso hacer mención de la persona individual, puesto que es en ésta donde siempre recae. Ahora bien, el mundo está formado por un enorme número de individualidades y por tanto el concepto de libertad es universal, ya que abarca a todos y a cada uno de los individuos. De lo que nos es dado desprender que la libertad de cada persona debe coexistir con la libertad de los demás.

Este principio de coexistencia de las libertades individuales no es la única fuente de limitación de éstas, dice Recaséns Siches. Y considera otras tres:

I.- Razones de ética social.-No en referencia a la moral íntima, sino más bien, una serie de principios que se proyectan de la decencia, como por ejemplo, el principio de la monogamia, el repudio a las obscenidades, etc. En general, y aunque muchas veces el contenido se presente a controversias, las que se conocen como: "buenas costumbres".

II.- Limitaciones por razones de orden público.- Interpretando el orden público sin una ideología especial, tan sólo como una situación de paz, de orden y de seguridad. Es decir, que el ejercicio de la libertad sólo puede ser efectivo en una situación tal.

III.- Limitaciones por razones del "bienestar general".
-"La suma de la mayor cantidad posible de bien para el mayor número de individuos, y además el conjunto de condiciones objetivas que hagan posible la realización de los fines de la persona..."

I).- LA LIBERTAD DEBE SER RECIPROCA.

El liberalismo del siglo pasado cometió un grave error: creyó que las libertades podían ejercerse en cualquier sentido y sin ninguna limitación.

Se creía que la libertad sería el remedio de las equivocaciones que por ella misma se pudiesen cometer.

No es que deba renunciarse al principio liberal, que Ortega y Gasset califica como "el grito más generoso que ha sonado en el planeta", sino que debe precisarse su alcance correcto.

Es indudable que dado que las libertades tienen una proyección pública, deben todas las partes aceptar sus reglas. O sea, para que la libertad sea tal, para que esté acorde con la justicia, debe imperar el principio de reciprocidad. Podemos afirmar que en un gobierno democrático, el pueblo decidirá la política del Estado, si ésta irá hacia la derecha o hacia la izquierda; pero nadie deberá tener libertad para destruir el Estado.

Esta idea ha sido perfectamente expresada por la "Declaración Universal de Derechos del Hombre" de las Naciones Unidas, proclamada en 1948.

Su Art. 30 dice así: "Nada en la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, o a un grupo, o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración".

No se trata ahora el problema examinado en el inciso anterior. No es ésta una limitación singular; como por ejemplo, si el derecho de expresión puede ser restringido en razón del orden público (prohibición de la incitación a un motín), o por respeto al honor ajeno (prohibición a la calumnia); si no que es una limitación más general. Así no debe haber libertad de expresión para propugnar la supresión de la libertad de expresión, o de cualquiera otra libertad. Es decir, no debe haber, ni puede existir libertad contra la libertad.

C A P I T U L O T E R C E R O

LA LIBERTAD EN EL DERECHO. EL DERECHO DE-
LIBERTAD . LA LIBERTAD EN EL DERECHO PENAL.

A).- DELIMITACION DE CONCEPTOS.

Es el vocablo "Libertad" uno de los más equívocos y usuales en el lenguaje humano; en todos los idiomas y por todos los hombres es constantemente usado y con muchas acepciones diferentes. Lo que tal vez demuestra la preocupación constante de los humanos hacia ella y la confusión que por sus muchos aspectos les provoca.

En un diccionario breve encontré más de veinte deficiones distintas de la "libertad", desde la "facultad natural - que tiene un hombre de obrar de una manera u otra", hasta la "exención de etiquetas".

En el lenguaje cotidiano generalmente se refiere a la ausencia de impedimentos en los movimientos de una persona.- Decimos de un pájaro que no es libre, porque los barrotes de su jaula le impiden el vuelo. Esta acepción es puramente física y se refiere a una facultad de movilización; por eso decía Hobbes que un paralítico o una piedra en este sentido -- son libres.

Socialmente envuelve el vocablo muchos significados; -- puede referirse a una simple franqueza, o a la ausencia de convencionalismos, hasta la carencia de ocupaciones (decimos que la vida de un vagabundo es libre) e incluso la extinción de una pena (la muerte lo liberó de su dolor).

En ciertas ocasiones, dentro del lenguaje cotidiano, se utiliza como sinónimo de libertinaje. A una vida sin responsabilidades la llamamos una vida libre. Adquiere aquí el vocablo un significado moral, y la libertad resulta entonces - una vida escandalosa o anti-social.

Ahora bien, si en el lenguaje de todos los días el vocablo resulta equívoco, otro tanto sucede en el campo filosófico y jurídico. Conviene entonces distinguir la libertad del querer, o poder de autodeterminación, de la libertad jurídica, que es la facultad derivada de una norma.

"Facultad" en este sentido no sería equivalente de aptitud o de atributo, sino de autorización. Es decir que la libertad jurídica es la autorización derivada de la norma para realizar u omitir ciertos actos.

En numerosas ocasiones se ha pretendido enfrentar a la libertad jurídica -limitada por las normas-, con una supuesta libertad natural, y tal como afirmábamos en el capítulo anterior, este falso antagonismo, por desgracia sostenido a través de todos los tiempos, lleva a tomar la libertad jurídica como una deformación de la libertad verdadera. El Dere-

cho resulta una cortapisa y el Estado, la esclavitud. Es por esto que los defensores más decididos de la "libertad absoluta de la naturaleza" son los anarquistas.

B).- DEFINICION NEGATIVA DEL DERECHO DE LIBERTAD.

Para algunos autores, entre ellos Rocco, la libertad jurídica sólo puede ser definida en forma negativa.

Para ellos, libertad jurídica es la facultad de hacer o de omitir actos que no están ordenados o prohibidos.

Esta definición tradicional toma como base la clasificación de los actos jurídicamente regulados en ordenados, prohibidos y potestativos; y se refiere siempre al hacer u omitir de los actos potestativos.

Todo aquello no ordenado, ni prohibido por el derecho, forma el campo de los actos potestativos. La relación entre estos actos y el orden jurídico no es puramente negativa, -- puesto que el orden jurídico concede en forma real la facultad de hacer u omitir aquello que no está expresamente ordenado ni prohibido. Lo prueba la prohibición general de interferir en el sector de la actividad libre. Es decir que la actividad libre es un derecho (de hacer o no hacer los actos potestativos) y su deber jurídico correlativo es la obligación universal de respeto hacia ella.

Al decir que los actos potestativos quedan fuera del Derecho, y su relación con el orden jurídico es negativa; se olvida que muchas normas vigentes dentro del orden jurídico resultan potestativas, V.gr. art. 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que lógicamente el orden jurídico concede, aunque no en una forma expresa, el hacer u omitir lo que no está ordenado ni prohibido por él.

C).- KELSEN Y LOS ACTOS POTESTATIVOS.

En relación con los actos potestativos, Kelsen sostiene que la facultad de hacerlos u omitirlos no existe, ya que es un simple reflejo de la obligación de todos de no impedir -- que los ejecute, si así lo deseo, o de no exigir que los haga, si los deseo omitir.

Según esto, yo no tengo el derecho de viajar o no en un transporte urbano, sino que únicamente disfruto de una situación que se crea en virtud del cumplimiento del deber jurídico de los demás.

Solamente, afirma Kelsen, tendríamos derecho, en relación con los actos potestativos, a exigir que nadie interven

ga en nuestra conducta, si no hay una norma que especialmente autoriza esa intervención.

De acuerdo con esta teoría, el derecho correlativo del deber que tienen los otros de no impedir que viaje, no es el de viajar, sino el de exigir que me dejen viajar. García Máynez, y con razón, dice que esto podría llevarnos a la increíble conclusión de que "tengo el derecho de exigir que otros se abstengan de impedirme que haga lo que no tengo derecho a hacer".

En realidad, esta postura es falsa puesto que si no tengo el derecho de hacer o no hacer tal cosa, cómo podría justificarse la imposición del deber de respeto de todos los demás. ¿Cómo podría obligarse a los demás a no interferir en lo que no tengo derecho a hacer?

D).- LO JURIDICAMENTE PERMITIDO Y LO JURIDICAMENTE LIBRE.

Es preciso distinguir la actividad jurídicamente permitida, de la actividad jurídicamente libre. La clasificación en actos potestativos, ordenados y prohibidos demuestra que la actividad libre no se confunde con la permitida, ya que esta última no se refiere sólo a la acción u omisión de los actos potestativos, sino también a la ejecución de los ordenados y a la omisión de los prohibidos.

Lo permitido coincide con lo lícito y lo prohibido con lo ilícito.

Ahora bien, como la actividad permitida (y la lícita) rebasan los límites de la actividad libre las primeras pueden ser no sólo potestativas, sino también obligatorias.

Esto lleva a una conclusión, que no por obvia deja de ser importante: si todos los actos potestativos son jurídicamente permitidos, no todo lo jurídicamente permitido es actividad libre.

E).- ERRORES DE LA DEFINICION TRADICIONAL Y NEGATIVA DE LA LIBERTAD JURIDICA. DEFINICION POSITIVA DE LA MISMA.

A mi modo de ver, el error fundamental en que incurre la definición negativa de la libertad jurídica es el siguiente:

Al afirmar que jurídicamente se es libre de hacer o no hacer aquello que no está prohibido, se olvida que hay numerosos sectores no prohibidos por el derecho, que sin embargo no pertenecen al campo de una libre actividad. Por ejemplo, los actos ordenados por la ley. La violación de ésta será --

tal vez manifestación de una libertad de otro orden, pero no representa la libertad jurídica. El obligado a guardar una conducta, jurídicamente hablando, no está facultado para dejar de observarla.

Ahora bien, cuando se ha definido la libertad jurídica como "la facultad de hacer o no hacer aquellos actos que no están ordenados ni prohibidos", no se explica totalmente el sentido de la misma, y más que una definición se ha delimitado el campo donde se le puede hallar.

García Máynez propone una definición positiva, en la que logra compendiar la idea puesto que hace mención de la esencia de la libertad jurídica. Esta es, nos dice, "la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio".

En esta forma, sigue el mismo autor, la libertad no es un derecho autónomo, sino un derecho dependiente. La relación entre éste y las facultades que lo basan se expresan diciendo que éstas son de primer grado y aquél de segundo grado. Así, la libertad jurídica es una facultas optandi.

La opción es un fenómeno interno, pero que se manifiesta a través del ejercicio o no ejercicio de otro derecho. Puesto que la facultad de hacer o no hacer lo que se tiene derecho de omitir o no omitir, presupone la facultas optandi: que se traduce en la primera.

Para distinguir más limpiamente estas facultades, García Máynez las llama fundante y fundada. La libertad jurídica puede manifestarse en el ejercicio de la primera, aparece entonces como "facultades agendi", y cuando se traduce en el no ejercicio como "facultas ommitendi".

Resulta claro entonces, que el titular de la facultad fundada tiene la opción, es decir, el derecho de optar entre el ejercicio o no ejercicio de la facultad fundante, que se manifestará como "facultas agendi" o como "facultas ommitendi", lo que se refleja en el ejercicio o no ejercicio del acto.

Pero lo cierto es que la libertad jurídica sólo consiste en la "facultas optandi"; puesto que la "agendi" y la "ommitendi" son sus formas de manifestación. En la misma forma en que el acto sólo puede manifestarse a través de su ejercicio o de su abstención.

F).- LA LIBERTAD COMO UN DERECHO ABSOLUTO. DEBERES CORRELATIVOS A LA "FACULTAS AGENDI" Y A LA "FACULTAS OMMITENDI".

"Un derecho es relativo cuando la obligación correspondiente incumbe a uno o varios sujetos, individualmente determinados; es absoluto, cuando el deber correlativo es una obligación universal de respeto".

Siendo el derecho de libertad un derecho dependiente (- en cuanto a que es una facultad fundada en un derecho subjetivo), puede fundarse en un derecho absoluto o relativo. Pero, en todo caso, guardará siempre su carácter de absoluto. Es decir, el deber correlativo será una obligación universal de respeto hacia él.

Supongamos que el derecho de libertad, en un caso dado, esté en relación con el derecho de propiedad (el propietario de una casa no sólo tiene derecho a venderla, sino a hacer - esto o a dejarlo de hacer). Podrá el legislador imponer al derecho de propiedad cuantas modalidades quiera, por ejemplo por la teoría de la "función social"; pero el derecho de libertad siempre conservará un carácter de absoluto, ya que en cuanto exista debe ser universalmente respetado. Es decir, - la ley puede hacer cambiar un derecho de ejercicio libre en ejercicio obligatorio, pero no impedir que en todos aquellos casos en que se manifieste la libre actividad, autorizada -- por la misma ley, el derecho de libertad sea absoluto.

El cumplimiento o la violación de la obligación de respeto correlativas al derecho de libertad, pueden asumir dos formas: según se trata de la "facultas agendi" o de la "ommitendi", es decir, las dos formas en que puede manifestarse.

En el primer caso, o sea en el del cumplimiento de esta obligación, si la libertad jurídica se manifiesta como "facultas agendi", el deber consistirá en no impedir el ejercicio de la facultad fundante; tratándose de la "ommitendi" el deber correlativo consiste en no exigir el ejercicio del derecho en que se funda el de libertad.

La violación consistirá en impedir el ejercicio del derecho, en el caso de la "facultas agendi", o en exigir el -- ejercicio del mismo en el caso de la "ommitendi".

G).- LA LIBERTAD JURIDICA DENTRO DEL FORMALISMO Y DEL JUSNATURALISMO.

La teoría sostenida resulta igualmente válida tanto aceptando el positivismo jurídico, como aceptando que por -- arriba del orden vigente exista otro natural que valga en sí y por sí (opinión que yo comparto); esto se explica ya que -- el concepto de libertad jurídica enseñado por García Máynez -- es meramente formal.

Para los que sostengan que el único derecho es el positivo y vigente, es fácil admitir que todas las facultades -- concedidas por éste, fundan un derecho de libertad en tanto, claro está, que no se agoten en la posibilidad normativa de acatar un deber.

Así, el ámbito de libertad de cada persona tendrá tantas "facultas optandi" cuantos sean los derechos fundantes -- entre cuyo ejercicio o abstención pueda escoger de acuerdo -- con el ordenamiento de que se trate. En la misma forma, tratándose de libertades consagradas por una Constitución, elevadas a la categoría de garantías; esas libertades pueden ser modificadas o suprimidas, si se hace a través de una modificación o supresión a la ley correspondiente. La diferencia -- entre esas facultades constitucionales y las demás fundantes, estará en que el procedimiento para reformarlas resulta más complicado y difícil que el que se usa para cambiar una legislación de menor jerarquía.

Ahora bien, en el caso contrario, es decir aceptando un orden natural por encima del orden positivo, se comprende -- que la libertad jurídica de cada individuo se haga depender del ejercicio o no ejercicio de los derechos que este orden ultrapositivo le concede, y no de los que tienen su fuente -- en el Estado.

Esta posición lleva a un tremendo conflicto, el que tal vez sea el problema más esencial de nuestra época. El del antagonismo entre el orden natural y el orden positivo. Desde el punto de vista jusnaturalista la conquista de los derechos fundamentales y el ensanchamiento de la libertad jurídica sólo lo puede lograrse por su reconocimiento en el orden positivo; lo que trae como obligada consecuencia, si sucede lo contrario, una urgente necesidad de reforma, pacífica o guerrera, de las prescripciones en vigor. Las luchas que en nombre de las ideas de libertad se han hecho a través de la historia (que son en realidad la historia del hombre, puesto que ésta no es más que una lucha por la libertad), son producto de un antagonismo entre la concepción jusnaturalista de los derechos y las normas de cada ordenamiento en cada época y lugar.

H).- LA LIBERTAD EN EL DERECHO PENAL. COMO UN BIEN SOCIAL, -- JURIDICAMENTE TUTELADO. DEFENSA DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD.

Como ya hemos afirmado, el vocablo "libertad" es equívoco y sus significados son múltiples. Incluso reduciendo el -- campo de su estudio al Derecho Penal es necesario delimitar su significado que se le pretenda dar en cada ocasión.

La libertad en el Derecho Penal se considera como un "bien". Es decir, un valor social que jurídicamente tutela. Uno de los fines del Derecho Penal es la protección de un estado social, donde reine la paz, la seguridad, la justicia, la libertad, etc. Pues bien, para lograrlo el Derecho Penal necesita tutelar estos bienes con los que se logra el estado social anhelado. Uno de ellos, y entre los más importantes, es el de la libertad en la sociedad. Es decir, la libertad dentro de un orden social determinado, respetando y acatando las prestaciones que se impongan para lograrla, al igual que la paz, la seguridad, etc., de los demás; o sea, a la manera de Kant, una libertad que respete la libertad de los demás. El Derecho Penal protege la coexistencia de libertades dentro de la sociedad.

Esta libertad como fin del Derecho Penal, como "bien" jurídicamente tutelado, como condición "sine quanon" para lograr el orden social buscado, es una de las principales acepciones que el vocablo tiene en el Derecho Penal y se ha reflejado a través de su historia y a través de las escuelas que lo han formado de manera principalísima y constante.

Decía Feuerbach, en el siglo XVIII, justificando la necesidad de la pena, que era preciso el "mantenimiento de la recíproca libertad de todos mediante la anulación de los impulsos sensibles a la violación del derecho".

Carrara, el ilustre maestro de la escuela clásica consideró como fundamento del derecho de castigar la necesidad de tutela jurídica. o sea, la defensa y protección de los derechos de los miembros de la sociedad; en otras palabras, la necesidad del mantenimiento de un orden social por el Derecho.

Los positivistas consideraron que todo individuo que ejecuta un hecho penado por la ley debe ser objeto de una reacción social correspondiente a su peligrosidad. La libertad es necesaria para el orden social; si algún hombre ataca esa libertad es responsable, no por que sea responsable de sus actos, puesto que por sólo atacarla es anormal; sino por el hecho de pertenecer al orden social.

Alimena y Carnevale, fundadores de la "terza scuola" adoptaron una postura intermedia entre la escuela clásica y la positiva. Para ellos la pena se justificó por ser necesaria para el mantenimiento del orden jurídico y como consecuencia de ello para la seguridad social. La libertad social, decía Liszt, sólo se logra mediante el mantenimiento del orden jurídico y éste sólo se logra mediante la pena; ésta, por lo tanto, debe ser finalística, no retributiva.

Los clásicos consideraron al delito, los positivistas -

al delincuente; actualmente los modernos penalistas criminólogos pretenden preocuparse del hombre. En un sentido o en otro, el logro de la libertad social, el que sea un "bien jurídicamente tutelado", ha sido lucha y preocupación constante del Derecho Penal. Jiménez de Asúa afirma, que el de ahora no es de Derecho que defienda los intereses verdaderos de la sociedad; su libertad, su paz, su seguridad. Sino que el derecho punitivo al ejercer la defensa social ejerce la defensa social, ejerce la defensa de clase la de la clase dominante-, la gurguesía y el capitalismo. Y en el Derecho Penal Soviético encontramos lo mismo. Es un derecho autoritario, - "trata de servir a su tipo de dictadura" y obviamente es protector de una clase.

Las características de estos ordenamientos, defensores de un sector social, son antiliberales. Ya afirmamos que no es libertad aquélla que ataca la libertad. Pero afortunadamente el mal no está en el Derecho Penal; el mal se encuentra en una época y en un lugar, en un ordenamiento determinado. Y los principales culpables son aquéllos que teniendo en sus manos el noble molde del Derecho Penal, lo desvirtúan al convertirlo en ley o al concretizarlo en sentencia.

I).- LA LIBERTAD EN EL DERECHO PENAL COMO UN INCIDENTE EN EL PROCEDIMIENTO.

También nos es dado encontrar significado al vocable "libertad", como a un incidente en el procedimiento penal. - desde el liberalismo, todas las constituciones han luchado por proteger la libertad. Esa preocupación se ha extendido hasta la protección de la libertad personal de los procesados. Sin embargo, ya mucho antes se había hablado de la libertad de un individuo sujeto a un proceso. Tan es así que en algunas leyes atenienses, romanas y germanas se reglamentaba la libertad caucional. En todas las legislaciones modernas se encuentra cierta disposición en su espíritu para conceder el "bien de la libertad". Ya sea por medio de la constitución o por leyes reglamentarias se protege la libertad de los inculcados; puesto que al mismo tiempo que existe un interés social de perseguir a los responsables de un delito, existe también el interés del inculcado, que merece disfrutar las garantías que la misma ley otorga y que a su vez son parte del interés social.

El individuo, parte integrante de la sociedad, debe gozar del apoyo de las leyes; sobre todo en los casos en que se afecte su libertad personal. Es por esto que se han creado los incidentes de libertad en el procedimiento penal. Cabe aquí aclarar que se toma la acepción de libertad en un sentido mecánico; es decir libertad significa, en este caso, estar libres de trabas (no estar sujeto a prisión impedido de movimientos).

Los incidentes de libertad en el procedimiento penal - son, pues, aquellas cuestiones que surgiendo en el curso del procedimiento, tienen relación con otra que se considera principal y que se refieren al interés de la sociedad en conceder al individuo todo el apoyo de las leyes en lo referente a su libertad personal. Páginas más adelante veremos más detenidamente qué es un incidente y cuáles son los de libertad.

J).- LA LIBERTAD FRENTE AL DERECHO PENAL.

Es común que al pensar en libertad y en Derecho Penal, - no los veamos como complementarios; que no sintamos a éste como realizador de aquélla, ni a aquélla como resguardada y defendida por éste. Generalmente al pensar en la libertad no la vemos en el Derecho Penal, sino frente a él. Es más fácil creer en la libertad frente al Derecho Penal, que en la libertad en el Derecho Penal.

Sobre todo, cuando el régimen imperante y las leyes vigentes, ya de por sí o por su mala aplicación (como desgraciadamente sucede entre nosotros), no cumplen con los principios y los anhelos sociales e individuales para los que fueron creados. Una policía y justicia defectuosas hacen dudar a cualquier hombre sobre las bondades de la sociedad en que vive, y en mucha mayor forma de su seguridad personal. Es por esto, - tal vez, que se pinesa en el Derecho Penal como en un enemigo frente a la libertad; o, sin llegar a este grado, porque se piensa en la libertad personal únicamente y no en aquella reglamentada libertad social, que es la que únicamente podemos pretender dentro de la sociedad, si anhelamos un orden en ella. En realidad, la verdadera libertad, es aquélla que se da dentro de una sociedad, reglamentada y encaminada a un fin; la otra, una "libertad personal absoluta", es esencialmente una etapa humana y no una verdadera libertad. O, en algunas casos, el anarquismo, por ejemplo, un mero pretexto para llegar al libertinaje, y en otros, ciertas luchas políticas; un medio, - un programa tendencioso para llegar al poder.

Puedo afirmar que el Derecho Penal, sino borrar las prerrogativas del individuo antes bien aumentándolas, como puede demostrarlo un estudio comparativo, y con el propósito de darles un significado real, introdujo determinadas limitaciones para terminar con la anarquía reinante. Por esto creo que la libertad esté en el Derecho Penal y no frente a él.

K).- LIMITACIONES A LA LIBERTAD PERSONAL.

A un lado de las reglamentaciones generales necesarias para que la libertad se dé en la sociedad, existen otras, aplicables únicamente al individuo que realice los presupuestos considerados por la ley y que suelen considerarse como limitaciones a la libertad personal.

Precisamente porque la libertad se da en el Derecho Penal, y no frente a él, se imponen estas limitaciones que son medidas necesarias al beneficio de la colectividad, puesto que su fin es asegurar la marcha normal del procedimiento penal y la estabilidad del orden social. Se encaminan al logro de un conocimiento más exacto de la verdad, y obviamente a la consecución de justicia; lo que no sería posible si un inculgado se sutrajese a su acción, o si se ocultasen los instrumentos de los que se ha servido para cometer un delito, o bien, si se siguiese el procedimiento sin contar con su presencia, etc.

El maestro González Bustamente explica las limitaciones a la libertad personal como provenientes de mandato de autoridad judicial o de autoridad administrativa. Estas últimas autorizadas por el artículo 21 constitucional. Las limitaciones provenientes de mandato de autoridad judicial, agrega, suelen ser por lo general, consecuencia de un procedimiento criminal en que la ley autoriza a la detención de una persona, por haber datos suficientes para imputársele la comisión de un delito.

Puede suceder también que las limitaciones se traduzcan en arretos, como vías de apremio, en virtud de un mandato dictado por autoridades del orden civil o penal para que se cumplan sus determinaciones.

En las limitaciones a la libertad, es preciso distinguir entre su privación y entre una simple restricción de la misma. Privar de la libertad significaría tener al inculgado en la cárcel, o al reo purgando en ella una condena. La restricción se daría en el caso de ciertos delitos, en que los inculgados sin ser encarcelados y para que el procedimiento continúe con su desenvolvimiento normal, quedan sólo arraigados en el lugar del juicio, el que no pueden abandonar.

Otra restricción a la libertad personal sería la de la comparecencia ineludible de los testigos. Se hallan éstos obligados a comparecer ante las autoridades judiciales, por voluntad propia o requeridos por ellas, cuando su presencia sea solicitada y se crea que puedan llevar a un mejor conocimiento de la verdad.

L).- LIMITACIONES A LA LIBERTAD. CONDUCTAS QUE LAS DETERMINAN LA ACTIVIDAD DELICTUOSA.

Al hablar de las limitaciones a la libertad, ya sea en una mera forma restrictiva o ahora, refiriéndose a la privación de la misma, es preciso aclarar que nuevamente se considera al vocablo en su sentido mecánico. Se refiere a un estar más o menos impedido de movimientos: encarcelado, arraigado -

a un lugar, obligado a asistir a un tribunal. Esta libertad mecánica es externa, pero, en la mayoría de los casos, logra convertirse en una angustia, en una opresión; que provocan -- que el sujeto termine no sintiéndose intimamente libre, sino sujeto al grillete moral del castigo. Aunque, muchas veces, -- por verdadera inconciencia o irresponsabilidad -- los psiquiatras suelen considerar a todos los delincuentes como psicópatas -- la supresión de la libertad externa no provoca ninguna -- reacción; y otras, por una superación moral e incluso por una equivocación de la justicia, el encarcelado puede ser íntimamente libre.

Pero, dado que ya afirmamos que la libertad está en el Derecho Penal y no frente a él, es necesario averiguar cuál -- es la base en que se sustenta, ya sea teórica o positiva, para privar de la libertad personal a las individualidades.

Dice el párrafo segundo de nuestro artículo 14 constitucional, que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Y el art. 16 del -- mismo Ordenamiento, al referirse a los presupuestos necesarios a la orden de detención, exige que preceda una acusación o -- querrela a un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal.

Sabiendo que la privación de la libertad es un castigo, -- y sólo con base en los artículos mencionados de nuestra Ley -- Fundamental, es posible concluir que se aplica a aquéllos que ejecutan un delito; es decir, que guardan cierta conducta que encaja exactamente en la ley penal, y que ésta ha considerado necesario impedir, por el bien de la sociedad, a través de la pena de la privación de la libertad.

El derecho punitivo se ha fundamentado en forma distinta según la época y el lugar. Para los clásicos, el derecho que tenía la sociedad de imponer un castigo era de origen divino, y se basaba en la necesidad de una tutela jurídica. Entre los positivistas, el principio estaba en la responsabilidad social, etc.

A su vez, la tipificación de los delitos y la concepción de las penas, varía según los sitios y los momentos. Para nosotros, el adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, es un delito; en el Código Penal Español de 1932 -- no se le consideró como tal, aunque hoy día lo ha vuelto a -- ser. Alguna vez, en Inglaterra, en Francia, fué delito la for -- mación de un sindicato, etc.

Por fin, el ilustre tratadista, pensaba que las penas no -- eran sino la retribución jurídica a la conducta delictuosa; -- la "terza scuola" afirmaba que tenían como fin la defensa so-

cial; en cambio, para Liszt, siendo finalística, tenía como fin la prevención etc.

Lo cierto es que, así se fundamenta en un razonamiento o en otro, y a pesar de que considere distintos delitos y conciba diferentes penas, el Derecho Penal siempre se ha encaminado a la consecución de un orden social; variable también, al igual que variables son los bienes jurídicos que tutela y que sobrellevan a él. (Vimos ya que uno de éstos, que podemos catalogar como perenne, esencialmente igual aunque cambiante en su aplicación, es el de libertad).

Pues bien, la conducta que atenta contra los bienes jurídicamente tutelados, que destruya o tienda a destruir el orden social pretendido o resguardado, es lo que el Derecho Penal considera como una conducta anti-social; una conducta que puede ser delictuosa, si la ley penal positiva la define como tal. Podemos considerar, por lo tanto, que la actividad delictuosa es aquella actividad humana que realiza las conductas consideradas como anti-sociales y que la ley vigente convierte en delitos.

M).- LIMITACIONES A LA LIBERTAD. SOMIRO EXAMEN DEL DELITO. -- JUSTIFICACION FINAL.

El delito, dice el maestro Cuello Calón, es una acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena. Esta definición no significa que el delito pueda dividirse en varias parte; constituye un todo que puede apreciarse desde ángulos diferentes.

Se constituye por un acto humano, conducta, es decir, -- por una acción. Esta puede manifestarse en forma positiva--una acción en sentido restringido-- o en un hacer negativo --una omisión--.

Para que la acción sea delito es preciso que sea voluntaria, y que provoque una modificación o al menos el peligro de ella, en el mundo exterior. En el Derecho Penal sólo pueden considerarse como acciones los actos que tengan repercusión externa. Una omisión para llegar a constituir un delito precisa ser voluntaria, manifestarse en una conducta pasiva y llevar aparejo el deber jurídico de obrar.

Un aspecto muy importante en el delito es el de la antijuridicidad; algunos tratadistas incluso no la consideran como uno de sus elementos, sino como su verdadera naturaleza intrínseca. La antijuridicidad puede ser formal o material; la primera es la contraposición del hecho a la norma; la segunda la conducta socialmente dañosa, anti-social o asocial, que presente un daño o un peligro para los bienes jurídicamente --

tutelados. La antijuridicidad material, sin la formal, no llega a tener trascendencia penal; el hecho más inmoral o asocial que no defina la ley como delito, no puede considerarse antijurídico. Ahora bien, pueden concurrir algunas causas que excluyan la antijuridicidad del delito, y como el legislador no pueden preverlas al tipificarlo, ha creado las causas de justificación, que son las que eliminan la antijuridicidad de una conducta, que en otro caso, sería delictuosa.

La tipicidad, otro de los elementos del delito, es la adecuación del hecho al tipo legal, el encuadrarse la conducta dentro de los presupuestos previstos por la ley. O sea, más claramente, la tipicidad es la manifestación de la antijuridicidad.

Pero para que una acción sea delito a más de antijurídica y típica, debe ser culpable. Es decir, el actor de la acción debe no sólo ejecutarla materialmente, sino también tener la intención de realizarla, de hacerla moralmente. Esto es, a grandes rasgos, lo que se conoce como el aspecto de culpabilidad en el delito; elemento que se basa en dos presupuestos: la imputabilidad y la responsabilidad. La primera se refiere a ciertas condiciones internas -por ejemplo, la normalidad mental- que precisa la ley para hacer responsable a un sujeto de sus propios actos. La segunda está en relación con el deber jurídico que obliga a un individuo imputable a responder por un hecho, y, por tanto, a sufrir sus consecuencias jurídicas. La imputabilidad es anterior a la acción, en tanto que la responsabilidad se da al efectuarse su hacer, sea positivo o negativo. Más claramente: una persona normal es imputable, pero sólo responsable cuando realiza un acto punible del que debe dar cuenta.

La culpabilidad se manifiesta en dos formas: como dolo y como culpa. Una es intencional y otra por negligencia, imprudencia, falta de cuidado, impericia, etc., pero en ambas participa la voluntad. Sin ellas, dolo o culpa, no puede haber punibilidad.

A ésta se le puede considerar como uno de los aspectos más destacados del delito, al menos en lo que se refiere a su repercusión penal. Pero sin embargo, algunos autores consideran que "no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena constituye un elemento del tipo delictivo".

El principio "nullum crimen sine lege", que ya vimos como principio y defensa de la libertad en el Derecho Penal, se consagra en el art. 14 de nuestra Constitución y al eliminarla la analogía y a la mayoría de razón en la imposición de sanciones, obliga a las leyes a determinar precisamente los he-

chos humanos que considera como actividad delictuosa.

Sería imposible que el legislador pudiera anticiparse a toda la variable gama en que se pueden dar las acciones de los hombres, considerándolas una a una. Es por esto que las leyes penales, establecen los delitos a través de fórmulas generales; en las que se pretende sintetizar y expresar estas conductas, por medio de lo que pudieren tener entre sí de afinidad, sea en razón de sus agentes, de los daños que ocasionan, de los bienes sociales atacados, etc.

Las fórmulas mencionadas generalmente consisten en una descripción objetiva de la actividad (V.gr., el art. 258 del Código Penal Vigente en el Estado, al tipificar el delito de lesiones), o en una definición del delito, que puede referirse a la actividad delictuosa o al resultado de la misma, como cuando el mismo ordenamiento en su artículo 299 dice: "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

Tras este somero examen de lo que puede considerarse como actividad anti-social, como conducta delictuosa; después de esta breve ojeada de los aspectos que revisten las acciones consideradas como delitos y de las formas en que éste se da en la ley, podemos concluir justificadamente que la finalidad básica del Derecho Penal, independientemente de las razones que esgrima, es la defensa y protección de la sociedad, y, por ende, la tutela de los valores sociales e individuales y la realización de los bienes jurídicos.

Cuando considera que alguna conducta puede romper estos postulados, la tipifica en la ley; y si algún sujeto cae dentro de su presupuestos se hace merecedor a una pena, ya se considere a ésta como retribución, o con una finalidad, etc.

Por lo tanto, al ser privados de la libertad exterior (de aquélla que hemos considerado como mecánica) por la comisión de un delito, el Derecho Penal no hace más que la defensa de la verdadera libertad; de aquélla que sólo se puede lograr mediante el acatamiento de los preceptos que debemos cumplir para lograr un orden, el mínimo de la convivencia humana; la única libertad posible; en vista de que el hombre esencialmente es, y se repite ya hace muchos siglos, un animal social.

C A P I T U L O C U A R T O
EXAMEN DEL ARTICULO 16 CONSTUTUCIONAL.

A).- ALGUNOS ANTECEDENTES DEL ARTICULO 16.

La Constitución Mexicana de 1857, afirmó el Diputado Pas-trana Jaimes en los debates que sostuvo el Constituyente de 17, consagró las siguientes garantías para los acusados en el juicio criminal, protectoras de la libertad personal:

I.- Que se le haría saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusado si lo hubiere;

II.- Que se le tomaría su declaración preparatoria dentro de las 48 horas siguientes a la que'dara en disposición del juez;

III.- Que se le carearía con los testigos que depusieran en su contra;

IV.- Que se le facilitarían los datos necesarios, que con-gtando en el proceso pudieran ayudarlo a preparar sus descargos, y

V.- Que se le oiría en defensa por sí o por persona de su confianza o por ambos, según su voluntad.

Pero la Constitución del 57 no se ocupó de señalar los requisitos necesarios para dictar un mandamiento de detención, y como se afirmó después, cuando al redactarse una nueva Constitución existía un espíritu más compresivo y liberal, es necesario que se respete la libertad personal antes de que sea atropellada; no después, no cuando los ciudadanos estén en la cárcel sufriendo los riesgos o rigores debidos a una falta de respeto hacia su individualidad, y por ende, a la sociedad que constituyen. Como el Constituyente de aquella época pensó que la reglamentación de los requisitos necesarios para expedir una orden de detención era propios de una ley menor jerarquía, no fué sino hasta el Código de Procedimientos Penales del 15 de septiembre de 1880, redactado por Don Ignacio Mariscal, en aquel entonces Secretario de Justicia e Instrucción Pública, del Gabinete de Don Porfirio Díaz, cuanto se dispuso que nadie podría ser aprehendido sino por una autoridad competente y en virtud de una orden escrita expedida por ella. En el artículo 246 de esta Ley se indicaba qué autoridades eran consideradas como competentes para aprehender y para librar órdenes de aprehensión. A saber:

I.- El Tribunal Superior de Justicia, los jueces correccionales, los jueces de lo criminal, los jueces menores y los de paz, podrían ordenar la detención de una persona.

II.- El Ministerio Público, en los casos de urgencia, con la obligación de comunicarlo inmediatamente al juez de lo penal

III.- Las autoridades políticas y administrativas en los casos de arresto correctivo, de flagrante delito, o por requerimiento de la Policía Judicial.

IV.- Los jueces de lo civil, en la imposición de medidas de apremio o en los incidentes criminales surgidos en un juicio civil.

En otro artículo de esta ley se dispuso que la detención traía consigo la incomunicación del inculpado y que para levantarla, o para prolongarla por más de tres días, se requería man-

damiento expreso del juez. En general, los Códigos Procesales - posteriores al de 1880 guardaron los mismos requisitos; el Segundo Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios de la Federación de 1894, y las leyes de Organización del Ministerio Público de 1903, y 1908. No fué sino hasta que se redactó una Nueva Constitución; cuando el legislador comprendió que para lograr la libertad en la sociedad era necesario proteger la libertad personal, y otorgarle en la Ley Fundamental las garantías necesarias; pues sólo a través de ella, es decir, de la coexistencia de ellas, es como se logra la primera; o en otras palabras, la libertad en la sociedad no es más que el respeto y protección a la libertad de todas las individualidades.

B).- SENTIDO LIBERAL DE LA CONSTITUCION DEL 17 Y EXAMEN DE SU ARTICULO 16.

El Constituyente del 17 se preocupó hondamente por la protección de la libertad. Si bien es cierto que introdujo determinadas limitaciones, éstas fueron con el sentido de que la libertad verdaderamente floreciera y tuviera un contenido real. Además, porque consideró que al hacerlo en lugar de disminuir aumentaban auténticamente las prerrogativas del ser humano y el bienestar de la sociedad.

"No se suprimió la propiedad, pero se puso de relieve su función social... y aun en asuntos de poca nota como es el tránsito de los caminos y las calles... en que se ponen límites a la libertad desbordada- (ya afirmamos que ésta no es libertad, sino anarquía)-, en un consciente anhelo de conciliación entre los intereses de la colectividad y los de sus componentes".

Preocupado en la defensa de la Libertad, comprendiendo a ésta muchos mejor que los redactores de la Carta Máxima del 57, puesto que la experiencia había demostrado que a pesar de la pulcritud de intención de entonces, había sucedido lo mismo que en 1793 en Francia que al desear que el individuo no sufriera menoscabo alguno en su libertades personales, el Estado se había convertido en simple vigilante, lo que produjo el triunfo de los más fuertes y consecuentemente un real ataque a la libertad -no puede haber igualdad en el tratamiento jurídico, si hay una desigualdad social-; deseando, pues, el restablecimiento del equilibrio, el Constituyente del 17 se avocó a la formación de nuestra Ley Fundamental, en la que logró consagrar los principales derechos fundamentales y las garantías sociales- -- artículos 27 y 123, primeras en su género; que al reglamentar la libertad, no la limitan, sino que la afirman y la participan a todos.

Pensó, además, que la fijación de los requisitos necesarios para un orden de detención, íntimamente relacionados con la libertad personal, tenían su lugar en la Ley de máxima jerarquía y no en una reglamentaria de ésta; fué por esto que elevados a la categoría de garantía formaron el artículo 16 Constitucional.

La comisión encargada de redactarlo la formaron los Diputados Fco. J. Mújica, Enrique Recio, Alberto Román, Enrique Colun-

ga y L. G. Monzón. En la votación final, fué aprobado sin discusiones por una abrumadora mayoría: 142 votos contra 6. En forma general, se señala en él la necesidad de que a la orden de aprehensión o detención preceda una denuncia o una querrela; que deba ser expedida por autoridad competente y escrita y fundada. También se estableció que en ella deba expresarse el motivo por el que se la ha librado, para que el detenido pueda de inmediato conocer la acusación que se le hace; que no puede detenerse a una persona, cuando el hecho imputado merezca pena alternativa y la imposibilidad de la autoridad administrativa, salvo en casos de urgencia y en delitos que se persiguen de oficio, para decretar la detención de un acusado. Es decir, que únicamente se da competencia a la autoridad judicial para la expedición de órdenes de aprehensión hecha excepción del caso anterior y de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices.

La experiencia jurídica también participó en la formación del art.16. Como antes de pasar a la votación final, en la Asamblea Legislativa había discrepancia de opiniones, la Comisión encargada reunió a un grupo de abogados y de ellos sacó las siguientes ideas: Que la facultad de decretar aprehensiones que se concede en casos de urgencia a la autoridad administrativa, tenga lugar solamente a falta de autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio; que los testigos que presenciaren el cateo sean propuestos por el dueño del lugar cateado; y por fin, que las autoridades administrativas al practicar las visitas domiciliarias deban sujetarse a las disposiciones reglamentarias.

C).- LA ORDEN DE DETENCION DEBE SER ESCRITA, MOTIVADA Y FUNDADA

Quando Don Venustiano Carranza entregó su proyecto de Constitución a la Asamblea Legislativa, no pidió que la orden de aprehensión fuera escrita, ni tampoco que se fundara en ella la causa legal del procedimiento. Sin embargo, el art.16 aprobado por el Constituyente incluyó la enumeración de estos requisitos. El Diputado Colunga, expresó en aquel entonces al respecto; "...la Comisión, al apartarse del proyecto del Primer Jefe ha tratado de buscar el medio más adecuado para garantizar la libertad individual. Según el artículo original, la autoridad judicial podía aprehender a una persona. Esto daría ocasión a muchos abusos, los cuales indudablemente disminuirían si a la aprehensión se acompaña de una orden escrita".

El proyecto de Don Venustiano Carranza, Jefe Supremo del ejército Constitucionalista, tampoco consideraba que la orden de aprehensión o de detención fuera motivada y fundada. Esto, dijo el mismo Diputado Colunga, también será fuente de innumerables abusos, ...porque en nuestro medio, que todavía no está educado para la libertad, las autoridades suelen ser arbitrarias y extorsionadoras".

Indudablemente que se precedería más legalmente y se logra

ría mayor estabilidad en la libertad, tanto personal como social, si se señalaban los requisitos mencionados como indispensables - para la orden de aprehensión. Y considerándolo así, el Constituyente los incluyó en la redacción final del artículo 16; asegurando con ello, al mismo tiempo, la certeza de que el detenido pueda darse cuenta exacta, desde los primeros instantes, de la acusación o acusaciones que se le hubieren hecho. Y se obtuvo, además que no se puede librar orden de aprehensión contra una persona cuando el delito por el que se le acuse no merezca pena corporal; es decir, evitando la detención de los sujetos que sean posibles inculpados de un delito al que corresponda una pena alternativa o pecuniaria; apoyando con ello al art.18 Constitucional.

D).- INTERVENCION DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA, PARA LA DETENCION DE UN ACUSADO.

Aunque sólo la autoridad judicial tiene competencia para librar órdenes de aprehensión, el mismo art.16 autoriza la detención de un responsable por la autoridad administrativa, cuando se den los siguientes presupuestos:

- I.- Que se trate de un caso urgente;
- II.- Que no haya en el lugar ninguna autoridad judicial; y
- III.- Que se trate de delitos que se persigan de oficio. Además, la detención cae bajo la más estrecha responsabilidad de la autoridad mencionada y ésta debe poner inmediatamente al acusado a disposición de la autoridad judicial.

El respeto a estas reglas es esencial y necesario puesto que su misión es el aseguramiento de la libertad individual y el impedir el abuso de poder. Pero el facultar a la autoridad administrativa para detener a una persona, con todo y el cumplimiento de los presupuestos constitucionales, trae consigo considerables problemas y en la práctica ha conducido a múltiples violaciones de la ley.

Ya el Constituyente mencionó alguna de las dificultades que habían de presentarse. Siendo tan variadas las autoridades administrativas, ¿no sería mejor determinar a cuáles de ellas se les concede la facultad?; además, ¿no es conducir a un abuso de poder dejar la calificación de urgencia a la misma autoridad administrativa? Esto conduce, por otra parte, a un fácil modo de eludir la responsabilidad que se provoca por una detención arbitraria.

No todos los redactores de la Carta de 17, y con razón en los argumentos que esgrimieron, estuvieron de acuerdo en conceder la facultad mencionada a la autoridad administrativa, es decir, la autorización de proceder a la detención de las personas, sin mandamiento judicial. Algunos diputados; entre ellos, Enrique Recio, Francisco J. Mújica; hicieron notar la infortunada experiencia y los arbitrarios resultados logrados al conceder, bajo leyes anteriores autorización para aprehender a las personas, a autoridades diversas a la judicial-

Sin embargo, la argumentación en contra fué contestada. Los

defensores del punto, que quizá fuerón ilusos en cuanto a su confinaza en el civismo de las autoridades, en estricta teoría tuviera razón. Así dijo el diputado Jara: "Los temores de que haya un abuso en las aprehensiones, deben desvanecerse -- desde el momento en que han desaparecido los jefes políticos.. pero ahora estando decretada la libertad de los Municipios y teniendo cada Municipio la policía bajo su mando inmediato es seguro que no procederán en la misma forma..."

E).- EL FLAGRANTE DELITO.

El argumento anterior fué también el que decidió al Congtituyente del 17 a facultar a cualquier persona a la detención de un delincuente o de sus cómplices, en los casos de flagrante delito; con la obligación de ponerlo sin demora a disposición de la autoridad inmediata. El antecedente de esta disposición fué el artículo 16 de la Constitución de 57 que, en virtud del mismo razonamiento, autorizó a cualquier persona a aprehender al delincuente o a sus cómplices, en caso de "in fraganti" actividad delictuosa, entregándolos de inmediato a disposición de la autoridad.

El antecedente mediato se encuentra en la Ley de enjuiciamiento Española. En ella se faculta a cualquier particular a detener al responsable de un delito sorprendido in fraganti, y también antes de la comisión del delito o a los procesados o reos que hayan escapado a la acción de justicia.

Alguien ha definido el flagrante delito como el delito que resplandece; por tanto, sorprender a alguien en flagrante delito significa sorprender al delincuente en el momento que lo comete. Considerado el momento de su comisión el delito puede dividirse en flagrante, cuasi flagrante-presuntivo.

El primero, además de ser aquél en que se sorprende al infractor, era considerado así por la ley de Enjuiciamiento Española en el caso de que se sorprendiera al delincuente, después de la comisión del delito, con efectos o instrumentos que infundieran presunción bastante de su culpabilidad. La cuasi-Flagrancia se toma en relación con la persecución material del delincuente, siempre que ésta sea continuada y no se suspenda, después de la comisión del delito. El delito flagrante-presuntivo está creado por razones de necesidad. En caso de imposibilidad de obtener una orden de captura de la autoridad judicial, y ante el peligro de ocultación del delincuente, se faculta a la autoridad administrativa para su detención preventiva. Esta teoría está examinada en el mismo artículo 16, según vimos en el inciso anterior.

Respecto al flagrante-delito, el artículo mencionado faculta a cualquier persona para tener al que lo ejecute. Pero en lo que ve a la cuasi-flagrancia, conviene hacer varias a--

claraciones pertinentes: si nuestra Constitución sólo consigna el caso del delito flagrante en sentido estricto, las leyes procesales vigentes, reglamentarias de ésta, lo equiparan a la cuasi-flagrancia. Aunque sólo facultan para detener a una persona, en este caso, al Ministerio Público y Policía Judicial del orden común, así como a la Policía Judicial y Ministerio Público Federal.

El Código de Procedimientos Penales Vigente en el Estado en su artículo 266 entiende que un delincuente es aprehendido en flagrante delito: No sólo cuando es arrestado en el momento de estarlo cometiendo, sino también cuando, después de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido. (cuasi-flagrancia).

Ahora bien, si en el primer caso se considera como cuasi-flagrancia cualquier etapa posterior al delito, las garantías del art. 16 serían de todo punto inútiles. Conviene entonces aclarar que al referirse las leyes de procedimientos penales a "después de haber ejecutado el acto delictuoso", el "después" se hace en razón de los momentos inmediatamente siguientes a la consumación del delito y tiene validez todo el tiempo que dure la persecución, en tanto que ésta sea continuada.

El caso del delito flagrante-presuntivo, se previene por el Código Procesal Penal en su artículo 265. Se faculta al Ministerio Público y la Policía Judicial, para que en casos de notoria urgencia; cuando no haya en el lugar autoridad judicial, y sin necesidad de esperar a la orden de ésta procedan a la detención de los responsables de un delito. A primera vista me pareció que este artículo era anticonstitucional, al no exigirse en ellos que el delito sea perseguible de oficio. Pero aplicando e interpretando en concordancia con el artículo 261 del mismo Código, en los que se faculta a la Policía Judicial a actuar de oficio sólo en los delitos que no sean de querrela necesaria y que hayan cumplido todos los requisitos señalados por la ley, enumerando a continuación cuáles son los delitos que únicamente se pueden perseguir a petición de parte, resulta que las disposiciones comentadas no van en contra de las exigencias constitucionales.

F).- LA DENUNCIA Y LA QUERRELLA.

Exige el artículo 16, como requisito necesario para librar una orden de aprehensión, el que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y que estén apoyadas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

Son, por tanto, la denuncia y la querrela, los requisi-

tos de procedibilidad necesarios para la iniciación del procedimiento. Nuestra ley habla de "acusación o querrela" en forma sinónima; por otra parte, algunos autores consideran la "excitativa" como otro requisito de procedibilidad. Esta no es más que una querrela, ya que consiste en la acusación del representante de un país extranjero para que se persiga al que ha proferido injurias en contra de su país o de sus representantes, ante la autoridad competente.

La denuncia, según la define el maestro Rivera Silva, es una relación de actos, que se suponen delictuosas, hecha ante el órgano investigador por cualquier persona. Las leyes procesales disponen que toda persona que tenga conocimiento de una actividad delictuosa que deba perseguirse de oficio, deben denunciarla ante el Ministerio Público, o en caso de urgencia ante cualquier funcionario o agente de policía.

Carlos Franco Sodi, en su obra "El Procedimiento Penal Mexicano", opina que la denuncia sólo es propia de un particular. La verdad es que, tal como afirman la mayoría de los estudiosos de nuestro procedimiento penal, puede éstas incluso estar obligadas a ella por ministerio de ley.

Por otra parte, la denuncia hecha ante el Ministerio Público es la única que inicia el procedimiento, puesto que la denuncia hecha ante cualquier autoridad, jurídicamente lícita, aunque constituye en sí una denuncia, habrá a su vez, de ser comunicada a éste.

Para muchos la denuncia es una obligación absoluta. Afirman que el que se abstenga de hacerla, cae dentro de los presupuestos del art. 8 del Código Penal, e incurre en el delito de encubrimiento. Creo como Rivera Silva que el art. 8 no crea una imposición jurídica, pues se refiere a la ejecución del delito y elimina los hechos posteriores a ella. Por lo que, no se presta "auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución" al no denunciar un acto delictivo, y no se cae dentro de la conducta considerada como encubrimiento. Sin embargo, en contra de su razonamiento, pienso que la denuncia sí es una obligación absoluta y no limitada a ciertos casos. Para él, con base en las fracciones I y II del art. 370 del Código Penal, exclusivamente existe tal obligación y es penado su incumplimiento, cuando:

I.- Se trata de delitos que se van a cometer.
o que se están cometiendo;

II.- O se es requerido por las autoridades.

Creo que al pensarse, en el artículo fracción mencionadas, a todo aquél "que preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta cir-

cunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado -delito", se obliga a efectuar la denuncia a cualquier persona que tenga conocimiento de la conducta delictuosa, aunque aquél sea posterior a ésta, puesto que el callar e impedir con ello la acción de la justicia no es más que prestar auxilio y cooperación al autor del delito.

Los delitos perseguibles de oficio, que es a los que precede la denuncia, se considera que el principal ofendido, al menos por la repercusión pública, es la sociedad. El acto ha quebrantado la armonía social y por tanto, debe perseguirse. Hay, sin embargo ciertos delitos que quebrantan los intereses particulares muy por encima del interés social, o éste es muy leve o se considera que más perjudicaría a la comunidad el -- procedimiento siguiente al delito que el abstenerse de él.

Nuestro Código de Procedimientos Penales en su artículo-261, nos enumera los delitos donde debe preceder la querrela, podemos definirla como "una relación de hechos expuesta por el ofendido ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto que se persiga al autor de delito". A mi modo de ver, lo -- correcto es considerar la querrela únicamente como un requisito de procedibilidad, es decir, el necesario para iniciar el -- procedimiento; pues si se considera que la voluntad del ofendido es un presupuesto legal, determinante de la existencia -- real del delito, se olvida el esencial carácter público tanto de la acción penal como de la acción procesal penal.

Para que se dé la querrela es necesario que la relación de los actos sea hecha por el directamente ofendido, o por -- quien lo representa, ante el órgano investigador, encargado -- de la representación social. Es necesario, asimismo, la existencia de la queja. Es decir, que el ofendido debe manifestar el deseo que se persiga al autor del delito.

El Constituyente consideró que la denuncia o querrela de persona digna de fe, o apoyadas en cualquier dato que hiciera presumible la responsabilidad del inculpado, con las demás ga-- rantías consagradas de la Constitución, eran suficientes para la protección de la libertad. El punto de vista del constituyente, es correcto puesto que con las amplias garantías enu-- meradas, a más de las del art. 20 Const., estaba suficientemen-- te garantizada la libertad personal, conciliándola así con la sociedad, es decir, logrando la coexistencia de libertades in-- dividuales y la consecuente libertad social.

G).- LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL.

Indica el artículo 16 que el mandamiento de detención só-- lo puede emanar de autoridad judicial. Esta debe ser expresa-- mente facultad por la ley y disfrutar de jurisdicción y compe-- tencia.

"Jurisdicción es la actividad constante con que el Estado provee a la tutela del derecho subjetivo, o sea a la reintegración del derecho amenazado o violado, Esta actividad es la que hace legislar al juez, es decir, afirma Kelsen, "es el hecho creador de verificar si se da en concreto una situación de hecho que la norma general determina en abstracto".

Pues bien, la actividad jurisdiccional debe estar realizada por un órgano especial. Si la jurisdicción consiste en decir el Derecho en los casos concretos, no puede revestirse a toda la comunidad de tal poder puesto que esto sería dejar a la justicia en manos de todos los hombres. La facultad que se da a tales órganos para decir el Derecho es una facultad, legal concedida por la misma ley.

Se afirma que la jurisdicción consta de dos elementos: - el primero es la facultad mencionada, es decir, la actividad del órgano jurisdiccional para la aplicación de la ley penal. Es ésta una facultad reservada exclusivamente a la autoridad judicial, y su momento pleno se encuentra en la sentencia.

El segundo elemento propio de la jurisdicción es el imperio o sea una facultad de ordenar y usar medidas coercitivas, puesto que el Derecho esencialmente es coercible.

El órgano que realiza la actividad jurisdiccional, el -- que puede imponer penas y librar órdenes de aprehensión y usar medidas coercitivas, es decir, el que posee la facultad declarativa y la facultad ejecutiva elementos de la jurisdicción, es la autoridad judicial. Este órgano, a la vez que el deber de declarar el Derecho, tiene la facultad legal para aplicarla ley al caso concreto y el poder necesario para ello, es decir, que la misma ley da a sus determinaciones fuerza ejecutiva.

Se puede hablar de unidad o pluralidad de jurisdicciones. En México, dicen algunos autores, existen tres: la local, la federal y la militar.

Los órganos jurisdiccionales se suelen clasificar en extraordinarios, prohibidos por nuestra Constitución; y el ordinarios, los que pueden ser generales y privilegiados, determinándose la especialidad de estos últimos por la situación del acusado, por la naturaleza del delito, etc. Entre los primeros se cuenta a los tribunales de los Estado, y entre los segundos los Tribunales Federales, ya que sólo conocen de los delitos calificados como federales.

Considerando los tribunales privilegiados deben mencionarse los tribunales políticos, en que la Cámara de Diputados es acusadora y la de Senadores, sentenciadora, puesto que tanto el hecho político, como el sujeto y el fin, tienen natura-

leza de especial, asimismo, los Jurados Populares, ya que se ocupan sólo de ciertos delitos; y los Tribunales Militares, - al conocer de nada más de los delitos y faltas cometidos contra la disciplina militar, por aquéllos que tengan calidad de militares.

Estos órganos jurisdiccionales, a los que hemos calificado como privilegiados, no deben ser confundidos con los extraordinarios, prohibidos por nuestra Constitución.

Es posible clasificar a los órganos jurisdiccionales, de acuerdo con sus jueces, que son los encargados de dictar el Derecho. Pueden ser éstos de hecho o de conciencia, como acontece en el jurado popular, o de derecho, es decir, letrados y preparados por el estudio.

Afirmábamos que la autoridad judicial ejerce la actividad jurisdiccional, en cuanto tiene facultad para dictar el Derecho. Ahora bien, esta facultad de la autoridad judicial - se reglamenta y se limita de acuerdo con la capacidad de cada órgano. La capacidad es, por tanto, la reglamentación de la jurisdicción. Un órgano además de jurisdicción, debe tener capacidad para ejercerla.

La capacidad puede ser subjetiva y objetiva. La primera se refiere a las cualidades que un juez pueda tener y que le permitan actuar como tal; y pueden ser relativas a la capacidad general para ser juez, o bien referentes a las que permitan a determinado juez encargarse a un asunto concreto.

La capacidad objetiva, que conocemos bajo el nombre de competencia, está en contacto con los márgenes de la jurisdicción. Así, nuestro Código de Procedimientos Penales limita la capacidad objetiva en relación del territorio, por la pena o por la conexidad.

En el Estado, la actividad jurisdiccional se ejerce por el Tribunal Superior de Justicia, los Juzgados de Primera Instancia Penal, Juzgado Menor Mixto, Juzgado Municipal.

Los Tribunales Federales, considerados como órganos privilegiados, dado que conocen sólo de las conductas delictivas clasificadas como federales, enumeradas por el art. 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, son los Tribunales Unitarios de Circuito y los Jueces de Distrito.

C A P I T U L O Q U I N T O
E X A M E N D E L A R T I C U L O 1 9 C O N S T I T U C I O N A L .

A).- EL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL PARA EL CONSTITUYENTE DEL 17. FINES ESENCIALES. SU RELACION CON LA FRACC. XVIII, DEL 107 CONSTITUCIONAL.

Hemos visto que nuestra Constitución reconoce a la libertad como un atributo esencial a la naturaleza del hombre y que como a tal la protege. Este es el principal motivo de la inclusión en ella de los artículos que consagran las garantías conocidas como de "seguridad jurídica"; puesto que sin ellas, es decir, si la constitución no contuviera las condiciones indispensables para lograr su eficacia y respeto, el reconocimiento de la libertad social y el elevarla a la categoría de derechos públicos, sería una mera declaración ideal.

Hemos visto el artículo 16 como tal; revisemos ahora otro trascendental ordenamiento: el artículo 19, de quien también quiso el Constituyente hacer un defensor de la libertad.

Aunque substancialmente idéntico al de la Constitución de 57, que es su antecedente inmediato, el artículo 19 de nuestra Constitución vigente define y asegura la garantía en forma más completa; ya que aquélla no hacía exigibles los requisitos mediante los cuales debe dictarse un auto de formal prisión.

Por otra parte, con objeto de evitar que el procesado pueda quedar sin los elementos necesarios de defensa, prohíbe cambiar arbitrariamente la naturaleza de un proceso. Dijo así la Comisión encargada de redactarlo, en el Dictamen que presentó a la asamblea Legislativa:.. si en el curso de la averiguación se descubre que el delito cometido realmente es distinto del que motivó la incoación de la causa o que además de ese delito se ha cometido otro debe abrirse averiguación por separado.

Establece el artículo 19 un término de setenta y dos horas, que contadas a partir del momento en que el Ministerio Público pone al presunto ejecutor de un hecho delictuoso en manos del Juez, son el plazo máximo de que dispone éste para dictar un auto de formal prisión. Este término establece, en primer lugar, una garantía, protectora de la libertad del hombre, y en segundo una obligación a cargo de las autoridades que ordenen o consientan la detención. La violación de esta obligación da lugar al Amparo, Fracc.I, art. 103 constitucional; y hace responsable a la autoridad que no cumpla, como se desprende de la última parte del primer párrafo del mismo artículo 19; que tiene por objeto garantizar en forma cabal su cumplimiento.

Pero, ¿cómo es este término de setenta y dos horas una garantía, protectora de la libertad del hombre?

El maestro Franco Sodi nos remonta a los liberales clásicos; los cuales, afirma, son el antecedente mediato del artículo que comentamos, y en su forma y en su lenguaje vemos aún cómo se expresa el pensamiento del mismo Montesquieu: "todo castigo cuya necesidad no es absoluta resulta tiránico a la postre".

En torno a esta idea, el Constituyente consagró el plazo mencionado. Y en torno a ella, también, dispuso en el último párrafo del artículo 19, que el maltrato a los hombres en prisión, que las molestias que sin motivo, legal se le produjeran, serían reputadas como abusos y castigadas por las autoridades.

Pero el ordenamiento citado no sólo protege a la libertad personal disponiendo que ninguna detención exceda de 3 días, sin un auto de formal prisión que la justifique; sino que también se ocupa, en nombre de tal protección, señalar los requisitos indispensables que a su vez justifiquen la formal prisión, es decir, que precisa el contenido que debe llenar el auto que legalmente permite, por un término más amplio, la privación de la libertad.

Por tanto debe expresarse en el auto de formal prisión, de acuerdo con el mandamiento constitucional:

- I.- El delito que se impute al acusado, con mención de los elementos que lo constituyen;
- II.-El lugar, tiempo y circunstancias en que fué ejecutado;
- III.-Los datos que arroje la averiguación previa, que debenser bastantes para, comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. y éstos son sus requisitos esenciales:
 - a).- Comprobar el cuerpo del delito, y
 - b).- Hacer probable la responsabilidad del acusado.

Podemos agregar que la libertad también se protege por la preocupación del Constituyente, consagrada como garantía en el párrafo II del artículo 19, de ordenar que todo proceso se siga forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Garantía que tiene como antecedente la costumbre de algunos de nuestros Tribunales, en época anterior a la Constitución vigente, de seguir el proceso por un delito diferente al que lo provocó; lo que dejaba indefenso al acusado, puesto que no podía contestar a cargos que ni siquiera se le había hecho.

Cabe de hacer mención, finalmente, que la fijación al juez de un término para dictar auto de formal prisión en su caso, o por dictar el auto de libertad por falta de meritos con las reservas de ley, cuando no haya elementos para procesar, o el auto de sujeción al proceso, cuando el delito impu-

tado no tenga señalada pena corporal, está estrechamente vinculada con las obligaciones señaladas por la Fracc. XVIII -- del art.107 Constitucional.

B).- EL AUTO DE FORMAL PRISION, SUS EFECTOS, FINES Y REQUISITOS.

Considerando una sociedad ideal, por respecto a la libertad, la prisión no debería decretarse sino hasta el fin del proceso, cuando hubiese quedado plenamente comprobada la responsabilidad del sujeto en la comisión de un delito.

Pero en la sociedad actual, cuando a una persona se le imputa un delito es necesario asegurarla preventivamente, -- con objeto de que el procedimiento pueda seguir su marcha -- normal, sin embargo, esta privación de la libertad no puede prolongarse por más de 72 horas. Y para poder prolongarla -- por más tiempo, es necesario justificarla con un auto de formal prisión.

Pero, ¿qué se entiende por un auto de formal prisión?

Florián define el auto como una resolución judicial que afecta no solamente a la cuestión procesal, sino también a la cuestión de fondo. De modo que es indispensable resolverla antes de llegar a sentencia, para poder formular ésta. Mientras que la sentencia es la resolución judicial que termina con una instancia, el auto puede ser una simple determinación de trámite, o contener cuestiones que puedan suspender o cesar el procedimiento.

El auto de formal prisión debe contener las razones legales que se estuvieron para dictarlo y forzosamente antecede a la prisión preventiva. La diferencia entre ambos está -- en que mientras el primero es el "mandamiento pronunciado -- por el Juez que motiva y justifica la causa de la prisión -- preventiva", la segunda es la privación de la libertad que -- se impone mientras dura el proceso.

Se llama auto de formal prisión, no en referencia a las condiciones de forma que debe contener, sino porque el Juez ha considerado los datos que obran en su poder suficientes -- para cambiar la situación jurídica del inculpado, que de detenido o indiciado se convierte en procesado. Cabe aclarar -- que algunos tratadistas, entre ellos Jacinto Pallares y González Bustamente, sostienen que el auto de formal prisión equivale a elevar la causa a formal proceso; el uso del término "formal" deviene de la legislación nacional (Ley de Jurados del 15 de junio de 1869), que lo usaba para distinguirlo de los procesos que se acostumbraba fallar en partida, ya que -- por su índole reclamaba mayor rapidez, a diferencia de los -- procesos formales, de los que era propia una tramitación más

compleja y más lenta.

Es indiscutible que el fin primario del auto de formal-prisión es fijar la situación jurídica del inculpado y fijar también el delito o delitos por los que debe perseguirse el proceso. Para esto debe de sujetarse a los requisitos tanto por los ordenamientos constitucionales como por las leyes -- procesales.

Coinciden casi todos los tratadistas en dividir estos -- requisitos en formales y de fondo, o formales y medulares para Rivera Silva.

Si se llega a dictar el auto de formal prisión, es de-- cir, en el caso que se cumplan los requisitos legales, se da base para principiar un proceso. Al mismo tiempo se señala -- el delito o delitos, de acuerdo con la Fracc. II del artículo 19 constitucional, por los que debe seguirse; y, además -- se justifica la prisión preventiva. Por otra parte, es el -- cumplimiento de la obligación señalada al órgano jurisdiccional en la Fracc. I del art. citado.

C).- COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO.

Es necesario que para que se dicte un auto de formal -- prisión los datos que arroja la averiguación previa sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito. Pero, ¿ qué se -- entiende por cuerpo del delito?

Viene a ser este tema sumamente discutido. Si para algunos autores no hay distinción entre el cuerpo del delito y -- el delito mismo, para otros el cuerpo del delito es el resultado de éste. Es decir, que en el delito de lesiones el cuerpo del delito lo formarían las lesiones causadas. Pero el delito es independientemente de su resultado. Ferri afirma que se constituye por los instrumentos que sirvieron para su consumación, más su objeto material, considerando a éste como -- la persona o cosa en que se concreta la acción delictiva. Pero en esta idea no sólo no se engloba todo concepto, sino -- que se afirma que el medio usado para realizar un acto es -- parte integrante de él. El cuchillo utilizado para ejecutar -- un homicidio no es parte del delito de homicidio.

Garraud dice que el cuerpo del delito está constituido-- por todos sus elementos materiales, o mejor dicho, por los -- comprendidos en la definición legal del hecho delictuoso. Osea, que el cuerpo del delito debe entenderse en relación -- con el delito tipificado. Como explica claramente [«]Rivera Silva, el cuerpo del delito es aquella parte del delito real (el -- conjunto de elementos y actos todos que informan la actividad delictuosa) que cabe en los límites fijados por las definiciones de la ley, es decir, el delito legal.

De acuerdo con la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, el cuerpo del delito es el conjunto de elementos materiales contenidos en la definición legal. Así los Códigos Procesales Vigentes, en consonancia con el criterio de la Suprema Corte, entienden que "el cuerpo de un delito se tendrá por comprobado por los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso, según lo determina la ley penal".

Se pueden comprobar el cuerpo de un delito, dicen nuestras leyes procesales, por las dos siguientes formas:

- I.- Comprobación común, "comprobando los elementos materiales de la infracción", es decir, comprobado el delito legal.
- II.- Comprobación especial:
 - a).- Comprobando ciertos elementos, o sea comprobando una situación de la que se infiere el delito.
 - b).- Como en el caso anterior, o si no por medio de la comprobación común.

D).- LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

Uno de los requisitos esenciales que exige el artículo 19 constitucional, para que se dicte un auto de formal prisión, es que los datos que arroje la averiguación previa sean bastantes para hacer probable la responsabilidad del acusado.

Veamos, pues, qué se entiende por probable responsabilidad. Responsabilidad es el deber jurídico que obliga a un individuo imputable a responder por un hecho y a sufrir sus consecuencias jurídicas. Es decir, un individuo culpable a quien se le impute un hecho delictuoso tiene la obligación de responder por él. El Código Penal en su art. 8, señala quiénes son responsables de los delitos.

La probable responsabilidad la tenemos cuando existe indicios suficientes, por los cuales nuestro saber va más allá de la duda, aunque no llegue a la certeza, de los que podemos desprender la responsabilidad de un sujeto.

E).- EL AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE MERITOS CON LAS RESERVAS DE LEY. EL AUTO DE SUJECION A PROCESO.

En el Código Procesal Penal vigente en el Estado, artículo 302 se ordena que al no comprobarse la probable responsabilidad o el cuerpo del delito, es decir, al no haber elementos suficientes para iniciar un proceso, se dicte un auto de libertad por falta de méritos con las reservas de ley.

Este auto resuelve solamente sobre el cumplimiento de -

los requisitos necesarios para dictar un mandamiento de -
prisión preventiva, pero no tiene que agregar nada sobre-
la existencia del delito o la responsabilidad de un suje-
to. Como debe dictarse dentro de las 72 horas siguientes-
a la consignación, si es que no hay elementos para el au-
to de formal prisión, puede darse el caso que éstos apa-
rezcan por investigaciones posteriores, razón por las que
se dicta con las recervas de Ley.

De acuerdo con el artículo 18 Constitucional: "sólo
el delito que merezca pena corporal habrá de tener lugar-
a prisión preventiva", este auto es substancialmente i- -
gual al de de formal prisión, los mismos requisitos de --
fondo y de forma, y al igual que él da base a un proceso.

En general surte todos sus efectos, excepto el de -
prisión preventiva, ya que el delito imputado no tiene se-
ñalada sanción corporal, menos habrá de tenerla su proba-
ble responsabilidad.

C A P I T U L O S E X T O
L A L I B E R T A D B A J O C A U C I O N .

A).- LIMITACIONES A LA LIBERTAD. DEFENSA DE LA LIBERTAD DURANTE EL PROCEDIMIENTO. ANTECEDENTES GENERALES DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

Hemos hablado de la aprehensión y detención. En purismo técnico, según explica el maestro Piña Palacios, la primera es el acto de privar de libertad ejecutado por una autoridad o por un particular; la segunda, la sujeción de la facultad jurisdiccional de aquél que ha sido privado de su libertad.- Aunque en la práctica los dos vocablos son sinónimos y, en todo caso, la detención se refiere a cualquier estado de privación de la libertad, medie o no en ella la autoridad judicial. Es más, en el uso cotidiano con este término se significa que todavía no ha intervenido el juez competente.

Nos hemos referido a la prisión, que en términos generales podemos considerar como la privación de la libertad externa. Específicamente, la prisión preventiva es una medida procesal, no para prevenir delitos, sino para sujetar al acusado al proceso y evitar que se substraiga a la acción de la justicia, mientras se esclarece la verdad. La prisión como pena, es una medida de defensa social que se dicta porque dada la gravedad de la conducta antisocial, es necesaria para prevenir nuevos delitos o, dicen otros autores, como castigo al delincuente, como medida ejemplar o intimidativa, etc. Durante la primera se inicia y se sigue el proceso, la segunda principia despues de que la sentencia ha causado ejecutoria.

En todo caso, las situaciones analizadas tienen un factor común: constituyen una limitación a la libertad, que tanto en la teoría como en la práctica -si en la forma debida- se satisfacen los requisitos legales que las autorizan-, colocados en el plano de un régimen justo, esencialmente son una defensa de la misma, ya que privan de la libertad personal, como protección a la libertad social en tanto que impiden la violación de la única libertad posible, la personal - que coexiste con las demás; y tratan de reprimir o ejemplificar, por medio de la privación de la libertad externa, cuando una conducta resulta antisocial.

Ahora bien, una breve ojeada a la historia del hombre nos demuestra que la libertad es uno de los bienes que más caro les ha sido, tanto que su devenir no es sino una lucha constante por ella. Tan esencial es su naturaleza, y tan profunda su necesidad -se reputa incluso como calidad humana- que la busca a lo largo de todos sus actos y a través de todas sus situaciones.

Es por esto que el Derecho y las leyes se han preocupado por defender la libertad, no sólo cuando un hombre es totalmente ajeno a una actividad que se castigue, sino también cuando imputándosele un delito se le pueda otorgar, sin le-

sionar a la sociedad. Así surgen en el curso del procedimiento varias situaciones en las que, por considerarse de tanta importancia la privación de libertad, y siempre que con ello no se ponga en peligro a la comunidad, se concede, en forma transitoria o definitiva, el goce de la misma. Entre estas situaciones, de las que nos ocuparemos tanto en el presente capítulo como en los siguientes, la libertad bajo caución -- fué reglamentada desde el Derecho Romano.

La libertad bajo caución, o la libertad bajo fianza, -- así llamada en razón de los motivos por los que se otorga; o libertad provisional, ya que se da con carácter temporal, es la consagrada de un principio humanitario que se dio en la sociedad desde antiguas épocas... Esto es fácil de comprender si se piensa que la libertad bajo caución es parte de una libertad reglamentada. Dado que ésta es la única posible, y como la preocupación de la libertad evidentemente alborzó con la humanidad, el hombre al ser un animal sociable, de inmediato hubo de reglamentarla. Fué así surgiendo la libertad, paralela a la historia, según las ideas y momentos, y de acuerdo con los factores con que se la conectaba.

A la libertad bajo caución se la relacionó íntimamente con el factor económico. Desde que en la sociedad se dió relieve a este último, suceso de tiempo remotos, se conoció su existencia. Ya en el Derecho Romano, en la Ley de las Doce Tablas, estaba bien analizada. Pero, cosa curiosa, a pesar de que con el curso de los años brotó una fuerte corriente liberal que pregonaba un máximo de independencia con un mínimo de sujeciones, la libertad provisional se establecía en las antiguas leyes con menos limitaciones que actualmente. -- Contra la opinión de varios autores, no creo que esto signifique un detrimento para la libertad. Al revés, probablemente la experiencia de los siglos ha llevado al convencimiento que el limitar externa, en nombre de su efectividad social, es la única forma para lograrla. Creo que el hombre reconoce ahora, al menos substancialmente, que tan sólo existe la libertad social. Por otra parte, el concepto que de ella se tenía en el mundo antiguo, en Roma por ejemplo, es diferente al actual. Ahora se trata de la libertad del hombre, de todos y cada uno de los hombres; entonces era la libertad de ciertos hombres.

Por tanto, la libertad bajo caución es en el mundo actual más consiente y efectiva. Se trata solamente de una garantía, que se otorga para salvaguarda del bien protegido, -- pero sin permitir que se lesione a la sociedad. Y bajo esta idea se encuentra reglamentada por las leyes de gran número de países, como por ejemplo, Francia, Inglaterra, los EE.UU., etc.

B).- ¿QUE ES LA LIBERTAD BAJO CAUCION? EL FACTOR ECONOMICO.

La prisión preventiva, como ya afirmamos, tiene fundamentalmente por objeto evitar que el inculcado pueda sustraerse a la acción de la justicia. Pero si esto se puede lograr sin necesidad de privar de su libertad al presunto responsable -dada la importancia que le conceden el hombre y la sociedad-, debe procurarse así, y ello es el fundamento principal de la libertad bajo caución.

Como no se puede determinar la responsabilidad del sujeto en la actividad que se considera delito sino cuando se pronuncia la sentencia, se le encarcela en forma preventiva hasta que el objeto fundamental del proceso quede fijado. En tonces, al establecer la ley la libertad bajo fianza se provoca un conflicto de intereses: los de la sociedad que tratan de asegurar al delincuente; contra los del inculcado, que debe disfrutar de las garantías que la ley le otorga. Intereses que no son al fin y al cabo más que parte de los intereses de la sociedad.

Para lograr su conciliación, única forma en que la libertad provicional puede considerarse como parte de una libertad reglamentada, a la vez que abrirle la prisión, debe obligar al inculcado a no huir de la acción judicial y a presentarse ante ella las veces que se le demande. A esto se debe que para otorgarla se impongan ciertas condiciones, que obviamente tienen por objeto asegurar la presencia del presunto responsable en el proceso.

De estas condiciones, el otorgamiento de una caución es una de las principales. Requisitos que, a pesar de su sana intención no es más que el reflejo de la preponderancia del dinero en la sociedad. Cabe aclarar que con motivo de esto se afirma que se supedita un valor, un anhelo esencial, como es la libertad, a un factor material, de índole económica.

A pesar de la opinión del Lic. Rivera Silva, pienso que el afirmar lo anterior es el producto de una confusión, por lo demás muy común, entre los múltiples significados del vocablo libertad. La libertad esencial del hombre puede perderse y aún venderse; pero en la situación que analizamos sólo se hace referencia a la libertad externa, a una cierta facilidad de movimiento; y en lo más mínimo se presupone alguna otra idea; la libertad como valor, como bien social, como calidad humana, etc.

Por otro lado, aunque indudablemente la libertad bajo caución es producto de una concepción burguesa, en muchas legislaciones se procura que no refleje las desigualdades económicas. La Ley de las XII Tablas decía: "que un hombre rico preste caución por un hombre rico, pero todo hombre puede prestarla por un ciudadano pobre". Y en el mundo actual, no siempre es posible estimar a la libertad caucional como una disposición burguesa. Si por desgracia en México, a pesar de las sanas intenciones del legislador, su práctica traduce --

Las fuertes desigualdades económicas del medio, en otros -- países se ha logrado compensar las diferencias. La legisla-- ción norteamericana, por ejemplo, no requiere que en el caso de delitos leves se constituya garantía pecuniaria; Francia, España, la conceden con o sin fianza, etc.

En todo caso, es de lamentarse que la libertad provisio-- nal sólo pueda lograrse mediante el cumplimiento de un requi-- sito de carácter económico. La igualdad jurídica no puede u-- tilizarse donde hay desigualdad económica. Y aunque aquella-- trate de lograrse distinguiendo tratamientos diferentes se-- gún las circunstancias personales, como ordena nuestra Cons-- titución, la práctica conduce, a pensar de todo, a marcar -- las clases sociales y a conceder al dinero una importancia i-- nusitada. Quizá con el tiempo --en el Derecho futuro-- llegue-- a darse una libertad provisional que se sujete a requisitos-- diferentes; pero por ahora, en nuestra época decisivamente -- materialista, la condición comentada desgraciadamente es la-- mejor manera de asegurar los intereses de la sociedad.

C).-- ALGUNOS ANTECEDENTES EN NUESTRA LEGISLACION. LA LIBER-- TAD BAJO CAUCION COMO GARANTIA. EXAMEN DEL ARTICULO 20 FRACCION I, DE LA CONSTITUCION.

La Constitución del 5 de febrero de 1857 no se ocupó de la libertad bajo caución. No podemos extrañarnos si recorda-- mos que el sistema de enjuiciamiento acostumbrado era el in-- quisitorio. El conceder esta libertad es propio del enjuicia-- miento acusatorio. Sin embargo establecía una garantía a di-- cha libertad en su artículo 18, al ordenar que si en cual-- -- quier estado de un prōceso aparecía que el acusado no era me-- recedor de una pena corporal, se le pondría en libertad pro-- visional. Nuestra Constitución vigente, en su artículo 20, -- la consagra como garantía irrenunciable, que el juez tiene o-- bligación de conceder. El Constituyente deseó proteger al -- presunto responsable contra toda iniquidad; trata de poner --"la libertad bajo fianza al alcance de todo acusado, -- cuando el delito que se le impute no tenga señalada una pena mayor a la de cinco años".

Dice la fracción I del artículo 20 que el acusado será-- puesto en libertad bajo fianza que fijará el juez "inmediata-- mente que lo solicite". Pero este "inmediatamente" no se re-- fiere a la averiguación previa, aunque se diga que la garan-- tía debe interpretarse en el sentido más favorable al incul-- pado y se quiere que los funcionarios del Ministerio Público la otorgue; se refiere exclusivamente a la autoridad juris-- diccional. Por esto es que la libertad caucional viene a go-- zarse hasta que se rinde la declaración preparatoria, dentro de las 48 horas siguientes a la consignación; en forma seme-- jante a lo que vieron los Constituyentes en los Códigos de -- 80 y 94.

El primer requisito constitucional que debe cumplirse para que se otorgue la libertad bajo fianza es que el delito imputado al acusado no merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético sea mayor a 5 años de prisión, aunque originalmente nuestra Constitución exigía que la sanción correspondiente al delito no fuese mayor de 5 años. La reforma se hizo en razón de que antes de que se pronuncie la sentencia es imposible saber qué castigo corresponderá exactamente al acusado, y por lo tanto es más justo atenerse al término medio aritmético. Además, éste es más favorable al acusado y está de acuerdo con las tesis de la Suprema Corte de Justicia".

El segundo requisito que exige nuestra Constitución para que sea posible la libertad provisional es el otorgamiento de una caución bastante para asegurarla. Lo que se puede lograr entregando dinero en efectivo o una garantía hipotecaria o personal. Casos todos en los que la caución no puede ser mayor de \$250,000.00 a menos que se trate de un delito que represente un lico para su autor o un perjuicio económico para la víctima, ya que entonces la fianza será por lo menos tres veces el valor del beneficio adquirido, o del daño causado. Pero antes de la reforma de que fué objeto, el párrafo mencionado señalaba como fianza máxima la suma de \$10,000.00 esto fué materia para que se lanzaran duras críticas contra los Constituyentes de 17, alegando que colocaban al delincuente en una situación ventajosa para eludir la justicia, y sobre todo si se tomaba en cuenta que ya el Código procesal derogado, de 1894, indicaba para decretar la libertad provisional una caución mayor o máxima de \$30,000.00

La intención fué buena, aunque, en la práctica tuvo consecuencias fatales: se quiso que la libertad caucional no fuera privilegio de gente adinerada, y se provocó que los delincuentes pudientes burlaran a la justicia. De todos modos, la idea del Constituyente fué justa. Trató de que todos gozaran de esa garantía. En el Dictamen que presentó la Comisión encargada de redactar el artículo 20, se dijo: "...la ley no determina los casos en que debe aceptarse la fianza personal, en lugar del depósito pecuniario o de la hipoteca. Quedará siempre al arbitrio de los jueces... pero acreditándose la idoneidad del fiador, no puede quedar al capricho de éstos rechazarla, si-no que en todo caso deben admitirla..."

A más de esto, si es verdad que el juez está autorizado por la Constitución para fijar la fianza, también es cierto que en la misma se le ordena que para ello tome en consideración la gravedad del delito que se impute y, en primer término, las circunstancias personales del acusado. Desgraciadamente, y es caso de todos los días, los tribunales señalan caución sin recordar los ordenamientos de nuestra Ley --

Fundamental. Lo que provoca tanto el desamparo de muchos inculpados, de escasos recursos materiales, que ingnorantes y generalmente sin grave responsabilidad han sido acusados, como el que los delincuentes de extrema peligrosidad, sobre todo en ocasión de graves delitos o los reincidentes, gocen de la protección de la Ley.

D).- LA LIBERTAD BAJO CAUCION EN NUESTRO CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE QUERETARO. ¿QUE ES UN INCIDENTE? CLASIFICACION Y CARACTERES.

El Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro, se ocupa de reglamentar la libertad provisional bajo caución en su Sección Segunda, Capitulo III, que denomina bajo el rúbro de "Incidentes de Libertad", Arts.474 al 491.

Por lo tanto, para poder estudiar la libertad provisional en nuestras leyes procesales vigentes será preciso examinar primeramente, y aunqne en forma somera, lo que es incidente.

La palabra incidente viene del latín "incido, Incidens" interrumpir, o del verbo "cadere", caer, que con la preposición "in" significa sobrevenir. En su sentido procesal, se define como aquella cuestión que se promueve en un juicio (que surge en el curso del procedimiento) y que tiene relación inmediata con el negocio principal. Larrañaga y De Pina explican que "con la palabra incidente se expresa la cuestión que surge de otra considerada principal, que evita ésta, la suspende o interrumpe y que cae en o dentro de esta otra o que sobreviene en ocasión de ella.

Cabe distinguirlos de los juicios incidentales, por que éstos aunqne surgen con motivo de otro juicio, tienen todas sus características; mientras que los incidentes son cuestiones jurídico-procesales que surgen con motivo de la tramitación de un juicio pendiente y que deben resolverse dentro del mismo.

Los incidentes pueden tener señalado un procedimiento especial, como la libertad provisional bajo caución, o tener una reglamentación general. Por sus efectos, se dividen en incidentes de previo y especial pronunciamiento, que son los que suspenden el curso de la demanda principal y se resuelve en sus mismos autos; y en incidentes que al no oponerse a la continuación de ésta, se resuelven por cuerda separada.

En el Derecho Procesal Penal, explica Piña Palacios, podemos considerar como incidentes o incidente cualquier causa que modifique la estructura del proceso o que altera su curso normal. Podemos clasificarlos, continúa el mismo autor, en procesales, extra-procesales, especificados y no especificados.

Los primeros surgen en el curso del proceso, los segundos fuera de él, pero en relación directa, interrumpiendo o modificándolo.

Los incidentes especificados están enumerados, por la Ley; mientras que los no especificados no lo están, y sólo pueden surgir dentro del proceso sujetos a la tramitación especial que se les asigna en común a todos los de su especie.

Los incidentes extra-procesales o incidencias, tienen su propia tramitación, pero ésta dista de ser igual por lo que es distinta a la de los no especificados.

El Procesalista Julio Acero separa al incidente, que requiere una tramitación distinta a la de la cuestión principal, que es "una figura procesal propia, individualidad destacada"; de la mera incidencia o cuestión incidental, que puede resolverse de plano.

Para concluir, y dando una idea general de los incidentes en el procedimiento penal, se puede afirmar que el asunto que plantean tiene una relación de carácter accesorio con la cuestión principal, que como tal se substancian por un procedimiento distinto que no tiene acomodo especial en el procedimiento, pero que está dentro de él.

Podemos por tanto concebir a los incidentes como aquellos negocios que se dan dentro del procedimiento y que sujetos a una tramitación específica se ocupan de una cuestión secundaria en relación con el negocio principal.

C A P I T U L O S E P T I M O

LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO PROTESTA .

A).- ¿QUE ES? SUS CAUSAS Y OBJETO.

En su artículo 470 del Código de Procedimientos Penales del Estado, define a la libertad provisional bajo protesta, o libertad protestatoria, como "la que se concede bajo la palabra de honor del procesado, siempre que se llenen los requisitos que la ley se encarga de determinar en la Fracción I, y IV del Artículo 81 del Código Penal.

Hemos afirmado en múltiples ocasiones que el respeto a la libertad personal, como condición necesaria para la libertad reglamentada, es fundamento esencial de nuestra sociedad. Esta vela constantemente por ella, y así lo demostró al otorgarle la garantía de la libertad bajo caución. Ahora bien, si la seguridad colectiva se encuentra a cubierto, si todavía no se esclarece la verdad pero, en todo caso, la mínima peligrosidad del individuo no hace siquiera necesario que proporcione una fianza, en realidad no existe razón alguna para impedir que disfrute de su libertad. Por esto la sociedad le hace entrega de ella, sólo que para también proteger sus intereses se la concede en forma provisional y bajo la palabra de honor.

Si en la libertad provisional bajo caución era el dinero el que aseguraba su otorgamiento, en la libertad provisional bajo protesta la garantía la constituye la palabra de honor del acusado. Y a pesar de que se pretende que tal disposición va de acuerdo con viejos prejuicios, en verdad las leyes no se refieren al honor como sintoma de raza privilegiada, como un mero pretexto de preeminencias y soberbias, sino que lo conciben "como cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos", como creencia en la dignidad humana. De cualquier manera, la libertad protestatoria es una disposición de nobles intenciones, y por el respeto al hombre que pregona algún día substituirá -en el Derecho del futuro- a la libertad bajo caución.

Todos los estudiosos de nuestro procedimiento penal están de acuerdo cuando afirman que en nuestro Derecho su uso es muy restringido, y que el fomentar su aplicación resultaría altamente conveniente. Así las clases que carecen de patrimonio, las que por su indigencia no pueden otorgar una garantía pecuniaria verían un tanto aliviada la situación en que quedan con la libertad bajo caución.

Además, cuando se concede la libertad por delitos leves, y sobre todo cuando los inculpados demuestran una peligrosidad casi nula, se hace una labor de previsión social. Puesto que el ambiente de las cárceles, tanto por el contacto con tal vez graves delincuentes como por las morbosas costumbres

que allí pueden adquirir, realmente hacen desear que mientras no haya estricta necesidad de eliminar su ingreso a ellas. Razón que también tuvo presente el legislador al reglamentar los incidentes de libertad, y sobre todo el que estudiamos en el presente capítulo.

B).- DIFERENCIAS CON LA LIBERTAD BAJO CAUCION.

La libertad protestatoria es un incidente procesal especificado por nuestro código y que debe substanciarse en la forma prevista para los incidentes no especificados. Mientras que la libertad bajo fianza se ha consagrado como una Garantía Constitucional y como tal ha sido reglamentada por las leyes adjetivas en la forma de un incidente, la libertad provisional bajo palabra de honor es del campo exclusivo de la Ley procesal. Y en tanto que la primera vive, como ya explique, auspiciada por una seguridad material, esta última depende de un compromiso moral.

Es de señalarse que la libertad bajo caución se ha creado para conductas que la ley reputa más peligrosas que aquellas en que cabe el incidente de libertad protestatoria. Si para que proceda la libertad bajo fianza la pena que fija la ley para el delito no debe tener un término medio aritmético mayor de 5 años de prisión, para el incidente de libertad bajo palabra de honor debe tratarse de delitos cuya pena máxima no exceda de 6 meses, según el Código Procesal del orden común para el Distrito y Territorios Federales, para nuestro Código de Procedimientos Penales, que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de un año.

Finalmente, los tribunales comunes donde este incidente se ventila (juzgados municipales), en razón de su competencia son diferentes a los que tramitan la libertad bajo fianza.

C).- REQUISITOS Y CAUSAS DE SU PROCEDENCIA.

La libertad protestatoria sólo puede prosperar mediante el cumplimiento de los requisitos que la ley le ha señalado. Requisitos que, al igual que los fijados para la libertad bajo caución deben cumplirse para garantizar el interés de la comunidad, con objeto de asegurar el orden social, etc.

El primero que enumera nuestras leyes consiste que el acusado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siga el proceso; seguidamente se exige que su residencia en dicho lugar sea de dos años cuando menos, que a juicio del juez, no haya temor de que se fugue. Que el acusado demuestre plenamente, que carece de medios necesarios para otorgar fianza. Que proteste presentarse al Tribunal o Juez que conozca de su causa, siempre que le ordene. Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de un año. Hay una situación en que la libertad protestatoria procede sin necesidad

del cumplimiento de las anteriores condiciones. Es el caso de que el reo haya cumplido con el máximo de la pena fijada por la ley al delito por el que se le procesó, sin que se hubiere dictado sentencia. Esta disposición señalada - por el Código Procesal Penal del Estado en razón de la brevedad de las penas impuestas a los delitos por los que procede el incidente, protege la garantía consagrada por la Constitución en el segundo inciso de su artículo 20, la -- que ordena que no se prolongue "la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que - motivare el proceso". Prospera igualmente la libertad bajo protesta, sin necesidad del cumplimiento de otros requisitos, cuando el sentenciado cumple la pena impuesta en primera instancia, estando pendiente aún el recurso de apelación.

D).- FUNDAMENTOS PARA REVOCAR LAS LIBERTADES PROVISIONALES.

Así como el interés social obliga a la ley a fijar de terminados requisitos para conceder la libertad provisio--nal, así también la obliga a señalar las causas por las - que se le puede revocar.

La comunidad no puede tener ningún incentivo, a pesar de su profundo anhelo de libertad, para conservar la de - aquel individuo que posteriormente a que ha adquirido el - beneficio de la libertad provisional resulte perjudicado o perjudicado o trate de lesionar al orden social.

En defensa del mismo tiene que evitar tales conductas, y fundamentalmente ésta es la causa por la que se pueden -- revocar las libertades provisionales; si el que disfrutó - de ellas ha dejado de cumplir los requisitos que las hacían posibles, se ha cometido nuevos delitos, etc., obviamente - que la ley, en nombre de la coexistencia de libertades, --- nuevamente debe restringir la del que gozaba.

C A P I T U L O O C T A V O
LA LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.

A).- ¿QUE ES? SUS CAUSAS Y OBJETO.

Nuestro Códigos procesales reglamentan entre los incidentales el de libertad por desvanecimiento de datos. Institución jurídica a la que podemos considerar como coadyuvante en la defensa de la libertad.

Supongamos que ha sido dictado un auto de formal prisión, por haberse comprobado los datos que le dieron base, es decir, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto. Pero imaginemos que durante el proceso surgen nuevas pruebas que los hacen desvanecerse, nuevos elementos probatorios que destruyen los que se tomaron en cuenta para comprobar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del inculcado.

Resulta natural entonces no guardar al sujeto en prisión hasta que se termine el proceso; lo contrario chocaría con los lineamientos que la Constitución ha querido imprimir en las leyes. Si la libertad es tan esencial al hombre siempre debe protegerse. Es así como surge la libertad por desvanecimiento de datos, que tiene por objeto la "libertad procesal" del inculcado en razón de que nuevas pruebas han desvanecido las que dieron lugar o base al auto de formal prisión.

El fin inmediato y objeto del incidente que comentamos es la consecución de la libertad procesal. Esta es una de las especies de la libertad externa; podemos considerarla como la situación lograda al quedar libre de la jurisdicción de un tribunal; o más concretamente para el caso, quedar fuera de un proceso, dejar de estar vinculados con él. Y si afirmamos que no es específicamente la libertad externa el objeto de este incidente, sino una de sus especies: la de la libertad procesal; es porque puede darse el caso de que sea aplicado a un sujeto que ya goce de la primera. Por ejemplo, un inculcado que disfrute de la libertad provisional bajo caución. Aunque, claro está, al obtenerse la libertad procesal en forma paralela se obtiene la libertad externa.

B).- LA LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS EN NUESTRAS LEYES VIGENTES. CARACTERES GENERALES.

Para que la libertad por desvanecimientos de datos pueda prosperar es fundamental que la prueba que se rinda sea posterior al auto de formal prisión y que sea suficiente para convencer plenamente al juez. En alguna legislación anterior se habla de este incidente en relación con la detención de una persona; pero como ésta tiene un carácter precario, al existir la obligación de dictar un auto de formal prisión o de libertad, por falta de elementos para procesar, dentro de las sesenta y dos horas siguientes a la consignación, la libertad

por desvanecimiento de datos resulta para el caso una disposición sobrante.

Ahora bien, aunque el artículo 546 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, - dice que puede ser decretada "en cualquier estado del proceso" algunos autores, entre ellos Franco Sodi, afirman que sólo es procedente antes de que se declare cerrada la instrucción. Aunque a su favor tienen lo dispuesto por el artículo 422 del Código Federal, que declara procedente al incidente sólo en "cualquier estado de la instrucción", y aunque se justifican señalando que sería ilógico resolver en forma incidental lo que ya se encuentra en condiciones de ser resuelto en forma principal, creo que nuestro Código es bastante claro y expreso y no es posible sujetarlo a interpretaciones. (Además, con toda es de sobra la lentitud que puede revestir un proceso penal; por tanto, mientras no se corrijan éstos, resultaría inútil y hasta atentatorio tratar de modificar la disposición comentada). Por otra parte, es conveniente subrayar el hecho de que la prueba presentada debe ser posterior al auto de formal prisión y a las pruebas que lo fundaron. Puesto que si no lo es así, y se reconsidera lo que dió base a éste, nos encontramos con un recurso en que se le revisa, pero no con el incidente de libertad por desvanecimiento de datos.

Queda aclarado así que el auto de formal prisión es un presupuesto forzoso a este incidente. Cabe entonces señalar - que de acuerdo con nuestros Códigos, y con el sentido de las ejecutorias de la Suprema Corte, las pruebas presentadas deben tener plenitud probatoria y desvanecer, plenamente las anteriores. "Por desvanecimiento de datos, no debe entenderse - que se recojan pruebas que favorezcan más o menos al inculpa- do, sino que aquéllas que sirvieron para decretar la deten- ción o prisión preventiva, sean anuladas por otras posteriores..."

Aseguran algunos tratadistas que el incidente de liber- tad por desvanecimiento de datos concede la libertad en forma transitoria. Se basan en que la ley, tratando de que no surja un conflicto con los intereses de la sociedad, deja al Minis- terio Público en posibilidad de continuar aportando pruebas - y pedir más tarde, en caso dado, la respresión y al Juez - la facultad para dictar otro auto de formal prisión.

Estas argumentaciones resultan verdaderamente inútiles; basta observar los efectos que produce la libertad procesal. Es cierto que se tratan de asegurar los intereses de la comu- nidad, dándoles toda la protección posible y evitando que se burle a la justicia en el caso de que "aparecieren posterior- mente datos que les sirvan de fundamento y siempre que no se - varíen los hechos delictuosos motivo del procedimiento". Pero

esto no demuestra que la libertad procesal que se logra con este incidente tenga carácter de transitoria. En realidad, podemos considerarla como básicamente definitiva; puesto que al surgir nuevos datos con los que se compruebe el cuerpo del delito o la probable responsabilidad, aunque sea sobre las mismas actividades del procedimiento anterior, éstos se ventilan en un nuevo proceso.

La libertad procesal desliga del proceso en forma absoluta; al surgir nuevas pruebas se abrirá uno diferente, con lo cual no se comprueba que la libertad dictada sea transitoria. Independientemente de que en múltiples casos no aparecen datos nuevos después del incidente, el Código procesal Penal-Vigente en el Estado, confirma lo dicho, al autorizar al Ministerio Público para que en el caso de que aparecieran dicte "nuevo" auto de formal prisión, y no para revocar la libertad como expresamente ordenan en los casos de libertad provisional.

C).- ESTUDIO COMPARATIVO DEL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS ENTRE EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES. Y EL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Dentro de la clasificación indicada por el maestro Piñalpalacios para los incidentes del procedimiento Penal, el de libertad por desvanecimiento de datos se sitúa como un incidente procesal especificado. En esta forma lo estiman nuestros Códigos vigentes, en los que, aunque en el Código Federal con más técnica jurídica, está tratando en forma parecida y sin discordancias de trascendencia grave.

Para ambos el incidente únicamente se substancia a petición de parte, y coinciden en conceder cinco días para celebrar la audiencia en que se vea y en obligar a la autoridad a dictar resolución que proceda dentro de las setenta y dos horas siguientes a ésta.

El Código Federal indica que la libertad por desvanecimiento de datos es procedente tanto contra el auto de formal prisión como en contra del auto de sujeción a proceso, mientras que en el Código de Distrito sólo se hace referencia al primero. Esto no señala ninguna contradicción sino que para el Código Común el auto de formal prisión engloba al de sujeción a proceso. "Cuando por tener el delito únicamente señala da sanción no corporal o pena alternativa, que incluya una no corporal, no pueda restringirse la libertad, el juez dictará el auto de formal prisión".

Al hablar de los requisitos que deben llenar las pruebas para que proceda este incidente, el Código Federal dice en su artículo 422 que deben ser plenas. El Código de Distrito en su artículo 547 exige, en cambio, que sean "plenas e indubitables".

Tal como lo indica el procesalista Rivera Silva, el Código común al señalar esto se contradice por sí solo, - la prueba plena es objetiva se utiliza en un sistema en - que se tasa el valor probatorio. La prueba indubitable es subjetiva, se refiere al criterio del juez.

Aunque el mismo autor señala que puede justificarse el error en razón de que lo que se pretenda es unicamente la seguridad de que los datos desvanecidos, creo para evi-
tar confusiones o interpretaciones tendenciosas lo mejor-
sería modificar esta disposición, declarando sus concep-
tos.

Finalmente cabe señalar que el incidente comentado-
prospera cuando se desvanecen los datos que sirvieron pa-
ra comprobar la presunta responsabilidad y cuando se des-
vanecen los que comprobaron el cuerpo del delito. Pero --
mientras que en el Código Federal la resolución que otor-
ga la libertad por desvanecimientos de datos, tiene, - -
"los mismos efectos que el auto de libertad por falta de
méritos, en el Código de Distrito Federal solo tiene este
efecto la resolución que se refiere al desvanecimiento de
datos que hacían probable la responsabilidad del inculpa-
do; y en el otro caso, consignado en la fracción primera-
del artículo 547, o sea el desvanecimiento de datos que--
comprobaban el cuerpo del delito, no los señaló.

Creo que esta laguna es fácil de llenar, interpre-
tando congruentemente con el resto de las disposiciones -
relativas, y que la resolución dictada tendrá en ambos ca-
sos los mismos efectos.

C A P I T U L O N O V E N O

LA LIBERTAD PREPARATORIA

LA CONDENA CONDICIONAL

A).- ¿QUE ES? SUS CAUSAS Y OBJETO.

Durante el período de ejecución de las sentencias surge la libertad preparatoria, institución esencialmente humana - que no sólo es protectora de la libertad y pregon legal de - comprensión, sino que coopera en la formación de un orden so - cial en que los hombres deben ayudarse mutuamente.

Es posible definirla, conforme al artículo 78 del Código Penal del Estado, como la que obtiene "el condenado a san - ción privativa de la libertad por más de dos años, que hubie - re cumplido las tres quintas partes de su condena, si se tra - ta de delitos intencionales, o de la mitad de la misma en ca - so de delito de imprudencia, y que haya observado con regula - ridad los reglamentos carcelarios".

El profundo anhelo de libertad característico del ser - humano, al que en reiteradas ocasiones nos hemos referido, - encuentra aquí nuevamente demostración palpable. Sólo con él podemos explicarnos que a aquél que ha puesto en peligro o - lesionado al orden social se le permita, antes compurgar la - pena que se le ha impuesto, disfrutar de nueva cuenta de - - bien tanpreciado.

Los hombres, que son los que forman la comunidad, de - sean que mientras sea posible no se les elimine del orden so - cial, con todos los derechos y obligaciones que éste impone. Por eso buscan que el individuo que se ha puesto a su margen se reintegre a él; pero esta reintegración, se ha decidido, - no es posible sino supone la devolución de los bienes que se reputan en mayor estima. Así, el sentenciado que ha observa - do un buen comportamiento durante su condena y que al cum - plir parte de ésta ha demostrado su aptitud, debe de regre - sar al seno de la comunidad. Consecuentemente deben devolvér - sele los bienes de que no disfrutaba, y al primero que se le otorga es el de la libertad. Claro que una libertad sujeta - a ciertas condiciones, tendientes a asegurar el interés co - lectivo.

La libertad preparatoria se nutrió con los dogmas de la escuela clásica. No sólo se lograba con ella la corrección - de la pena. Sino que era ejemplar para la sociedad premiar - el buen comportamiento. Era evidente su repercusión social, - y por lo demás no impedía en lo más mínimo el mantenimiento - de un orden por el Derecho. Castigaba al delito, y, a la vez pregonaba su inutilidad.

En nuestra legislación aparece por primera vez en el Código Penal de Martínez y Castro, de 1871. Figuraba en él "la libertad preparatoria o dispensa condicional de una parte de la prisión a los reos de buena conducta conpurgada con la re - tención por una cuarta parte más de la prisión para los de - mala".

Posteriormente, al igual, en el Código Penal de 29 que adoptó el principio de la responsabilidad de acuerdo con la escuela positiva, como en la vigente de tendencias más o menos ecléticas, se siguió reglamentando, porque no importan tanto las doctrinas con las que se le requiera justificar como el hecho de que la libertad preparatoria es en sí una disposición tan noble que tiene fundamentos bastantes para existir dentro de cualquier ordenamiento, que a más de respeto de la dignidad humana, trata de ser compresivo, o sea indulgente, con la conducta de los hombres.

B).- CARACTERES GENERALES DE LA LIBERTAD PREPARATORIA EN -- NUESTRAS LEYES.

Evidentemente que la sociedad, preocupada siempre por su salvaguarda, conserva ciertas prevenciones hacia el delincuente al que otorga la libertad, y más si éste no ha compurado toda su condena. Para asegurarse entonces su conducta impone variadas condiciones. Nuestra ley las reglamenta de la siguiente manera: quedará bajo el cuidado y vigilancia de las autoridades, y en caso de no observar buen comportamiento se le privará nuevamente de su libertad hasta que extinga toda la sanción y además una retención hasta por la mitad de su duración "sea cual fuere el tiempo que lleve de estar disfrutando el beneficio".

Como la libertad preparatoria se concede a los sentenciados que tengan probabilidad de obtener éxito en su retorno a la comunidad, presupone la ley que aquéllos que atentaron grave o constantemente contra de ella no deben disfrutar la. Nuestra ley penal al negar que se conceda a los reincidentes, a los habituales, afirma tal criterio.

Por otra parte, es necesario que para conservarla se cumplimenten los requisitos que enumera la ley. Así, por ejemplo, el que alguna persona solvente y honrada se obligue a vigilar la conducta del reo e informar de ella presentándolo lo siempre que fuera necesario. Pero el cumplimiento total de los requisitos y condiciones que exige la ley, según ha sostenido la Suprema Corte de Justicia, no otorga ningún derecho al sentenciado. La libertad preparatoria deviene una facultad discrecional en la que más que al cumplimiento de los reglamentos de la prisión, hay que atender a la peligrosidad que el reo representa para la sociedad.

El ejercicio de la facultad está entregado a un órgano del Poder Ejecutivo, al que deberá concurrir el condenado que crea que puede merecer el beneficio. El ejecutivo tomará en consideración las pruebas suministradas y el informe del comisionado que designe el mismo ejecutivo y concederá o negará la libertad, sujetandose a la Ley Penal, 15 Art. 502 --

del Código de Procedimientos penales vigente en el Estado.

Aprobada la libertad preparatoria, el Comisionado se informará sobre la solvencia e indoneidad del fiador que se haya propuesto, y este, en caso de que se le acepte, deberá otorgar una fianza en los mismos términos que las leyes establecen para la libertad provisional bajo caución. Sólo hasta entonces se puede extender al condenado un salvoconducto, que lo faculta para disfrutar de libertad.

Por último: disponen los Códigos de procedimientos Penales de acuerdo con el artículo 506 de nuestro Código de Procedimientos Penales, que cuando el agraciado cometiere un nuevo delito, la libertad preparatoria que dará revocada de pleno derecho y el juez de la causa lo comunicará el Ejecutivo para los efectos legales correspondientes. Art. 507.- El salvo-conducto a que se refiere el artículo 504, será firmado por el C. Secretario de Gobierno del Estado. Art. 508.- Cuando se revoque la libertad preparatoria, se recogerá e inutilizará el salvo-conducto. Corresponde al Código Procesal Penal del Estado de Querétaro.

C).- LA CONDENA CONDICIONAL. EL INDULTO.

Hemos visto que el sentenciado que compurgue una pena que prive de la libertad por más de dos años, si hubiere cumplido las tres quintas partes de su condena y observado conregularidad los reglamentos, podrá obtener su libertad preparatoria. Ahora bien, aquellos delincuentes que han ejecutado delitos menos graves, es decir, con sanciones privativas de la libertad inferiores a dos años, son considerados por la sociedad con mucha mayor razón aptos para reintegrarse a su seno, por lo que se ha decidido que merecen disfrutar del beneficio de la libertad desde un principio, aunque ésta esté condicionada.

Esta institución se reglamenta en nuestros códigos con el nombre de "condena condicional" Proviene de las legislaciones norteamericana y Belga, que tomando en cuenta una de las ideas mencionadas, rectora también de la libertad protestatoria, la considera necesaria como profilaxis social: un individuo de poca peligrosidad no tiene por que contaminarse y tal vez adquirirla en el ambiente generalmente morboso de la prisión, donde a la fecha, y por eficiencias humanas aún no superadas, se dan cita aún delincuentes verdaderamente peligrosos y costumbres sucias y pervertidas. Lo que en realidad resulta, así para el individuo como en forma principal para la comunidad, mucho más antisocial que la libertad personal con lo que por otra parte se satisface un anhelo esencial del hombre.

El Código Penal, en su art. 84, determina que puede dicir

tarse a petición de parte o de oficio, por determinación judicial al pronunciarse sentencia; con lo que se suspende la ejecución de la sanción impuesta. Para lograrla se necesita que concurren varias condiciones: a). Que sea la primera vez que delinque el reo; b).- Que hasta entonces haya observado buena conducta; c).- Que tenga modo honesto de vivir, y d).- Que dé fianza por la cantidad que fije el juez, de que se -- presentará ante la autoridad siempre que fuere requerido, y de que repare el daño causado;. Si durante el término de -- tres años contados desde la fecha de la sentencia que causa ejecutoria, el condenado no diere lugar a nuevo proceso que concluya con sentencia condenatoria, se considerará extingui da la sanción fijada en aquélla.

Finalmente, aunque sea en breves líneas, quiero señalar algunas cosas acerca del indulto.

En un principio no era sino una concesión otorgada por quien poseía la más alta investidura, en una forma graciosa o en ocasión o celebración de grandes acontecimientos, Aunque actualmente conserva todavía la misma función, un perdon más o menos gracioso; esencialmente ha devenido en un protector de la libertad y seguridad personal, en tanto que sirve a reparar, pese a que sea en forma tardía, los errores de la justicia.

Consagrado constitucionalmente por la fracción XIV del artículo 89, como facultad y obligación del Presidente de la República, es reglamentado por nuestras leyes penales. Lo di viden en indulto por gracia y en indulto necesario. A este -- último es al que consideramos como a un auténtico defensor de la libertad, y panacea de los errores judiciales, en tanto que el Código Penal en su artículo 90 lo concede, "cual-- quiera que sea la sanción impuesta, cuando aparezca que el -- condenado es inocente".

Si se trata del indulto necesario en materia federal es preciso ocurrir a la Suprema Corte de Justicia, la que después de oír al Ministerio Público, si considera que está basado en los motivos enumerados por el artículo 560 del Código Procesal Federal, lo remitirá al Ejecutivo de la Unión -- por conducto de la Secretaría de Gobernación, para que de -- inmediato se le entregue; en el caso de aplicación del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, la solicitud de indulto se presentará ante el Tri bunal Superior de Justicia del Distrito, quien estimándola -- precedente seguirá el mismo sistema señalado para la Suprema Corte.

Hemos tratado de analizar ciertos aspectos de la libertad y no en forma exhaustiva, en el procedimiento penal. La libertad, anhelo esencial del hombre, a más de ser uno de los intereses humanos creadores del Derecho, constituya uno de sus ideales perennes y uno de sus fines permanentes. Sin embargo, su concepto ha variado a través de las épocas y los lugares. En la época antigua se refería al Estado, en la edad contemporánea se la estima en relación al individuo.

Esta libertad subjetiva, personal, al coexistir con la de todos y cada uno de los hombres forma la libertad social. Es evidente, entonces, que debe ser respetada por ésta. Mas al ser la única manera en que puede lograrse y manifestarse, resulta claro que las limitaciones que le imponga, a través de la ley o las costumbres y en forma racional, no son en última instancia más que su defensa y el modo de hacerla efectiva y posible.

Al aseverar que la libertad personal prepondera sobre la social, queremos decir con ello que la última es el instrumento por el que debe lograrse el cumplimiento de la primera. En esta creencia de la supremacía de la libertad subjetiva coinciden todas las democracias occidentales, respetuosas de la condición humana. E incluso el pensamiento socialista moderado participa de la idea.

Ahora bien, el vocablo libertad posee muchos significados. En el campo de lo jurídico se aplica a una facultad autorizada por una norma. Podemos precisarla si la definimos como una facultad de opción, es decir, la facultad de optar entre realizar o no un derecho subjetivo, que no sea obligatorio. Resulta entonces que la libertad jurídica es un derecho dependiente y absoluto. Dependiente en cuanto se basa en un derecho fundante, y aunque la opción es interna se manifiesta exteriormente en el ejercicio u omisión de éste. Absoluto porque debe ser respetado en forma universal.

En el campo del Derecho Penal se suele considerar a la libertad como un bien jurídicamente tutelado, es decir, un valor social que las leyes se encargan de proteger. Resulta claro que uno de sus fines, a la vez que principio -"nullum crimen, nulla poena, sine lege"- es la tutela de la coexistencia de las libertades.

La defensa de la libertad se reglamenta en ordenamientos de las más distintas jerarquías. Aparece consagrada como garantía en la Ley fundamental, o bien se encuentra en las disposiciones de las leyes adjetivas. Procesalmente puede adquirir el significado de un incidente, que en relación secundaria con el negocio principal se refiere al interés de la sociedad en conceder al individuo todo el apoyo de las leyes en lo relativo a su libertad. Por otra parte, surge dentro -

y fuera del procedimiento instituciones diversas -la orden de aprehensión, el auto de formal prisión, la libertad preparatoria, etc., etc. que tienen por misión principal la custodia de la libertad personal y, por ende, de la libertad social.

El Derecho Penal es defensor de la libertad y si las limitaciones que le impone tienen por objeto el beneficio y la seguridad colectivas -el orden social-, no es posible afirmar que por dictarlas se sitúa frente a ella. En verdad, es dentro de él donde podemos encontrarla.

El Derecho Penal sanciona las conductas que ponen en peligro al orden de la comunidad y, por lo tanto, a la libertad social. Cuando es necesario, limita la libertad externa del sujeto que las realiza. Esta limitación es una defenza de la auténtica libertad, puesto que no existe ni debe haber libertad contra la libertad.

Concluimos entonces que la libertad está en el Derecho Penal y no frente a él. Este es defensor de la verdadera libertad, de aquélla que se logra por el cumplimiento de los preceptos que cuando menos permiten el mínimo orden necesario para la convivencia humana.

La defensa de la libertad se presenta constantemente en el procedimiento penal. Se reglamenta por medio de numerosas instituciones y en casi todos los momentos del mismo. Independientemente de la jerarquía de la disposición en la que se le encuentre, la sociedad la ha querido, cualquiera se la situación en que se halle el individuo. Si se protege la libertad de aquél que es totalmente ajeno a un procedimiento, con mucha mayor razón debe protegerse al sujeto cuya libertad personal está expuesta a ser restringida.

Los artículos 16 y 19 de nuestra Constitución reflejan la honda preocupación del Constituyente por defender la libertad. Y demuestran que comprendió que para lograrla en la sociedad es necesaria la protección de la libertad personal, y que se le otorguen en la Ley fundamental las garantías necesarias. A primera vista aparecen ambos ordenamientos como limitadores de la libertad, pero esta supuesta limitación es solamente un medio para conseguirla. Autorizan la restricción de la libertad externa, una cierta facilidad de movimientos, por dar la efectividad necesaria a las únicas libertades personales posibles, las que coexisten bajo un orden social.

El artículo 16 constitucional tiene como meta la seguridad, la paz y la libertad que puedan darse en la comunidad. Si autoriza la aprehensión o detención de una persona -limitación a la libertad mecánica- es como sanción a una conduc-

ta que no respeta el orden social y, por lo tanto, es defensor de la libertad; ya que todos los bienes de la comunidad interfiere y se complementan entre sí. Los requisitos que deben cumplirse para proceder a la detentación de una persona son coadyuvantes en esta defensa, puesto que garantizan el respeto a la libertad y velan por la seguridad personal.

El artículo 19 constitucional tiene como fin fundamental evitar que el detenido y el procesado queden sin los elementos necesarios para su defensa. En otras palabras "que no se atropelle arbitrariamente a la libertad". Se busca erigir a la libertad como tal; hacerla oponible a cualquiera y además proporcionarle un medio en el que prospere y en donde sea difícil entorpecerla y atacarla. El término de 72 horas dentro del cual el juez debe definir la situación jurídica del detenido defiende a la libertad en tanto que evita que se prolongue la detención sin una seguridad jurídica. La prisión preventiva busca la seguridad social, que el proceso siga su marcha normal y se esclarezca la verdad.

La fracción XVIII del art. 107 constitucional, concede un término de 24 horas para que el detenido sea consignado a su juez. Se entiende que dentro de él debe realizarse la averiguación previa, período del procedimiento donde constantemente se ataca a la libertad personal, tanto por la brevedad del término concedido como porque el Ministerio Público utiliza el sistema inquisitorio; prohibido por nuestra Constitución en los juicios criminales (art. 20 constitucional).

Surgen en el curso del procedimiento penal varias situaciones en las que, por considerarse de tanta importancia cualquier restricción a la libertad y siempre que con ello no se ponga en peligro a la comunidad, se concede el goce de la misma.

La libertad bajo caución se consagra como garantía en el artículo 20, fracción I, de nuestra Constitución, y se reglamenta como un incidente en las leyes procesales. La prisión preventiva evita que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia; si esto puede lograrse sin necesidad de privar de su libertad al presunto responsable, dada la importancia que le conceden hombre y sociedad, debe procurarse así. Este es el fundamento principal de la libertad bajo caución. Sin embargo, es de lamentarse que sólo se logre mediante el cumplimiento de un requisito de carácter económico, ya que con ello se provoca una desigualdad jurídica y el principio humanitario que la alienta se ve frustrado en parte.

La libertad por desvanecimiento de datos es un incidente que tiene por objeto la libertad procesal. Si durante el-

proceso surgen nuevos elementos probatorios que destruyan -- los que se tomaron en cuenta para dictar el auto de formal -- prisión, resulta obvio que debe concederse la libertad al -- procesado. (art. 464 al 469 Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado).

La libertad bajo protesta es la que se concede bajo la palabra de honor del acusado, siempre que su índice de peligrosidad sea mínimo o cuando habiendo cumplido con la sanción impuesta al delito por el que se le procesa, todavía esté el proceso pendiente de resolución. Procesalmente es un incidente, por otra parte constituye una profilaxis social: evita que el sujeto de poca peligrosidad quede en un ambiente donde pueda incrementarla. (art. 470 al 473 del Código de Procedimiento Penales vigente en el Estado).

Durante el período de ejecución de las sentencias surge la libertad preparatoria, institución humana que es protectora de la libertad y que coopere en la formación de un orden social en que se presupone la ayuda mutua. Es la que obtiene aquel condenado que habiendo cumplido parte de su sanción y observando durante ella buen comportamiento, ha demostrado su aptitud para reintegrarse al seno de la comunidad. Su fundamento es el deseo de todos los hombres de vivir en sociedad, de convivir bajo un orden. (art. 78 al 83 del Código Penal, 500 al 510 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado).

La condena condicional es la que proporciona la sociedad a aquellos delincuentes que considera poco peligrosos, a los que cree que merecen disfrutar de la libertad sin el cumplimiento de la sanción impuesta. Es una libertad condicionada, que se rige también por una necesidad de profilaxis social. Obedece igualmente a la política criminal seguida contra las penas cortas de prisión (promiscuidad con criminales graves y reincidentes o habituales), (art. 84 Código Penal -- vigente en el Estado.).

- CARRANCA y TRUJILLO, RAUL.- "Historia del Derecho Penal Mexicano".
- CUELLO CALON, EUGENIO.- "Derecho Penal".
- FRANCO SODI, CARLOS.- "El Procedimiento Penal mexicano".
- GARCIA MAYNEZ, EDURDO.- "Introducción al estudio del -- Derecho.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE.- "Principios de derecho procesal penal mexicano".
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS.- "El Derecho Penal"
- LOPEZ ROSADO, FELIPE.- "El régimen constitucional mexi-- cano".
- AYALA, FRANCISCO.- "Ensayo sobre la libertad".
- BURGOA, IGNACIO.- "Garantias individuales".
- CASTILLO LARRAÑAGA, JOSE y de PINA, RAFAEL.- "Derecho -- Procesal Civil".
- PINA y PALACIOS, JAVIER.- "Derecho procesal Penal".
- RAMIREZ, ALFONSO FRANCISCO.- "Restricciones a la liber-- tad en la Constitución del 17".
- RECASENS SICHES, LUIS.- "Filosofía del Derecho".
- RIVERA SILVA, MANUEL.- "El procedimiento penal".
- TENA RAMIREZ, FELIPE.- "Derecho constitucional Mexicano".
- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ABREVIADO. Esparsa-Calpe.
- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (1917).
- CODIGO PENAL VIGENTE EN EL ESTADO.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO.
- LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO.