

## CAPITULO VII

### I. — DE LA SEGURIDAD INDIVIDUAL

Artículo 16.— Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora á disposición de la autoridad inmediata.

Aunque el grado más elevado de la moralidad de un pueblo se determina por el grado mínimo empleado en los medios materiales para garantizar el derecho, basta que algunas veces éste pueda ser violado para que se justifique el empleo de medidas coactivas en contra del individuo.

Es indudable que primitivamente, cuando las relaciones de la vida eran muy sencillas, que los mandatos de la autoridad se comunicasen verbalmente. Posteriormente y en los tiempos de la Antigua Roma, ya encontramos que las formas para lograr la comparecencia de un presunto culpable, eran el *anuncio público* y la *cédula de requisición*, pero estos mandatos así ordenados no se les consideró como una institución del Derecho Penal, sino como una de las manifestaciones del poder que los magistrados ejercían sobre las personas. Respecto á las órdenes de comparecencia, debemos advertir que, cuando eran desobedecidas, este hecho constituía un delito, embargándose sus bienes al individuo que no justificaba su tardanza cuando residía fuera del distrito ó de la ciudad, á cuyo efecto se le concedía el plazo de un año contado desde la fecha de la citación. En el procedimiento llamado *público* también se podía hacer use de la fuerza, y en el priva-

do, era permitido tener arrestado al ofensor en la casa del ofendido, pudiendo éste emplear el propio auxilio para hacerlo comparecer ante la justicia.

Fijándonos únicamente en el procedimiento acusatorio de los Romanos, tenemos que los medios con que contaban para incoar un proceso, consistían: en la citación personal, *vocatio*; en la comparecencia forzosa para la que se podía emplear la captura, *prehencio*; en la búsqueda ó requisita *requisitio*; en ciertos casos con el auto de constitución de fianza *fraedes bades*; la citación por edictos y la substanciación contra los ausentes, llamándose *avocatio* cuando se hacía por conducto de un funcionario intermediario entre el que conocía de la causa y el requerido. En el procedimiento en que intervenía el magistrado con los comicios, se señalaba para la comparecencia un día terminado en que debía tener lugar el juicio, *dien dicere*, y al aplazamiento del mismo para un nuevo día fijo, se le llamaba *dien prodicere*, teniéndose en cuenta en ambos casos, la distancia á que estuviese el citado.

Por lo que toca al arresto, y en el lenguaje común de los Romanos y en su tecnicismo jurídico, se le dió también el nombre de “ligadura ó encadenamiento;” sin que á estos actos los acompañase necesariamente el encarcelamiento, de aquí procedió que en la práctica de los tribunales, el encadenamiento y la prisión provisional se confundiesen en una sola idea: lo que no importó tampoco para que se pudiese restringir la libertad sin encadenamiento, por mucho que lo más común fuese que se decretasen ambas cosas, principalmente cuando se creía que así lo exigía la seguridad para con el procesado.

Entre otras de las singularidades que encontramos en el procedimiento que nos ocupa, es la de que los magistrados como los tribunos del pueblo, podían á su arbitrio decretar el arresto y, aunque por ley se les podía prescribir y prohibir que lo impusiesen dentro de determinados límites, lo cierto es que no estaban obligados á dar los fundamentos jurídicos en que se apoyaban sus resoluciones.

En lo relativo al lugar en que se ponía en guardia al detenido, además de la cárcel pública, el magistrado podía tenerlo en una casa particular, sobre todo, en la propia de él, determinando como mejor le pareciese, las modalidades que debían acompañar a la detención. Así, en el arresto llamado libre, *custodia libera*, por regla general no se permitían las ligaduras, aunque sí se disfrutaba, por el que verificaba el arresto, de las atribuciones legales para emplear las medidas necesarias á fin de evitar la fuga. En el arresto privado, que desde muy antiguo se usaba en la práctica, y que continuó subsistiendo hasta la época del Imperio, revistió formas muy atenuadas, empleándose, por regla general, para las personas de mejor condición, y sobre todo,

cuando las malas condiciones de capacidad ó inseguridad de la cárcel pública de la ciudad, así lo exigían.

En general podemos decir que el arresto, tal como lo entendemos, en sus caracteres de aprehensión y detención, entre los Romanos, siempre quedó sujeto a la discreción del magistrado, no admitiéndose limitaciones obligatorias en la relativo al tiempo que debía durar; de modo que la prisión preventiva, tal como la entendemos en la actualidad, no era necesario decretarla, puesto que el arresto se dictaba como medida de seguridad, ya para continuar el proceso, llevar á ejecución las sentencias, como medio auxiliador para la instrucción del sumario, ó ya, en fin, como arresto ejecutivo.

No se descuidó en la legislación romana el importante asunto de la inviolabilidad del domicilio y el registro de papeles. Mommsen, sobre este punto, dice: “Es probable que en el procedimiento encomendado exclusivamente al magistrado, que éste tuviera facultades para verificar registros en el domicilio del acusado, teniendo sobre todo, en cuenta, que semejante registro era permitido aun en los casos de haberse interpuesto una acción privada. En el procedimiento acusatorio encontramos algo semejante: las leyes que lo organizaban permitían, sin duda alguna por derivación del antiguo procedimiento penal —pues el civil no nos ofrece nada que se le parezca— que el actor penetrase tanto en la casa del acusado como también en la de terceras personas, para proponer que se le permitiera consultar ya documentos oficiales, bien los libros de cuentas, bien, en general, los papeles de negocios de la persona interesada; este derecho rezaba también con las autoridades municipales y sus correspondientes archivos. Siempre que al actor le pareciese necesario, todos los documentos mencionados podían ser sellados, los papeles privados por los testigos documentales ordinarios, los municipales por el municipio mismo y llevárselos el mismo actor á Roma ó hacer que á Roma los enviasen; únicamente de los documentos relativos á arrendamientos hechos por el Estado, es de los que no se entregaban al actor los originales, sino copias autorizadas. El contravenir á estos preceptos estaba conminado con pena por las leyes. El actor estaba obligado á entregar ó remitir los dichos papeles al magistrado que dirigía la causa tres días después de su llegada á Roma, para que el magistrado, en presencia de cierto número de jurados los pusiera nuevamente bajo sello, siendo de presumir que al actor se le conociera libertad para estar presente á la apertura y resellamiento de los papeles por el juez. Estos documentos podían serles presentados á los jurados cuando se constituyeran en tribunal.

Al acusado, lo mismo que no se le permitía citar á los testigos con obligación de comparecer, tampoco se le permitía, claro es, la recogida de papeles. Esa facultad continuó teniéndola el actor durante el Principado, aunque es de presumir que con limitaciones, lo igual que sucedía con sus restantes derechos; los papeles privados no podían ponerse, en general, de idéntica manera á disposición del demandante; pero en un proceso criminal, el gobernador de la correspondiente provincia permitió al acusado inspeccionar la correspondencia privada de la parte contraria y sacar copia de ella.”

Por lo que toca á la inviolabilidad del domicilio, ya Cicerón decía: *Enin sanctius, quid omni religione minitius quon domus unniscuisque sivium.*

Conocidos estos datos, tiempo es ya de que entremos al estudio del artículo constitucional, á cuyo efecto recordaremos que siendo la libertad, según la opinión de Aherns, “la facultad que posee el hombre de escoger racionalmente los medios ó las condiciones sociales de que depende la realización de su fin y de su bien,” lo primero que debemos examinar, es con que requisitos debe tener lugar el arresto, a efecto de que no por la falta de ellos aquél se convierta en un atentado contra la libertad, pues aunque es cierto que restringirla es una exigencia para el mantenimiento del orden social, éste no está menos interesado en que no se moleste al individuo con procedimientos ilegales ó con medios innecesarios é inadecuados para la protección de la seguridad pública. No creemos necesario traer a la memoria los recuerdos luctuosos de una época en que se arrestaba y se detenía al individuo, no sólo sin saber la causa, sino también sin ningún miramiento ni consideración, siendo en las prisiones víctima de todos los atropellos y de todas las violencias que se derivaban de los procedimientos silenciosos y arbitrarios. Baste con recordar todos los abusos á que se prestaban las *letters de cachet* usadas todavía en el reinado de Luis XVI, y las cuales consistían en órdenes reservadas para la detención gubernativa de alguna persona. Estando en práctica estos mismos procedimientos en todos aquellos pueblos en que la soberanía se ejercía en nombre del rey.

No es necesario emplear un gran esfuerzo para demostrar que las molestias á que se refiere el artículo constitucional, sólo se pueden inferir en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento: la razón es obvia, puesto que siendo el hombre, libre para desenvolver sus facultades en el seno de la sociedad civil, es evidente que cualquiera suspensión ó limitación sin razón y sin motivo de las mismas ó de los derechos que de ella se derivan, necesariamente tiene que ser un

atentado a la libertad. Antes de ocuparnos de las formalidades que nuestras leyes exigen para justificar las molestias á la persona, creemos oportuno exponer las doctrinas y los principios de jurisprudencia que sobre el particular rigen en otros países.

Todas las legislaciones cultas están uniformes para que sólo una suprema necesidad social exija el que se decrete el arresto, conviniendo todas en que, si esto es preciso, debe substraerse por completo á cualquiera arbitrariedad; conviniéndose además, que cuando se tenga que recurrir á esa medida coactiva, sea porque se ha infringido un derecho y porque necesariamente se tenga que aplicar una pena determinada por la ley en relación, en calidad y en cantidad con la infracción cometida; así, malamente se puede decretar el arresto cuando el acusado no merece pena corporal.

Sansonetti dice que “la primera y principal condición para llevar á efecto la detención de una persona, es que haya una orden de la autoridad judicial, esto es, lo que en nuestras leyes se llama mandamiento de captura. Esto debe determinarse por dos precedentes condiciones: la primera, que el delito debe existir; la segunda, que pruebas ó indicios suficientes pongan en el ánimo del magistrado el convencimiento ó de la certeza, ó al menos, de una seria probabilidad de que es autor de el, aquél de quien por tales razones, se ordena la prisión. Esta orden se requiere ser escrita y debe tener la fecha y la firma del juez que la dá, porque ha de ser entregada en manos de la fuerza pública, para presentarla á quien va dirigida y, además de indicar con precisión la filiación de la persona que hay que capturar, debe contener la enunciación sumaria del hecho, del título del mismo y de la relativa disposición de la ley, a fin de que no ignore la razón de la captura ordenada. Requiere, además, que la ejecución sea confiada a oficiales de la fuerza pública para ser más fácil la observancia de la ley, más segura la condición de los ciudadanos, más estrecha la responsabilidad de los que ejecutan la captura.”

“Todas estas condiciones son requeridas para el mandamiento de captura de la ley italiana, la cual añade otra laudable cautela, esto es, que tal mandamiento no podrá, salvo los casos previstos por la ley, ejecutarse de noche en ninguna habitación particular, sin una autorización especial por escrito del instructor que ha expedido el mandato de captura, y sin la asistencia del pretor ó del delegado ó comisionado de seguridad pública ó del síndico de quien haga sus veces; en caso contrario, se hará solamente rodear por la fuerza pública la habitación en que se presume que puede hallarse el acusado, ó se tomarán otras precauciones directas para impedir la fuga. Se requiere además, que la persona detenida sea presentada ante la autoridad que ha expedido el mandamiento; la cual, reconociendo

que la persona detenida no es la que se quería capturar, la hace poner *incontinenti* en libertad.”

Entre los ingleses es más fácil proceder á la detención, por mucho que sea más trabajoso que se prolongue hasta la sentencia definitiva. Cuatro formas encontramos en su legislación en que el arresto se puede llevar á efecto: 1° Cuando la fama pública señala á alguno como responsable de un grave delito; en este caso la persecución debe promoverse por el particular que hubiere sido testigo de su persecución ó por el procedimiento de oficio de la justicia. 2° Cuando se ejercita por los particulares para detener al responsable de flagrante delito, advirtiéndose que si no procede el testigo al arrestor puede ser castigado con multa y prisión, estando facultado a la vez, al verificar la persecución para violar el domicilio y hasta matar al culpable si surge alguna lucha. 3° Por simples sospechas, quedando entonces el aprehensor sujeto á la acción de los daños é intereses, no pudiendo violar el domicilio ni mucho menos matar al individuo que se pretenda detener; y 4° Cuando los funcionarios públicos sin orden de la autoridad judicial en casos extraordinarios por tratarse de un delito de Estado ó grave del orden político, reclaman que así se proceda y del mismo modo los jueces de paz en los casos ordinarios.

Examinadas, á primera vista estas formas de procedimiento de la ley inglesa para la captura de los individuos, hacen presumir que den lugar á grandes errores judiciales ó á venganzas personales, y, sin embargo, no es así, si se piensa lo único que entre los ingleses es respetado el derecho y la veneración profunda que tienen á sus libertades, razones todas por las que nadie teme que se abuse de las formas indicadas cuando se hace necesaria la aprehensión.

En la declaración de los Derechos del Hombre se previno “que ninguno puede ser acusado, arrestado y detenido, sino en los casos determinados. por la ley y según las formas por ella prescritas.” Diciéndose un poco, más tarde, en la ley fundamental de 1791: “La Constitución garantiza á todos la libertad de andar, de quedarse, de partir, sin poder ser arrestados ni detenidos más que según las formas determinadas por ella.” Agregándose en los arts. 10 y 11: “Ninguno puede ser detenido sino para que se le conduzca ante el oficial de policía, y el arresto ó detención debe ejecutarse en virtud de un mandamiento de dichos funcionarios, de una orden de un tribunal, de un decreto de acusación del cuerpo legislativo en el caso de que le corresponda á éste fallar ó de una sentencia de condena de prisión ó detención correccional.” Diciéndose en el otro artículo que “el detenido debe ser examinado *in continenti* ó, á lo más tarde, dentro las 24 horas. Si resulta del exámen que no hay ninguna razón para ser incul-

pado será inmediatamente puesto en libertad; en otro caso será enviado á la prisión en el más breve tiempo, que, en ningún caso, será mayor de tres días.”

Los Estados Unidos en su Constitución tienen consagrado que “ningún individuo puede ser obligado á responder de ninguna acusación, por causa criminal, sino por decisión de un jurado, ni su persona arrestada ó embargada sino por orden escrita de la autoridad competente, en la cual se exprese indispensablemente la causa de la prisión.” La ley de *Habeas Corpus* y la propia Constitución, no permiten expedir esa orden, sino por causa probable, apoyada en juramento ó afirmación de algún individuo; así es que todo carcelero, tiene obligación de rehusar, recibir en prisión á cualquiera persona que se le envíe, no sólo por falta de la orden escrita de la autoridad competente, sino también, por no expresarse en la que ésta dicte, la causa probable que justifique el arresto.

Las Constituciones de muchos de los Estados Hispano Americanos fueron inspiradas en la de los Estados Unidos, en cuya virtud en lo relativo al arresto, se prescribe en ellas la obligación de expresar la causa que lo motive, debiendo estar apoyada la orden respectiva en juramento, en una semiplena probanza ó afirmación de alguno, a efecto de que las autoridades, no tengan, ningún campo para decretar detenciones arbitrarias.

Relacionada como lo está la libertad individual con la inviolabilidad del domicilio, nos ocuparemos en este lugar de este importante punto, á cuyo efecto transcribiremos lo que sobre el particular nos dice Sansonetti: “La casa en que se habita debe ser considerada como una parte de la persona; como una esfera externa en que ésta se compenetra y concentra toda su actividad personal; como el santuario destinado á recoger la parte más querida de sus afectos, los de la familia; como el asilo en que el hombre se repone, cansado de las molestias de la vida externa. Al rededor del concepto de la casa se, acumulan mil pensamientos y mil afectos. Pues bien; estos pensamientos, estos, afectos, estas íntimas relaciones entre el hombre y la casa, deben ser estudiados y garantidos por el derecho. Y la garantía natural es la de rodear la casa de aquel respeto é incolumidad de que está rodeado la persona del ciudadano. Todas las razones que han sido admitidas para sostener la libertad individual, se aplican á la inviolabilidad del domicilio. Y en efecto, la historia de las legislaciones atestiguan que tanto la inviolabilidad del domicilio ha sido más ó menos garantida, cuanto mayor ó menor ha sido la garantía de la libertad individual.”

El publicista sud-americano González, por su parte, escribe: “Si es importante el que la Constitución determine con precisión las garan-

tías de que debe gozar la propiedad, á fin de que los poderes constituidos no puedan dar disposiciones que destruyan ó hagan incierto el derecho, no lo es menos el que se asegure del mismo modo la inmunidad de la persona, del domicilio y de la correspondencia de los ciudadanos.”

Así pues, como decíamos del arresto que solamente debe decretarse dentro de los límites de la necesidad, el mismo concepto tiene aplicación cuando se trata de allanar el domicilio. Esta violación, por lo tanto, se justifica, cuando en él pueden ser hallados los instrumentos ú objetos del delito ó para descubrir al ó á los que en el mismo hallan tenido intervención; comprendiéndose en estos casos que no porque los derechos del individuo sean sagrados, son superiores á los intereses sociales.

En Inglaterra, y en el reinado de Jorge IV, las visitas domiciliarias no podían practicarse sin mandamiento del juez, precisándose con toda exactitud el lugar en que dicha diligencia debiera tener verificativo, y durante la noche, únicamente en los casos de suma urgencia.

La Constitución francesa del siglo VIII, prescribió que “la casa de toda persona que habita en el territorio francés es inviolable durante la noche; ninguno tiene el derecho de entrar en ella, a no ser en el caso de incendio, de inundación ó de llamamiento hecho desde el interior; durante el día se puede entrar en ella para un objeto especial determinado ó por orden emanada de la autoridad pública.”

En las leyes italianas se requiere la existencia de indicios graves, de que en la habitación de alguna persona se encuentren objetos útiles para el descubrimiento de la verdad. También se previene, entre otras disposiciones, que á las visitas domiciliarias concorra el juez en persona, ya sea que proceda de oficio, ó á instancia del ministerio público, teniendo derecho el procesado, si se encuentra detenido, de asistir a esa diligencia ó de hacerse representar por la persona que indique. En otro sentido, cuando las visitas domiciliarias tienen lugar en la casa de un tercero, el juez citará al dueño ó al que lo represente para que asistan á ella y en su defecto á dos parientes ó vecinos, llevándose la diligencia adelante sin estos requisitos si los vecinos ó parientes, faltasen; pudiéndose practicar de noche en los casos de suma urgencia, según lo exijan las constancias de los autos ó el peligro de que por alguna demora se pierdan ó desaparezcan los elementos probatorios que se traten de recoger.

Por lo que tenemos dicho, se ve, pues, que en todos los pueblos que tienen un régimen constitucional, el domicilio está respetado y

garantido. No sin razón Lord Chathan se expresaba con las siguientes enérgicas y célebres palabras: “El hombre más pobre puede despreciar, en su cabaña, todo el poder de la Corona. Aunque ella se arruine, aunque su techo cruja, aunque el viento penetre en su interior y aunque se estremezca al choque de la tempestad, el entrar en ella le está prohibido al rey de Inglaterra. Todos los poderes del Estado están obligados á detenerse ante el umbral de esa cabaña destrozada.”

Con cuanta razón también es proverbial entre los ingleses el que digan “*My home is my castle.*”

Se agrega, además, en el artículo constitucional que no se pueda molestar al individuo en sus posesiones; no se escapa la conveniencia y la necesidad de que en una constitución política el derecho de propiedad quede á cubierto de las alteraciones que pudiera sufrir por parte de los poderes públicos, explicándose dicha protección no sólo por lo que la propiedad misma significa, sino por la relación que tiene con la conservación del orden.

Como en el precepto constitucional únicamente se habla de posesiones, creemos que no está fuera de lugar estudiar este concepto, á fin de evitar las dudas que pudieran presentarse. A este efecto, diremos que, aunque en el sentido estrictamente jurídico, la posesión y la propiedad tienen sus diferencias radicales, sin embargo, es indiscutible que en una como en la otra se pueden causar molestias, por lo que ambas deben ser objeto de protección por la ley fundamental, pues aunque al hablarse en ésta únicamente de posesiones, es casi seguro que se siguió el uso común del lenguaje y, más que todo, por lo frecuente que es que el, poseedor sea al mismo tiempo propietario. De cualquier manera que esto sea, constituyendo la propiedad un poder de derecho como la posesión uno de hecho, ambos están protegidos por la ley fundamental.

Por vía de reminiscencia histórica, diremos que en el Derecho Romano, el que era desposeído injustamente; podía hacerse justicia por sí mismo, lo mismo que contra el detentador que poseyere en su nombre, siempre que no fuese a mano armada *vis armata*, por oposición á la violencia permitida *vis simplex ó quotidiana*. Como se comprende, tratándose de derechos que realmente se tenían ó se creían tener, motivaban que al reclamarlos ó defenderlos se tropezase con alguna resistencia, en cuyo caso se pedía el auxilio de la justicia, el que le era prestado en virtud de los *interdicta Retinendae possessiones* que daba derecho al verdadero poseedor para hacerse justicia, por sí mismo. Sin entrar al estudio de cuándo la posesión era justa ó injusta, nuestro objeto sólo se limita á decir que entre los romanos, y para

adquirir ó recuperar la posesión, no era necesario el empleo de mandatos que fundasen y motivasen la causa legal del procedimiento; tanto más cuanto que en virtud del principio *vin fieri* veto las autoridades castigaban al que opusiese resistencia al poseedor.

En lo referente a las molestias que se pueden causar en las prisiones, diremos que, según las prácticas romanas, se inferían por regla general, según eran los presos; resultando que á los acomodados ó a los protegidos por sus amigos no se les ponían limitaciones para que se hicieran dentro de la cárcel la vida que tuviesen por conveniente, mientras que á los pobres y humildes se les tenía en la más espantosa miseria. Aunque debiéramos tratar en otro lugar el régimen interior de las prisiones, diremos aquí que no encontramos disposición alguna expresa sobre el particular en los procedimientos romanos, sino hasta la época de Constantino en que se prescribió que se tratase humanamente a los encarcelados, estableciéndose las distinciones debidas entre los sujetos á prisión provisional y los ya sentenciados. En este mismo tiempo quedó establecida la separación de individuos por su sexo, el encadenamiento sin torturas innecesarias, la facultad hasta cierto punto de moverse libremente en la cárcel externa y el pago de la manutención de los presos totalmente pobres, quedando encargada la seguridad de las prisiones á los municipios italianos, pudiendo las autoridades de este orden detener y apresar á los individuos sospechosos, organizar pesquisas, tomar declaraciones provisionales y hasta aplicar el tormento á los esclavos. Posteriormente, cuando estos funcionarios dejaron de tener protestad penal, su misión quedo reducida á enviar á los procesados ante los jueces competentes, acompañados de los resultados obtenidos en los primeros interrogatorios ó examen previo: debemos hacer notar que entre las obligaciones de los gobernadores de las provincias, se contaba la de inspeccionar a las prisiones. Más tarde presumiéndose en los clérigos un carácter completamente humanitario, se les encomendó que tomasen a su cargo la suerte de los presos; los que también podían ser arrestados en los cuarteles, principalmente en aquel donde residía la Corte del Emperador, ocurriendo esto durante el Principado.

\*  
\* \*

Entrando al examen de nuestra legislación positiva en lo referente al arresto, tenemos que el Cap. XX; Lib. II, tit. 1° del Código de procedimientos Penales y en los artículos relativos, se prescribe cómo debe verificarse: así del art. 222 al 226 se dice lo que sigue: "Art.

222.—Nadie podrá ser aprehendido sino por la autoridad competente, ó en virtud de orden escrita que ella dictare fundando y motivando la causa legal del procedimiento.

Art. 223: Son competentes para aprehender y para librar órdenes de aprehensión:

I. Las autoridades políticas y administrativas y sus agentes, en los casos siguientes:

1° Cuando por la ley estén facultados para imponer la pena correccional de reclusión á que se refiere el art. 21 de la Constitución;

2° Cuando se trate de de un delito infraganti ó de un reo prófugo;

3° Cuando fueren requeridos por los agentes de la policía judicial;

II. Los funcionarios y agentes de la policía judicial en los casos del art. 105;

III. Los jueces del ramo civil, cuando decreten la prisión como un medio de apremio ó corrección y en el caso de urgencia á que se refiere el art. 389 de este Código;

IV. Los tribunales superiores, los jueces correccionales, los jueces de lo criminal, los de primera Instancia, los menores y los de paz, en los casos de su respectiva competencia, y el ministerio público sólo en el caso del art. 12.

Art. 224. El delincuente infraganti y el prófugo podrán ser aprehendidos sin necesidad de orden alguna, por cualquier persona, la que deberá presentarlos en el acto a algún agente de la policía judicial.

Art. 225. Los encargados de ejecutar al mantenimiento de aprehensión, cuidarán de asegurar á las personas, evitando toda violencia y el uso innecesario de la fuerza, y las entregarán al jefe de la prisión ó á la autoridad que ordenó la aprehensión, dejando en todo caso el mandamiento escrito, en virtud del cual se hubiere procedido á está. Los alcaides de las cárceles no podrán recibir detenida á alguna persona sin recoger previamente la orden escrita, á no ser en los casos del artículo anterior.

Art. 226. En todo caso de aprehensión, el aprehendido deberá ser consignado antes 24 horas a la autoridad competente para averiguar el delito.”

Como consecuencia de las prevenciones antes citadas, se pregunta: ¿qué sucede cuando la orden de aprehensión es procedente de autoridad incompetente, no dictada por escrito, ni fundada, ni motivada ó en su ejecución se falta á las reglas prescriptas por las leyes? El Tribunal de Casación francés en las sentencias de 1820 á 1839, establece el principio de una obediencia pasiva de parte del ciudadano detenido ilegalmente, á reserva de castigarse al que abuse de ese modo de su autoridad.

Pero los comentaristas advierten que esas, sentencias tenían, por fundamento el art. 209 del Código Penal, en el cual se califica de rebelión “todo ataque, toda resistencia con violencia y vías de hecho hacia los funcionarios que actúan para la ejecución de leyes,” que en esta disposición, sin duda por el despotismo de Napoleón, se tuvo especial cuidado de suprimir la palabra legalmente contenida en el artículo relativo del Código de 1791, explicándose así el por qué de que se prescriba la obediencia pasiva.

En el art. 26 del Estatuto Constitucional Italiano, se previene que “La libertad individual está garantizada. Ninguno puede ser detenido o procesado sino en los casos previstos por la ley y en las formas que ella prescriba.” En otro sentido, en el art. 247 se dice que es delito de rebelión “cualquiera ataque ó cualquiera resistencia con violencias ó vías de hecho contra la fuerza pública, contra los ugières ó subalternos de justicia... cuando obran para la ejecución de las leyes, de las órdenes de la autoridad pública, de los mandatos de la justicia y de las sentencias.”

Por el texto de estas disposiciones parece que por un lado se autoriza la resistencia, y por el otro, se impone la obediencia pasiva. Los jurisconsultos italianos opinan que cualquiera que sea el concepto del artículo del Código Penal, no puede estar en contradicción con el del Estatuto, supuesto que, la inteligencia y el sentido que la ley secundaria, debe emanar de aquel estándole también subordinada.

Las disposiciones de nuestro Código Penal, en nuestro concepto, autorizan la resistencia, prescribiéndose en el art. 980 que todo funcionario ó agente de la autoridad ó de la fuerza pública que haga detener o aprehender ilegalmente á una ó más personas ó las conserve presas ó detenidas, debiendo ponerlas en libertad, será castigado... Es cierto que en el art. 904 e dice: “El que sin causa legítima rehusare prestar un servicio de interés público á que la ley le obliga ó desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad pública ó de un agente de ésta, sea cual fuese su categoría, será castigado...” También se dice en el 906 que lo que sea, “el que empleando la fuerza, el amago ó la amenaza, se oponga á que la autoridad pública ó sus agentes ejerzan alguna de sus funciones ó resista al cumplimiento de un mandato legítimo.” Vemos por estas disposiciones que para que la desobediencia revista los caracteres de delito, se requiere que el mandato sea legítimo y la ejecución legal. Aunque no tenemos, pues, disposición expresa que autorice la desobediencia en los casos indicados, basta que en esas condiciones no sea delito para que se justifique la resistencia; y no podía ser de otra manera, pues si la detención y la aprehensión cuando son ilegales é ilegítimas importan una viola-

ción de la ley penal, sería absurdo que incurriese en responsabilidad quien la resistiese. Estas consideraciones nos llevan á otro estudio, cual es el de determinar los grados de la legitimidad de la resistencia.

Chaubeaud y Helie, se distinguen el acto ilegal del acto arbitrario, opinando ser permitido para uno la resistencia y vedándola para el otro. Hello y Berriat dicen, que la resistencia á la detención se justifica, cualquiera que sea la causa de su ilegalidad, o en otros términos, porque proceda de abuso ó usurpación de poder ó de irregularidad en la forma. Por nuestra parte seguimos esta opinión, confirmandonos más en ella, cuando pensamos que los actos ilegales, arbitrarios o ilegítimos, importando verdaderas infracciones á la ley penal y por el hecho de no producir efectos jurídicos obligatorios, de ninguna manera deben ser consentidos. Jorge Custance en su “Cuadro de Constitución Inglesa,” hablando de los límites del derecho á la resistencia refiere el caso de un funcionario público que al ir á detener á Sir Enrique Ferrer fué matado por el criado de éste, solamente porque en la orden respectiva se decía únicamente caballero, no expresándose el título de Baronet que le correspondía; habiendo sido absuelto por el tribunal, quien se fundó para ello en ser la orden ilegal por defecto de forma.

Entre nosotros no esta dable aún que lleguemos á las mismas consecuencias que Inglaterra, donde si es cierto que se rinde religiosos culto á la libertad de los ciudadanos, también, lo es, que éstos tienen un gran respeto á la ley. Sin debilitar, pues, el principio de autoridad y conciliando las garantías individuales con el grado de cultura que poseemos, discurrimos que el derecho á la resistencia de la detención debe estar relacionado con los medios empleados para llevar á cabo aquélla; pensando que si tratándose de la defensa legítima, todo exceso es punible por lo innecesario, las mismas razones militan para la detención, sin que por esto desconozcamos que si para llevarla á cabo ilegalmente se emplean medios inadecuados ó violentos, éstos mismos autorizan la resistencia en idéntico sentido, sin que este acto pueda reputarse como una infracción de la ley penal; no pudiendo reclamar la autoridad aprehensora un derecho, precisamente cuando ella ha violado el ajeno.

\*  
\* \*

Por lo que importa á la inviolabilidad del domicilio en el cap. IV, tit. 1°, Lib. II de la indicada ley procesal, se prescribe cómo debe efectuarse el reconocimiento y exámen dentro de alguna casa, habitación, edificio público o lugar cerrado; previniéndose también que esas diligencias

únicamente sean practicadas por el Juez y por los demás funcionarios que tengan facultad para ello, sujetándose a las leyes y previa la orden que las motiven y determinen, salvo el caso de que alguna persona de la casa llame a un funcionario ó agente de la policía judicial para que entre en el domicilio por estarse cometiendo un delito ó falta, existir en él las pruebas de que se ha cometido o cuando se trate de un delito infraganti. En estos casos se levanta una acta en que se hace constar los resultados del reconocimiento y los motivos que den ocasión para practicarlo, la cual será firmada por el jefe de la casa, expresándose el motivo en el caso de no hacerlo. Estas visitas se practican de día, exceptuándose el caso de que la diligencia sea urgente, declarándose esta circunstancia. Las reglas por lo tanto á que deben sujetarse los funcionarios á que nos estamos refiriendo, son las siguientes: 1° Si se trata de un delito infraganti, el juez ó funcionario procederán al reconocimiento sin demora, llamando en el momento de la diligencia á dos vecinos honrados, que tengan capacidad para comparecer en juicio. 2° Si no hubiere peligro de hacerse ilusoria ó difícil la averiguación, se citará al inculpado para presenciar el acto y en su defecto, ya por estar en libertad y no encontrarse, ó detenido y que por algún impedimento no pueda asistir, será representado por dos vecinos honrados á quienes se llamará en el acto de la diligencia para que presencien la visita. 3° En todo caso, el jefe de la casa ó finca que debe ser visitada, aunque no sea reo presunto del hecho que motiva la diligencia, será llamado también para presenciar el acto en el momento en que tenga lugar ó antes, si por ello no es de temerse que no de resultado dicha diligencia. Si se ignora quien es el jefe de la casa, éste no se hallará en ella ó se trate de una en que haya dos ó más departamentos, se llamará á dos vecinos que tengan las cualidades que previenen las fracciones anteriores, y con su asistencia se practicará la visita, la cual se limitará y dirigirá a la comprobación del hecho que la motiva, sin poderse extender á indagar delitos ó faltas en general y sin causar más molestias que las que sean indispensables, castigándose toda vejación indebida que se cause á las personas.

Todas estas disposiciones, que de paso diremos son idénticas á las de la ley italiana, nos llevarán a la conclusión de que cuando no se les dá cumplimiento, tiene lugar la resistencia en los términos que dejamos establecidos para el arresto ilegal.

\*  
\* \*

Los comentadores de la Constitución, en lo relativo al registro de papeles, convienen en ser permitido inspeccionar la correspondencia

en los casos de delito, cuando tiene relación con este ó cuando así lo exige la instrucción para el esclarecimiento de la verdad. También es permitido en los casos de quiebra en que dicha correspondencia de derecho pertenece al concurso; debemos advertir que, si la misma es dable recogerla, sólo le es permitido abrirla y enterarse de su contenido al juez de los autos, devolviendo aquella que no tenga relación con el asunto, pues de no ser así, con frecuencia se violaría el secreto de la misma.

En las leyes mercantiles se previene que, no pueda hacerse pesquisa por el tribunal ni autoridad alguna, para inquirir si los comerciantes llevan ó no sus libros arreglados. Deberán, sin embargo, exhibirlos cuando se les mande para el simple acto de ver si tienen el timbre correspondiente. Tampoco podrá decretarse á instancia de parte, la comunicación, entrega ó reconocimiento general de los libros, cartas, cuentas y documentos de los comerciantes, sino en los casos de sucesión universal, liquidación de compañía, dirección ó gestión comercial por cuenta de otro ó de quiebra. Fuera de estos casos, sólo podrá decretarse la exhibición de los libros y documentos á instancia de parte ó de oficio, cuando la persona á quien pertenezca tenga interés ó responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición. El reconocimiento se hará en el escritorio del comerciante a su presencia ó á la de la persona que comisione y se contraiga exclusivamente á los puntos que tengan relación directa con la acción deducida, comprendiendo en ellos aún los que sean extraños á la cuenta especial del que ha solicitado el reconocimiento. Por lo que importa á la correspondencia, los tribunales pueden decretar de oficio ó á instancia de parte legítima, que sea presentada en juicio la que tenga relación con el asunto del litigio, así como que se compulsen del copiador de cartas, aquellas que se hayan escrito los litigantes, fijándose de antemano, con precisión, las que hayan de copiarse, cotejarse ó compulsarse por la parte que lo solicite.

\*  
\* \*

En el artículo constitucional, como puede verse, no sólo se previene que las molestias que puedan causarse a las personas, sean en virtud de órdenes escritas en que se funde y motive la causa legal del procedimiento, sino que lleva consigo otra prevención, cual es que sean dictadas por autoridad competente.

Sale de nuestros propósitos hacer el estudio de la competencia, por ser ésta una de aquellas cuestiones de índole diversa á nuestro trabajo; diremos, por lo tanto únicamente, que la jurisdicción es el poder

de intervenir en los juicios, de dirigirlos y decidirlos, correspondiendo en general á los jueces y tribunales; pero á cada uno de ellos y por razones diversas, establecidas por la ley de un modo limitado.

Así la esfera propia de la jurisdicción de cada juez ó tribunal es su competencia determinada necesariamente por las prescripciones de la ley para conocer de los asuntos propios y peculiares en un territorio jurisdiccional determinado, salvo en los negocios civiles en que cabe someterse expresa ó tácitamente á la competencia de un juez extraño al territorio jurisdiccional.

Todo lo que tenemos dicho; relacionado con las molestias que la jurisdicción ordinaria puede causar á las personas ó á sus derechos reales, tiene aplicación en lo relativo cuando se trata de otras que conforme á la ley se pueden inferir para el ejercicio de determinadas funciones, entre las que figuran, entre otras, la legislativa, la de guerra y marina y la administrativa. De paso diremos aquí, que en Baviera es permitido á los empleados superiores arrestar á sus subalternos por negligencia en sus funciones; entre nosotros, cabe emplear medidas disciplinarias dentro de cada ramo de los poderes públicos, sin poderse llegar á la imposición de penas corporales.

Pasando al estudio de la competencia netamente constitucional, la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte, consiste en las autoridades tengan facultad por las leyes para causar las molestias de que hemos hecho mención, sin que unas ni otras invadan la esfera de sus respectivas jurisdicciones. Ha distinguido, en tal virtud, la competencia jurisdiccional, para conocer de los negocios de una circunspección determinada; ya por lo que es materia del juicio, como de las personas que á ella le están sometidas. Esta competencia, según las ejecutorias que tenemos á la vista, no afecta en nada al artículo constitucional, de modo, que cuando la competencia se ejercite indebidamente la cuestión se resuelve por las leyes locales sin dar lugar al recurso de amparo para reponer las cosas á su primitivo estado. Respecto á la competencia de origen, proveniente de que una autoridad ejerza funciones de hecho, sin haber sido electa ni nombrada legalmente, la propia Suprema Corte, primeramente reconoció que las autoridades instituidas de esta manera, forzosamente, tenían que ser incompetentes, pues que la primera condición para ser lo contrario, era la de que tuviesen legítimamente el carácter de funcionarios, posteriormente se ha dicho que si los tribunales federales se abrogasen el derecho de explorar la legitimidad de la República, invadirían atribuciones políticas que no son de su resorte, introduciendo la alarma y la intranquilidad entre estas autoridades.

“La cuestión de ilegitimidad de origen de las autoridades —dice ese alto Tribunal— es meramente política, y no corresponde a la justicia federal decidirlo en juicio de amparo, pues tal ilegitimidad no constituye violación de garantías individuales.”

En otras ejecutorias se dice: “La garantía del art. 16 se refiere a la competencia y no a la legitimidad de las autoridades; la competencia se controvierte cuando se niega la jurisdicción de las autoridades por razón de las funciones que la ley les encomienda, del lugar, de la cosa ó de las personas que intervienen en el juicio y la legitimidad cuando la negación de la jurisdicción se funda en la inhabilidad del funcionario, en los vicios de su origen ó en cualquiera infracción verificada en su nombramiento.” También se ha resuelto que “los Estados en uso de su soberanía son los únicos que pueden decidir sobre la legitimidad de las autoridades en el régimen interior; a los tribunales federales no les toca examinar, ni menos decidir sobre la legitimidad de las autoridades que funcionan, porque esta ingerencia sería una violación expresa del art. 4º del Código de la República.” Se ha resuelto además que “el art. 16, no se ocupa para nada de la autoridad ilegítima que con impropiedad se ha llamado incompetente... ésta no puede ser calificada por los Tribunales Federales en la vía de amparo, cuando es la ordinaria ó común de algún Estado, porque de lo contrario se atacaría la independencia y soberanía del mismo en su régimen interior, y además, no estando expresamente facultada la justicia federal para calificar la ilegitimidad de las autoridades de los Estados, se quebrantaría el art. 117 de la Constitución, según el que se reserva á aquellos las facultades que no estén expresamente concedidas á los funcionarios federales.”

No obstante las diferencias que establece la Suprema Corte entre la incompetencia y la ilegitimidad de las autoridades, basta que una y otra estén en tan íntima relación entre sí y sus consecuencias en lo que mira á las garantías individuales, que esto nos hace pensar que la cuestión todavía tiene que debatirse en el terreno de la literatura jurídico-política; tanto más, cuanto que las decisiones de las autoridades y las materias prescritas en la Constitución y en las leyes de que de ella emanen para su validez y persistencia, necesariamente tienen que estar sujetas a las normas jurídicas previamente establecidas.

\*  
\* \*

Se prescribe en la parte final del artículo constitucional que “En el caso de delito infraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la

autoridad inmediata.” También en el art. 224, del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y Territorios se prescribe que: “El delincuente infraganti y el prófugo, podrán ser aprehendidos sin necesidad de orden alguna, por cualquiera persona, la que deberá presentarlos en el acto á algún agente de la policía judicial.” No tenemos, como en otras legislaciones, disposición alguna para que, en el caso de delito infraganti, puedan los particulares allanar el domicilio cuya virtud esa facultad únicamente le corresponde á lo funcionarios de la policía judicial.

La razón para que el individuo por un delito infraganti sea aprehendido sin necesidad de orden escrita y por cualquiera persona, se funda en que la misma flagrancia hace cierta y evidente la existencia del delito, no como en los otros casos, que hemos indicado y en los que es indispensable rodear á la detención con todas las formalidades para no herir las garantías de los ciudadanos. En Inglaterra, según el estatuto de Jorge II, se castiga al que se muestra indolente en la persecución de alguno sorprendido en flagrante delito. La ley, por lo tanto, no permite que un testigo permanezca impassible presenciando un hecho punible y grave; facultándolo la misma para violar el domicilio con el objeto de detener al culpable y hasta matarlo, como ya tenemos expuesto cuando surge alguna lucha. Las leyes italianas en materia de aprehensión por delitos flagrantes, contienen disposiciones que deseamos sean imitadas, ya que desgraciadamente no es extraño que sea aprehendido el que no merece pena corporal, y lo que es más grave aún en muchos casos, la víctima del delito. En el art. 64, pues, del Código de Procedimientos Italiano, se previene: 1º Todo depositario de la fuerza pública debe, y todo ciudadano puede detener, aún sin orden, á cualquier ciudadano cogido en flagrante delito. 2º Que para ser formalizada la detención, es necesario que el delito lleve pena de cárcel que exceda de tres meses, ó pena mayor, salvo que pertenezca á la clase de los ociosos, vagabundos, mendicantes ú otras personas sospechosas mencionadas en el Código Penal, ó que sea un condenado por delitos contra la seguridad interna ó externa del Estado. 3º Que la persona detenida sea inmediatamente conducida ante el oficial que ha ordenado su detención; y este Oficial lo hará inmediatamente conducir ante el pretor, ó el procurador del rey, ó del juez instructor. Esta disposición se completa con el art. 17 de la ley de seguridad pública, en el cual se dice: “La fuerza que proceda á cualquiera detención ó intervenga en el lugar del delito cometido, está encargada, especialmente de vigilar para que no sea alterado el estado de las cosas; se prestarán, sin embargo, los socorros necesarios á quien tenga necesidad de ellos. Al detenido se le deberá pre-

---

sentar á la autoridad local de seguridad pública ó á la autoridad por quien haya sido expedida la orden de prisión; reconocida la regularidad de la detención, el detenido deberá siempre, dentro de las 24 horas, ser entregado á la autoridad judicial.” Finalmente, en el art. 21 del reglamento de la ley citada, se previene: “En cualquier caso de detención que no sea la consecuencia de un mandamiento de prisión ó de reclamación especial de una autoridad, la fuerza armada y los agentes de seguridad pública, deben siempre presentar a la persona detenida á la autoridad de seguridad.”

Idénticos son nuestros procedimientos en la materia que nos ocupa; y aunque no se puede decir que sean del todo perfectos, sí es esperarse que de día en día mejoren más en proporción al mayor respeto que se tenga á la ley por los ciudadanos, como también más fielmente sea observada por los encargados inmediata y directamente de su cumplimiento.

## II.— DE LA PRISION POR DEUDAS Y DE LAS COSTAS JUDICIALES

Art. 17.— Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia. Esta será gratuita, quedando, en consecuencia, abolidas las costas judiciales.

Sabido es que en la antigüedad las estipulaciones sólo tenían lugar entre los individuos de una misma tribu; pero á medida que éstos se fueron desprendiendo, formando nuevas familias y colectividades, las necesidades hicieron que, por esta causa, se crearán otras relaciones, en cuya virtud los contratos privados comenzaron á sentir su evolución progresiva. Así, primeramente al cambio de servicios realizado dentro de la propiedad común, sucede, como institución regular, el de mercancías, sirviendo las más necesarias para la vida, como signo común, que suplía á la moneda; inventada ésta, las compras se verifican y realizan de un modo más fácil, no tardando en aparecer, como era de esperarse, los préstamos y la hipoteca, y con estos contratos, el interés y la usura; quedando desde ese momento fijada la suerte del deudor á la voluntad del acreedor, apoyado en el derecho consuetudinario que se fué formando, en el auxilio prestado por los funcionarios y más que todo, en las necesidades económicas.

En Atenas, era común que en los contratos de préstamo el deudor se hiciese objeto de prenda del acreedor, llegándose á abusar tanto de este género de contratos, que legislador se vio obligado á ponerles límites. En efecto Solón, 594 años antes de la Era Cristiana, y aunque algunos le censuran que no tuvo en cuenta la lesión que causaba en el derecho propiedad, anuló las deudas contraídas en su tiempo, mandando derribar los postes hipotecarios que señalaban

los campos empeñados; igualmente reimpartió á los individuos que habían sido vendidos ó huído por causa de sus créditos.

Durante los últimos tiempos de la República en Roma, sabido es que los ciudadanos fueron explotados sin escrúpulo alguno, como no se había visto ni antes ni ahora; produciendo lo exagerado de los réditos usurarios la natural consecuencia de que los propietarios gravasen y perdiesen sus patrimonios, ocasionando este estado de cosas la decadencia de las ciudades y el empobrecimiento general; y si á esto agregamos que la inseguridad alcanzó el extremo de que muchos individuos preferían, para no perder toda su propiedad, ponerla en cabeza de algún poderoso, gozando únicamente del usufructo durante su vida, que no fueron pocos los que emigraron á otras regiones en busca de un refugio y unas garantías que no podían esperar de los funcionarios, ni mucho menos de sus acreedores; ya se explica cual sería la situación económica de la ciudad de Roma en este período histórico, no siendo sino hasta los tiempos de César, cuando este emperador dispuso que el deudor respondiese con su propiedad y no con su persona.

Las tradiciones y las costumbres que la conquista romana dejaron y crearon en España, necesariamente tenían que influir en la legislación de este pueblo; sin embargo, en los más antiguos códigos, y á decir verdad, antes de que se pudiese decretar el aprisionamiento por causa de deudas, era indispensable, antes de proceder á aquél, que de algún modo éstas quedasen comprobadas. No por esto se puede decir que las medidas coactivas, de que venimos hablando, dejarán de desplegarse durante el gobierno colonial, pudiéndose afirmar, que si el derecho de propiedad era protegido al decretarse la prisión por deudas civiles, el propio derecho estaba sostenido por la violación de la libertad.

Emancipado México de España, y por mucho que las instituciones jurídicas sean las más tardías para reformarse, el nuevo orden de cosas tenía que sufrir su transformación, siendo también otra la concepción del derecho.

El desenvolvimiento, por lo tanto, del Comercio, de la vida económica, el contenido material de los contratos, las relaciones con determinadas personas, la libertad de disponer libremente de los bienes, etc., etc., indispensablemente venían á hacer que se perdiesen aquellas ideas que apreciaban la libertad personal como un bien remunerable en todo ó en parte, de lo que dependió que el hombre se sometiese á la voluntad de otro; pero como á nuevos tiempos siguen nuevas ideas, con el artículo constitucional se transformaron las antiguas por aquellas en que la libertad individual alcanzó su categoría de

inalienable, quedando bajo la protección del interés general, viéndose desde entonces la prisión por deudas como una esclavitud temporal que ya no pueden reconocer los pueblos cultos.

No falta quien piense, desconociendo sin duda el respeto que merece la dignidad humana, que la abolición de que estamos tratando redundaría en perjuicio de los comerciantes honrados; afirmando que al protegerse la libertad del deudor, se lastiman los derechos de propiedad del acreedor. Este modo de discurrir es inaceptable, supuesto que importa la subordinación de la libertad del individuo á una relación económica, convirtiéndose su personalidad, que ante todo es un fin en sí mismo para el aseguramiento de otros intereses, no sin razón dice Kant: “*El hombre no debe ser nunca tratado como un puro medio puesto al servicio de los fines de otro confundido con los objetos del derecho real su personalidad.*”

Lo expuesto bastaría por sí sólo para justificar la abolición de la prisión por deudas; pero hay otra razón, no de poca importancia, y es la de ser imposible que el incumplimiento de las obligaciones civiles puedan dar lugar á una violación real del derecho en que la justicia autorice la aplicación del aprisionamiento, solo legítimo teniendo su causa y su fin, es decir, por aberración para imponerlo ó por resultar del mismo alguna utilidad general: cosas todas que por lo dicho arriba faltan en una y en otro caso.

Como en la práctica de los tribunales muchas veces y por lo pronto, no se pueden distinguir las fronteras que separan las acciones civiles de las penales, y sin definir científicamente el derecho civil desde el punto de vista de la filosofía del derecho, sino siguiendo únicamente las tendencias actuales, diremos: que las deudas como consecuencia de las relaciones privadas, se derivan de la vida interior de los particulares, de los asuntos referentes a su personalidad y de ciertas instituciones fundamentales, como la familia, los alimentos, la herencia, etc., etc. De modo que, aunque esas deudas significan una perturbación del derecho por el incumplimiento de las obligaciones que entraña, su origen está en su ignorancia, en el desconocimiento de las mismas ó en la imposibilidad temporal de cubrirlas; lo que es muy distinto á las otras perturbaciones dimanadas de actos injustos realizados con toda intencionalidad y en que se trastorna todo el orden jurídico siendo esta la razón de que la sociedad se vea en la necesidad de repararlas y reprimirlas. Las violaciones, pues, del derecho civil, como son la ruptura de los contratos cuando únicamente afecta a los derechos de los particulares, no pueden dar lugar al empleo de la función penal, ni el individuo debe buscar protección por ese medio que él dejó exclusivamente bajo la salvaguardia de la lealtad y la buena fé.

Barbier, en la Exposición de motivos del Código Penal Francés, se expresa con los siguientes conceptos: “No veréis figurar muchos actos, que simplemente contrarios á la buena fe ó á la delicadeza, pueden algunas veces ser reprimidos por la sola ley civil.” Y Proal en su obra “El Delito y la Pena:” “Prestais una cantidad á un vecino: éste, de mala fé, rechaza la devolución; esta falta de incumplimiento no constituye por sí un delito y dá lugar sólo á una acción civil: con un poco de prudencia hubierais evitado el perjuicio que os causa vuestro vecino. Pero si un ladrón viene á fracturar vuestra casa para robaros una suma de dinero, la prudencia no os permitirá evitar este daño: la seguridad pública queda perturbada, todos los ciudadanos están amenazados por este enemigo público; en este caso una sanción civil es insuficiente para asegurar el respeto de la propiedad y se hace necesaria la sanción penal.”

Livingston, en su Informe sobre el proyecto de un Código Penal para el Estado de Louissiana, dice: Las leyes penales no deben multiplicarse sin necesidad reconocida; así, algunos actos aunque perjudiciales a los individuos ó á las sociedades, no quedarán sujetos á la persecución pública, si pueden ser bastante reprimidos con la acción civil.”

Lo expuesto nos basta para dar una idea, aunque sea, de cuáles son las obligaciones civiles que, por tener tal carácter, no ameritan el aprisionamiento de los que faltan á ellas, según el precepto constitucional.

Para mayor claridad debemos decir, que la función penal a que nos hemos referido, es la facultad que los jueces del crimen tienen para decretar el aprisionamiento; pues aunque los de lo civil cuentan con sus amenazas y conminaciones que en sí son penas cuando se hacen efectivas, esto obedece a la razón de que no queden condenados ó la impotencia sin protección los derechos ante ellos discutidos y sin ejemplo en el ánimo de los ciudadanos, la saludable influencia de sus determinaciones. Hoy ya hemos dicho que tienen jurisdicción mixta.

Nos parece conveniente hacer otra explicación. Sabido es que el derecho civil en muchos casos se confunde con el romano, principalmente cuando aquél en éste tiene su origen; pero como la circunstancia de que hayan cambiado las necesidades y el espíritu de la época hacen que las relaciones jurídicas privadas se les mire de otra manera antes desconocida, creemos deber hacer otra aclaración. En efecto, en el artículo constitucional se dice: “Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil,” y, como las contraídas para con el Estado, á primera vista parece que salen de la órbita de las obligaciones entre particulares, pudiéndose interpretar entonces, que si pro-

cede el aprisionamiento por el incumplimiento de este género de compromisos, tal es el punto que pretendemos estudiar.

Diremos, en tal concepto, que, aunque en general el derecho civil asegura las utilidades de los hombres, considerados en sí y en su patrimonio moral y económico, esto no excluye que en muchos casos el Estado, también persiga fines de utilidad privada, como ocurre cuando exige el precio de las cosas por él vendidas y arrendadas; siendo claro que en estas condiciones obra como particular. Sí, pues, en estas relaciones el individuo no cumple con sus obligaciones, es evidente que, no por tratarse del Estado, sus deudas dejan de tener el carácter de civiles para que su personalidad quede amparada por el precepto constitucional.

La cuestión no cambia de aspecto cuando las deudas provienen de incumplimiento de obligaciones que redundan en perjuicio de las utilidades del propio Estado, ó mejor dicho, en el de los intereses públicos. Como ejemplo de estas deudas, podemos citar aquéllas que provienen de que no se suministren los objetos necesarios para el ejército en tiempo de guerra, los víveres para evitar el hambre ó los remedios en los tiempos de pestes y epidemias. Por grave que sea el incumplimiento de estas obligaciones, es fuera de duda que tampoco el aprisionamiento se puede decretar, por la razón de no poderse excluir estas cuestiones del campo del derecho civil por mucho que las relaciones jurídico-privadas tengan su origen en relaciones de derecho público entre los particulares y el Estado: Ihering, hablando de Alemania, lamenta en otro sentido, que se condene con penas demasiado suaves el incumplimiento de algunos contratos, de cuya pronta ejecución dependen la salud y bienestar públicos, el éxito de una campaña militar ó en que pelagra la seguridad de todos; pero a lo más que llega este autor, es á aconsejar que se aplique la pena del doble, al igual de como hacían los romanos por el incumplimiento de una porción de relaciones jurídicas.

Como es de pensar, no alcanzan los beneficios del artículo constitucional a las relaciones jurídico-privadas, cuando éstas no son un fin, sino un medio para la consumación intencionada de hechos violatorios del derecho público: en estos casos, aunque la causa que motiva tales relaciones sea lícita, no sucede lo mismo respecto a sus efectos; por lo que indispensablemente el individuo tiene que caer bajo el dominio y sanción de las leyes penales.

\*  
\* \*

Pasando a otras consideraciones, diremos que desde el momento que en una nación se afirma la conciencia clara de su fin jurídico y de

su libertad, necesariamente se tiene que reconocer la conveniencia de que exista un poder organizado para el sostenimiento del orden interior en el Estado. Es evidente, á la vez, que mientras más fuerte sea ese poder, su influencia se hará sentir mejor, á efecto de que el individuo no tenga que recurrir a su propio auxilio para defenderse contra cualquier violencia contra su persona y patrimonio, como acontecía cuando la debilidad de los gobiernos ó lo imperfecto de la administración de justicia autorizaban el ejercicio de la justa venganza.

A medida, pues, que en la sociedad se fué perdiendo la dureza de esas costumbres, apreciándose más la libertad personal por haberse modificado el concepto del derecho, y en fin, cuando la insuficiencia del poder individual se hizo sentir, necesariamente se tenía que reconocer el principio de que “nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho,” evitándose de este modo aquellas tentativas del pasado en que con tanta frecuencia se perturbaba el orden público, interrumpiéndose todas las relaciones jurídicas del Estado y de los particulares por la anarquía, haciendo que la propia necesidad material de mantener la tranquilidad pública, condujese á los individuos á sujetarse voluntariamente al despotismo. Reconocida en tal virtud la necesidad de que exista un poder para que administre justicia en nombre de la sociedad y con su legítima representación, es indiscutible que entonces en todos los individuos se establece la confianza por ser más dueños de sí mismos, más perfectos y más cultos; realizando con verdadera espontaneidad la vida toda del derecho según las conveniencias del Estado, cuyo ideal es que se vea cumplido, no tanto por la garantía exterior de su coacción, sino por la buena voluntad de los ciudadanos, pues como dice el filósofo y poeta Goëthe: “Cuanto que nos dá libertad de espíritu, pero no imperio sobre nosotros mismos, es corruptor.”

A efecto de que sea más eficaz el principio de que “nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho,” y á efecto también de no dar lugar á que con el pretexto de la legítima defensa se cometan actos violatorios de las leyes, se agrega en la Constitución, que los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia, asegurando de este modo el ejercicio de los derechos de cada persona, siendo fuera de duda que estarán mejor garantizados á medida que las autoridades gocen de más independencia y de la suficiente firmeza para que su acción se haga sentir oportunamente, y no que por omisiones y comisiones obliguen al individuo á emplear su propio auxilio, incurriéndose por esta causa en el mismo defecto que se trata de corregir, de que nadie se haga justicia por sí y ante sí.

En otro sentido, siendo la misión de la justicia social el mantenimiento del orden, y estando constituidos los poderes públicos para beneficio y protección de los ciudadanos, resulta que la administración de esa justicia, como la aplicación del derecho, tiene que ser gratuita; una vez que precisamente la necesidad de librarse de cualquier violencia, es la que á obligado á los hombres á constituirla y mantenerla, siendo más respetada á proporción que el poder público ofrezca medios materiales suficientes para hacerla efectiva.

Además, siendo el poder judicial uno de los organismos creados por el Estado para que todos los ciudadanos cumplan con el derecho, y siendo comunes las aspiraciones, las necesidades y las leyes, no hay razón para que cuando el individuo reclama protección, tenga que remunerar servicios que por el Estado están cubiertos en beneficio de toda la comunidad.

Otra de las ventajas de que la justicia sea gratuita, es la de igualar, en lo posible, las condiciones de aquellos que, por su poco ó ningún patrimonio, al reclamar cualquier derecho no podrían competir con los ricos y los poderosos; aparte de, que el aliciente del dinero haría perder á los funcionarios su independencia, probidad y desinterés entregándose bien pronto sin escrúpulo ninguno, en manos del litigante afortunado, haciendo que se convierta lo sagrado de su ministerio en un desvergonzado y criminal comercio.

No faltan algunos que piensen que se evitaren las dilaciones en los juicios, muchas veces más perjudiciales que la injusticia misma con el hecho de que la propia justicia no sea gratuita. Este argumento carece por completo de fundamento, revelando únicamente que si tal dilación y entorpecimiento en los juicios, si es cierto que tienen lugar, es debido más que á otra causa á que los jueces no se acomodan estrictamente á las leyes del procedimiento, admitiendo trámites ociosos y tardíos ó desechando recurso improcedentes y maliciosos, inspirados por los litigantes de mala fé.

Concretando lo que tenemos expuesto, diremos en tesis general que si el fin propio del poder judicial es el de reparar toda violación de la ley, cualquiera que sea su origen y naturaleza, mediante el exámen de las circunstancias que acompañan á un hecho jurídico tratándose de un juicio civil o el de determinar quién ha perturbado el orden social, tratándose de un asunto criminal, necesariamente se tiene que convenir que tales funciones tienen que ser gratuitas en servicio del público, como consecuencia del fin mencionado y en vista de la insuficiencia de las fuerzas personales para mantener y asegurar el derecho. Por esta razón precisamente es por la que el Estado prefe-

rentemente acude remunerando por todos, á los encargados de los servicios públicos.

\*  
\* \*

Se dice además en la parte final del artículo constitucional, que quedan abolidas las costas judiciales. Se entendían por tales los derechos que pagaban los particulares á las autoridades del orden judicial por la substanciación y sentencia en los juicios. Como consecuencia, por lo tanto, de que la justicia sea gratuita, tales derechos no tienen razón de ser con tanta más, cuanto que manteniéndose la ley por su sanción civil ó penal, sería absurdo que el ejercicio de las acciones que de ellas se derivan fuese únicamente el patrimonio del que pudiese remunerar la substanciación de los juicios con perjuicio del desvalido y con detrimento del poder social interesado en conservar el orden y asegurar el cumplimiento de las obligaciones que tienen su origen en las relaciones de los particulares.

No se comprende en la prohibición del artículo constitucional los gastos de papel, timbres, honorarios de abogados, procuradores, apoderados, peritos, etc., etc., porque esos gastos no entrañan el ejercicio de la justicia, sino que son el resultado obligado del incumplimiento de obligaciones ó de daños y perjuicios motivados sin intención dolosa, tratándose de los asuntos civiles; causándose también en los incidentes del mismo orden cuando son provenientes de un hecho delictuoso.

Aunque en todo rigor la cuestión de las costas en el sentido que venimos hablando son del dominio del derecho civil en lo referente á su condenación ó de regularlas y hacer efectivo el pago; sólo diremos, que el art. 677 del Código Civil previene que: "Los honorarios de los abogados, apoderados, depositarios, peritos y demás personas que intervengan en el juicio, se regularán conforme al arancel. El vigente, aunque fija un máximo y un minimum para el pago de los servicios profesionales, sin embargo, no dejan estos de ofrecerse frecuentes conflictos en la regulación principalmente cuando ha existido un contrato previo entre el abogado y su cliente y un tercero también interesado en las costas. En este caso, dicho tercero ¿estará obligado á cumplir estipulaciones que no ha contraído? Es claro que sí, por ser la consecuencia del incumplimiento de lo por él pactado ó de aquello á que quedó obligado á hacer y cumplir. En la práctica con frecuencia surge esta cuestión: los honorarios, aunque justificados son completamente exagerados; ¿á qué regla debe sujetarse el juez para hacer la regulación y fallar en justicia, sobre todo, cuando hay

oposición? Es claro que no puede obedecer estrictamente al contrato del trabajo porque precisamente por lo exagerado de él es el punto de la controversia, por lo que tienen que atenerse al arancel; pero resulta que éste desde el momento en que aprecia los servicios de una manera igual fijando el tiempo de su duración y la facilidad ó dificultad del esfuerzo mental, estas reglas no pueden ser aplicadas con exactitud dada la multiplicidad de los juicios, sus combinaciones y objetos que se persiguen. Una simple notificación, pues, un recurso oportunamente interpuesto, cualquier artículo ó incidente, puede ser que sean de más importancia que un alegato en toda forma, y sin embargo, vistos superficialmente esos recursos no se les da importancia, no obstante que pueden significar todo el éxito de un negocio; resultando que ante el arancel estos servicios no se les da todo su valor, dándoles en cambio á largas y vacías alegaciones, á recursos frívolos e improcedentes, al ejercicio de acciones innecesarias ó á la acumulación de elementos probatorios excesivos, con que muchos abogados graban á su cliente y á su parte contraria.

Entendemos por lo visto, que ya sea que exista ó no un contrato, para la prestación de los servicios profesionales y á efecto de armonizar en lo posible los derechos del acreedor y los del condenado en costas, y ya que no se puede con exactitud regular los esfuerzos empleados, la razón y la equidad exigen que se tenga en cuenta la importancia del negocio, su cuantía, las costumbres de lugar, el juicio de peritos; cosas todas que ayudarían eficazmente al juez para dictar una resolución justa, sirviéndole entonces las disposiciones del arancel si no como regla fija en muchos casos para apreciar los servicios profesionales, sí al menos para darles su valor equitativo.

### III.— DE LOS CASOS EN QUE HA LUGAR A PRISION Y DE LA LIBERTAD BAJO DE FIANZA

Artículo 18.— Sólo habrá á lugar prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca qué al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo de fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión por falta de pago de honorarios ó de cualquiera otra ministración de dinero.

Antes de ocuparnos del artículo constitucional creemos oportuno decir, por mucho que el asunto corresponda al conocimiento de la Arqueología Topográfica de los Romanos, que estos, hasta tiempos muy posteriores tuvieron una cárcel pública, supuesto que antes el lugar para el aprisionamiento, y eso de los esclavos, fue el *ergástulum*, el cual correspondía á las dependencias del recinto doméstico. La tradición, aunque algo confusa, nos dice que la primera cárcel pública fué edificada en el Mercado ó sea en el *carcer*, siendo lo probable que de aquí tornase su nombre, como lo tomó de *tullius* que era una fuente en la roca, el *tullianun* que fué el lugar destinado para los suplicios; dándose también el nombre de *lautunuae* que eran unas canteras inmediatas á las prisiones, las que sirvieron también para esos fines.

Sea lo que fuese sobre el verdadero origen y significado de la cárcel, lo que no admite duda es, que en el *tullianun* tenían lugar los suplicios que no se ejecutaban públicamente, y que entre el *carcer*. y *lautunuae* existía la diferencia de que en el primero el preso permanecía separado y encadenado en la obscuridad del calabozo y en completa incomunicación, mientras que en las segundas se gozaba de más libertad, pudiendo el preso ser visto por terceras personas y sin

estar sujeto á los rigores del primer sistema de aprisionamiento. Es lo probable que por estas causas más tarde se diese á la prisión el nombre de *interna* ó *externa*. Ya que en otro lugar hemos dicho que también en los cuarteles se guardaba á los presos, principalmente en aquellos donde residía la corte del emperador. En la legislación española encontramos las leyes 15, tit. 29, partida VII y las 1 y 3, tit. 35, lib. V de la Novísima Recopilación, en las que se prevenía que las cárceles sólo podían tener el carácter de públicas, castigándose con la pena de muerte al particular que de propia autoridad las estableciese.

No conocemos en el Procedimiento Penal Romano ninguna disposición especial, para que sólo hubiese lugar á prisión por delito que mereciese pena corporal; de modo que nos inclinamos á creer que la facultad de decretarla en todo caso quedó al arbitrio de los depositarios del *imperium*, el cual, como ya tenemos indicado, más que una institución del derecho penal, era una manifestación del poder que se tenía para mandar á toda persona.

Respecto á la constitución de la fianza *padimonium*, sí encontramos su origen en la propia naturaleza del juicio privado para la liberación del arrestado, teniendo más adelante aplicación en el juicio público, precisamente cuando los tribunales del pueblo constriñeron á los magistrados patricios para que fuese admitida. La protección tribunicia llegó al extremo de dejar al acusado en libertad, sin efecto el arresto provisional y sin constituirse fianza; con la excepción de que no gozasen de esas franquicias los delincuentes comunes. En el último siglo de la República los privilegios de los ciudadanos romanos fueron tales, que los responsables de homicidio gozaban de su libertad sin constitución de fianza; y á partir de la ley "*Julia de vi*" por el hecho de que por ella no se podía imponer el arresto provisional, hizo innecesaria la constitución de la fianza. Durante el Principado aparece de nuevo la constitución de la fianza en los procesos contra los ciudadanos, siendo lo más notable que ese procedimiento se fundaba precisamente en la ley de César que antes hemos citado; interpretándose una de sus cláusulas en el sentido de que los magistrados estaban facultados para arrestar á los desobedientes y promovedores de desórdenes: esto hizo que desde esta época, la constitución de la fianza quedase comprendida en el orden jurídico del Derecho romano.

La tradición y los efectos de la legislación romana natural fue que pasaran á los pueblos conquistados; de modo que, así como España hizo suyo "el Corpus Juris-Civiles," en igual sentido aceptó, salvo algunas modificaciones, el Sistema Penal y los Procedimientos romanos.

Respecto á las fianzas autorizadas por la legislación española, encontramos la de “la haz,” á la cual se refieren las leyes 17 y 18, título 12 de la partida V, la carcelera ó comentariense” de la cual nos hablan las 24, tit. 18, part. 3<sup>a</sup>, 19, tit. 12, part. 5<sup>a</sup> y 16, tit. 1<sup>o</sup>, 10, tit. 29 de la 7<sup>a</sup>: siendo la disposición más moderna sobre el particular la contenida en la ley 6<sup>a</sup>, tit. 12, Lib. 5<sup>o</sup> de la Novísima Recopilación, conociéndose á la vez la caución juratoria y la de “non offendendo.”

Diremos en concreto, que lo que se quiso al autorizarse el otorgamiento de esas fianzas, fué que por los delitos que no merecieran la aplicación de una pena grave no se procediese á la prisión del reo, previéndose en general en las leyes citadas, que no se procediese á la prisión, siempre que se diese fiador, lego, llano y abonado que se obligase á presentar al acusado, estar en juicio y pagar lo que se determinase en la sentencia. También para el caso de que el inculcado preso por un delito de importancia resultara después de la publicación de probanzas ser inocente ó leve su responsabilidad. La caución juratoria producía los mismos efectos que la fianza de “la haz,” con la diferencia de que la primera la prestaba el mismo inculcado, pudiéndose acompañar de la conminación de alguna pena para el caso de incumplimiento al mandato judicial. Por ultimo, la fianza de “non offendendo” consistía en la obligación que el propio acusado ó un tercero prestaba bajo juramento á efecto de no ofender á la persona á cuyo favor se extendía la garantía; quedando los primeros formalmente responsables de los males que sobreviniesen á la segunda con motivo de las amenazas.

Examinando con detención la primera parte del artículo constitucional, en que se dice que, “sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal” y relacionándola con la segunda en que se prescribe que “en cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer una pena, se pondrá en libertad bajo de fianza”; tenemos que si el delito no merece pena corporal, de su peso se cae que la libertad del que lo hubiese cometido se impone decretarla de estricto derecho; siendo entonces la fianza un acto accidental que servirá más ó menos para asegurar el éxito del juicio; pero nunca la falta de su otorgamiento como lo veremos adelante, puede impedir la liberación del reo. Antes de pasar adelante, pensamos que, representando la fianza una limitación del derecho de propiedad, sólo debe otorgarse en cambio ó en subrogación de una pena corporal. Creemos en tal virtud, que al hablarse de la fianza para los delitos que no ameritan una pena corporal, debe entenderse no precisamente la que afecta la propiedad, sino, únicamente la simple protesta de estar á las results del juicio y obedecer en cualquier

momento los mandatos de la autoridad. Cualquiera duda que sobre el particular pudiera existir, se desvanece con el hecho de que en la fracción I del art. 438 de la ley procesal, se previene: “También podrá ser puesto el inculpado en libertad bajo protesta, siempre que el delito no tenga señalada pena corporal ó que si la tuviese no exceda de 5 meses de arresto mayor.” En el sistema penal italiano que, consideramos como uno de los más adelantados, por mucho que más liberal sea el nuestro, encontramos: que “el procesado debe ser puesto en libertad provisional con la simple obligación de presentarse cuando fuese requerido y sin necesidad de fianza, siempre que se trate de delitos punibles, con la sola pena de interdicción de cargos públicos ó con la de cárcel no mayor de tres meses ú otra inferior.”

Hablando en general sobre la constitución de la fianza cuando el delito anterita pena corporal y por más que esta cuestión sea del dominio de los procedimientos penales, diremos que, según el art. 440 de la ley relativa, “toda persona detenida ó presa por un delito que el máximo de la pena no exceda de 7 años de prisión, podrá obtener su libertad bajo caución, siempre que conforme al art. 438, tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siga el proceso, buenos antecedentes de moralidad, profesión, oficio ó modo honesto de vivir y que á juicio del juez no haya temor de que se fugue.” Se prescribe también en el art. 441 que, “si el delito que se persigue debiere ser castigado con pena alternativa pecuniaria ó corporal, el inculpado prestará caución por el máximo de la pena pecuniaria y si fuese solamente corporal, la caución se prestará por una cantidad que nunca podrá ser menor de \$300, ni mayor de \$30,000, teniendo en consideración la clase y los antecedentes de la persona detenida ó presa, la gravedad y circunstancias del delito y el mayor interés que pueda tener el inculpado, en substraerse á la acción de la justicia.” Por último, también se previene que la caución se preste depositándose en el Banco Nacional ó en el establecimiento destinado al efecto, si lo hay, ó en caso contrario, donde el juez lo ordene, la cantidad que este señale ó constituyendo por ella prenda ú otorgando hipoteca sobre bienes cuyo valor libre sea cuando menos igual al importe de la caución más una mitad de éste. Puede prestarse también la misma, dando fianza de persona de probidad y arraigo notorios en quien concurren las circunstancias que para el fiador exige el Código Civil, el que se obligará á presentar al inculpado, siempre que el juez lo ordene, y á pagar, si no cumple, la cantidad que se hubiere fijado. Diremos aquí de paso que en la práctica de los tribunales existen sus dudas sobre si el juez ó el inculpado, respectivamente, son los que tienen la facultad de determinar la forma de la caución. Pensamos nosotros que, siendo la fianza

una garantía concedida a en favor de los acusados, éstos son los que tienen la facultad de optar por cualquiera de las formas que para la caución autoriza la ley; debiendo el juez únicamente cuidar que aquélla se preste conforme á las prescripciones de la misma, si pudiendo fijar el monto; sin que por esto se entienda que pueda ser de un modo arbitrario, sino con arreglo a las prescripciones que antes quedan citadas, debiendo á la vez el juicio á que se refiere la ley para fundar que el inculpado pueda fugarse, estar apoyado en un criterio jurídico, pues de otro modo la negación de la libertad en otras condiciones pudiera suceder que sólo se inspirase en uno arbitrario, el que no haría otra cosa que hacer ilusorio el respeto que se debe tener á la libertad.

En lo referente á la pérdida de las fianzas y al modo de prestarlas, la ley italiana previene respecto á lo segundo, que se determine la cantidad según las circunstancias, teniendo en cuenta las condiciones del procesado y la naturaleza y calidad del delito; haciéndose el depósito en la caja de “Préstamos de dinero ó de efectos de la Deuda Pública” ó constituyendo hipoteca de bienes raíces ó de rentas del Estado.

En lo relativo á la cancelación de la fianza, si el delincuente ha cumplido con las obligaciones de la ley, se le manda restituir á su fiador; si por el contrario el reo hubiera hecho el depósito por sí ó constituido la hipoteca y la sentencia fuese condenatoria, en tal caso puede ser retenida para el pago de multas é indemnizaciones ó por los gastos, daños y perjuicios provenientes del delito. En nuestra legislación el inculpado que estando en libertad bajo caución, desobedece sin causa justa y probada la orden de presentarse al juez ó tribunal que conoce del proceso, pierde por ese hecho la cantidad que importa la fianza, aplicándose una tercera parte para el pago de las indemnizaciones que deba hacer el Erario por responsabilidad civil, otra á la mejora material de las prisiones de la municipalidad en que se cometió el delito y al establecimiento y fomento de las escuelas que debe haber en dichas prisiones; aplicándose la tercera, al establecimiento de beneficencia designado por el gobierno y que esté igualmente dentro del municipio donde se hubiere cometido la infracción de la ley penal.

Según las leyes Belga y Francesa, la fianza se divide en dos partes: Una destinada á garantizar la presentación del reo á todos los actos para los que es requerido y para la ejecución de la sentencia, y la segunda asegura el pago de las multas, los gastos y las reparaciones civiles. En Inglaterra, según *the writ of habeas corpus*, llamado así porque comienza: *habeas corpus ad subjiciendum*, hay grandes facilidades para el otorgamiento de las cauciones, conciliándose de la mejor manera

la libertad personal con los derechos de la sociedad. De desear es que las instituciones de que hablamos fueran implantadas en nuestro país; desgraciadamente hay que convenir que por buenas que sean, no se pueden acomodar aún a nuestro modo de ser por impedirlo nuestras condiciones históricas, nuestra cultura y educación civil. Es necesario, pues, si queremos llegar a ese grado de perfeccionamiento que caracteriza a los ingleses, que primero se eduque los ciudadanos en la observancia de las leyes; cuando así sea, *the writ of main prise*, que es la orden de entregar al detenido a un amigo, ofreciendo caución por su presentación ante el juez que lo cite, tomándolo únicamente de la mano en señal de fianza, el de "*otio et atia*" para neutralizar las instigaciones hechas por pasión sobre los jueces, el *de homine replegiando* para poner en libertad al procesado, en virtud de la caución *frank pledge*, en fin, todo lo contenido en el *act* de 1679, no serían como lo son aún entre nosotros principios de un derecho ideal, sino verdades reconocidas por el derecho positivo.

Pasando a otro orden de ideas, y habiendo de la libertad bajo protesta, se ha discutido si cuando el delito no merece pena corporal, aquella se debe decretar de oficio ó si es necesario que la solicite el reo ó su defensor. Piensan algunos que siendo esa libertad un derecho, es renunciable. Por nuestra parte, aceptamos que en los casos en que cabe la libertad bajo protesta ó bajo fianza, mereciendo el reo pena corporal, es indispensable la promoción respectiva; pero no sucede lo mismo cuando el reo no merece pena corporal, porque en este caso lo que procede, es que se le ponga inmediatamente en libertad. Pero aquí precisamente se presenta la dificultad. Pongamos, por ejemplo, que se trata de la libertad bajo protesta que es la procedente, cuando el reo no merece pena corporal. Según el art. 438 del Código de Procedimientos Penales, está prevenido para el otorgamiento de la libertad bajo protesta, que el delito no tenga señalada pena corporal ó que si la tuviere, no exceda de cinco meses de arresto mayor, que el acusado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se sigue el proceso, buenos antecedentes de moralidad, profesión, oficio ó modo honesto de vivir, que no haya sido condenado en otro juicio criminal por delito de la misma naturaleza, y que a juicio del juez no, haya temor de que se fugue el inculpaado. Ahora bien, supongamos que falten esos requisitos ó solamente alguno, y que por tal motivo se niegue la libertad. Preguntamos: ¿en qué se funda la prolongación de una prisión que en definitiva no se puede imponer? ¿Acaso en la ficción de que la prisión provisional no es pena? ¿O en la falta de cumplimiento de las reglas antes mencionadas? Tanto importaría entonces como que el principio constitucional quedase subordinado

á una cuestión de forma. Creemos, por lo tanto, que en casos como el presente lo más justo y conforme á la Constitución, es que se ponga de oficio libertad al inculcado, aun faltando los requisitos del artículo 438 que hemos citado. Tanto más cuanto que en la segunda parte del artículo constitucional, se previene que en cualquier estado del proceso, en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza; siendo mayores las razones que existen cuando cabe la simple libertad bajo protesta. ¿Pero cuál es ese estado del proceso a que se refiere la Constitución? Si nos atenemos al tecnicismo jurídico, tenemos que por proceso se debe entender el conjunto agregado de los actos y demás escritos en cualquiera causa civil ó criminal; de modo que siendo esto así, el estado a que nos referimos y para los efectos de la ley fundamental, debiera entenderse desde las diligencias informativas una vez comprobado el delito, hasta el momento de la sentencia. No sin razón, por lo tanto, en el art. 440 del Código de Procedimientos citado, se previene que: “Toda persona detenida ó presa por un delito en que el maximum de la pena no exceda de siete años de prisión, podrá obtener su libertad bajo caución;” es decir, esta disposición nos viene á aclarar por completo la idea de que el reo puede obtener su libertad en las condiciones en que venimos hablando dentro del término de la detención ó desde la prisión preventiva hasta la sentencia. En nuestro concepto, lo dispuesto en el art. 440 no excluye la facultad del juez para negar la libertad provisional durante el término de la detención, cuando así lo exige el proceso mismo para el esclarecimiento de la verdad ó por el secreto de la instrucción, no sucediendo lo mismo cuando se ha dictado el auto de prisión formal en que necesariamente se ha comprobado el cuerpo del delito, existiendo ya datos suficientes respecto á la responsabilidad; en este caso no hay razón para negar la libertad, con tanta más razón cuanto que las primeras diligencias ya se hacen públicas, comenzando desde entonces á intervenir la defensa.

Aunque nuestros sistemas carcelarios, y en la práctica no se puede decir que sean de los más perfectos, y aun por mucho que se cometan abusos por sus directores, y más que todo, por los agentes subalternos y por los mismos presos que ejercen alguna autoridad en el interior de las prisiones, tales abusos no llegan al extremo de que la prisión se prolongue por falta de honorarios ó de cualquiera otra administración de dinero, con tanta mayor razón cuanto que estos hechos en el caso de que llegaran á consumarse, importan el delito de ataques á la libertad individual que en el Código Penal se castiga severamente. La prolongación, por lo tanto, de la prisión, sólo es admitida cuando en la sentencia, además de la pena corporal impuesta, también se

impone la de multa y que por no cubrirse se tienen que sufrir los días de arresto equivalentes á su monto, sin que dicho arresto pueda exceder de noventa días. En conclusión, pues, se puede decir: que la garantía consignada en la parte final del artículo constitucional, por regla general, no se dá el caso de ser violada. En el capítulo siguiente, seguiremos tratando de este asunto, especialmente cuando hablemos del tratamiento que al preso se debe dar en las cárceles.

#### IV.— DEL TERMINO DE LA DETENCION

Artículo 19.— Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de este término, constituye responsables á la autoridad que la ordena ó consiente, y á los agentes, ministros, alcaides ó carceleros que la ejecutan. Todo mal tratamiento en la aprehensión ó en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela ó contribución en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades.

La prolongación de la detención por un término incierto é indeterminado sin motivo legal justificado, se puede decir que fué una herencia del poder ilimitado de los gobiernos despóticos á los cuales se vió el hombre sometido cuando las leyes del derecho, público sólo fueron instrumentos para que satisficiesen sus caprichos, haciendo que dominara la teoría, de que no hay ley alguna que valga más, que en cuanto sirva á aquellos que tienen el poder. Ya la legislación española, de que nos ocuparemos más adelante, reaccionó contra esa opresora teoría, para que más tarde la legislación llegase á realizar ese estado de derecho, del cual estamos en posesión y por el que se sigue el principio de que todo deba hacerse con arreglo á la ley y nada en contradicción con sus preceptos; afirmándose con más intensidad esta idea á medida que las garantías individuales se hacen más efectivas, al mismo tiempo que se dulcifican los choques absolutamente necesarios entre las exigencias del procedimiento penal y los derechos del procesado.

Nuestra ley procesal distingue tres formas bajo las cuales se puede restringir la libertad del hombre, dándole la denominación de aprehensión, detención y prisión formal ó preventiva. Habiendo estudiado las dos primeras, únicamente nos ocuparemos de la última, que es, en todo rigor, la confirmación de la procedencia de las otras.

En el derecho romano, si no estamos engañados, el arresto á modo de prisión preventiva no requería el cumplimiento de los requisitos que en la actualidad son necesarios para decretarla; de modo que se confundía en la idea común de la restricción de la libertad todas las formas antes expresadas.

Los tratadistas que hemos consultado, mencionan el arresto de un modo general, decretándolo el magistrado según tenemos dicho, sin limitaciones obligatorias y por lo común hasta nueva orden, lo que implicaba que pudiera cesar en cualquier momento ó dilatarse indefinidamente. Este procedimiento nos hace creer que una vez decretado el arresto no era necesario dictar el auto de prisión formal.

Con mejores datos sí podemos afirmar que el arresto lo mismo que la cárcel estando comprendidos en la esfera de la coerción no fueron considerados con pena. Hemos dicho también antes, que el propio arresto estando regulado por la ley, sólo se preguntaba por el motivo no existiendo obligación de expresar los fundamentos jurídicos que se tenían para decretarle. Se puede concluir, por lo visto, que entre los romanos no se dictaba el auto de prisión formal, bastando con las consecuencias que consigo traía el arresto, las cuales no eran otras, que las medidas de seguridad para con el procesado, á efecto de continuar la instrucción, ó en otros términos, como medio auxiliador para la instrucción del sumario, y en fin, para la ejecución de las sentencias.

Así, como en otros puntos no hemos estado de acuerdo con la legislación española, formada para un pueblo con costumbres, educación, índole y tradiciones tan diferentes a las nuestras, y aunque como dice Montesquieu: “Solamente por una casualidad muy rara podrá suceder que la legislación de un pueblo convenga al otro,” debemos reconocer que las leyes relativas á la restricción de la libertad no sólo se acomodaron a nuestro modo de ser, sino que fueron más liberales de lo que era de esperarse de aquella época, como puede verse por las que pasamos á citar.

La ley I, tit 1º, Partida 7ª, declaró... “infamado seyendo algún ome de hierro que obiese fecho, puédele luego mandar *recabdar* el juez ordinario, ante quien fuese fecho el acusamiento.”

En la Cédula de 17 de Agosto de 1784, se previno “...para evitar la facilidad y abuso de los procedimientos y arresto de personas de otro sexo (esto es las mujeres) castigaré (habla el rey) á los jueces que

carecieren de fundamentos prudentes para haber procedido, hasta con la privación de oficio, y otras penas mayores, según la calidad del abuso y del exceso...” Cuatro años después, el 25 de Mayo de 1788 se expidió la Instrucción para Corregidores, en la cual en lo conducente se dice... “la estancia en la cárcel trae consigo indispensablemente incomodidades y molestias y causa también nota á los que están detenidos en ella. Por esta razón, los corregidores y demás justicias procederán con toda prudencia, no debiendo ser demasiado fáciles en decretar autos de formal prisión en causas ó delitos que no sean graves, ni se tema la fuga ú ocultación del reo; lo que principalmente debe entenderse respecto á las mujeres por ser esto muy conforme á las leyes del Reino, y también respecto á los que ganan la vida con su jornal y trabajo, pues no pueden ejercerlo en la cárcel, lo que puede ser causa del atraso de sus familias y muchas veces de su perdición.”

La Constitución de 18 de Marzo de 1812 prescribió en el art. 287 que “ningún preso español podía ser preso, sin que precediera información sumaria del hecho y por el que mereciera ser castigado con pena corporal y así mismo un mandamiento del juez por escrito que se notificaba en el acto de la prisión”, los decretos del 11 de Septiembre de 1820 y 17 de Abril de 1821, tuvieron por objeto idénticos fines á los de las leyes citadas.

Consumada la Independencia Nacional, por decreto de 28 de Agosto de 1823, se previno “que se tuviese muy presente el de 11 de Septiembre 1820,” en el que se prescribía: 1º Para proceder á la prisión de cualquier español, previa siempre información sumaria del hecho, no se necesita que ésta produzca una prueba plena, ni semi-plena del delito, ni quién sea el verdadero delincuente. Solo se requiere, agrega el art. 2º “que por cualquier medio resulte de dicha información sumaria:” “1º El haber acaecido un hecho que merezca, según la ley, ser castigado con pena corporal;” y “2º que resulte igualmente algún motivo ó indicio suficiente, según las leyes para creer que tal ó cual persona ha cometido aquel hecho.”

La Constitución de 4 de Octubre de 1824 prescribía en el art. 150 que, “nadie podrá ser detenido sin que haya semi-plena prueba, ó indicio de que es delincuente.” El 29 de Diciembre de 1836 se expidió la 5ª Ley Constitucional, en la que se dice: “Para proceder á la prisión se requiere: 1º que proceda información sumaria de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes, ser castigado con pena corporal; 2º que resulte también algún indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal.” Agregándose en la parte final del art. 44: “Una ley fijará las penas para reprimir la arbitrariedad de los jueces en esta materia.”

Tales fueron las disposiciones que precedieron al art. 19 de la Constitución vigente, derivándose de él el art. 233 del Código de Procedimientos Penales, que esta en vigor, así como antes el relativo del de 1880. Dice el artículo citado: “La prisión formal ó preventiva, solo podrá decretarse, cuando medien los requisitos siguientes: 1º Que este comprobada la existencia de un hecho ilícito que merezca pena corporal; 2º Que al detenido se le haya tornado declaración preparatoria é impuesto de la causa de su prisión y de quién es su acusador, si lo hubiere; y 3º Que contra el inculpado haya datos suficientes a juicio del juez para suponerlo responsable del hecho.”

Como se comprende por lo expuesto, el primer requisito indispensable para poderse decretar la prisión formal, es que esté comprobado el cuerpo del delito y además, que éste merezca la aplicación de pena corporal. Antes de pasar adelante, nos parece conveniente expresar algunas ideas sobre el modo como esa comprobación puede y debe tener lugar.

Framarino en su *Lógica de las Pruebas*, dice: “Una ley que en materia penal, dijese: No se reconocerán para la averiguación del delito sino éstas ó aquéllas pruebas, sería el colmo del absurdo y la garantía de la impunidad: el ofendido no podría elegir las pruebas prescriptas y el delincuente adoptaría todos los medios para que no se produjesen.”

“El delito debe ser legalmente probable con toda prueba que materialmente sea capaz de probarlo. Las limitaciones legales de la eficacia de las pruebas, si son admisibles en lo civil, no lo son en lo penal. En lo penal no pueden admitirse más que limitaciones materiales, esto es, las que nacen de la relación de la prueba con lo probado, y que consisten en la incapacidad natural de la prueba. Aparte, pues, estas limitaciones naturales que la *Lógica* debe tratar con más razón que la ley positiva, no pueden admitirse en lo penal limitaciones legales”...

En el cap. 2º, tit. 1º de la *Ley Procesal* y por el estilo en las correspondientes de los Estados, se establecen las reglas cómo debe comprobarse cada hecho delictuoso; prescribiéndose igualmente que dicha comprobación sea la base del procedimiento sin la cual no cabe ninguno ulterior.

En nuestra práctica hemos podido observar, que no siempre es cosa fácil comprobar el cuerpo de algunos delitos, dando lugar á que con más frecuencia de la que era de esperarse, se confunda el cuerpo de que hablamos con la prueba. Siguiendo á los autores más caracterizados, se debe entender por cuerpo del delito, todo aquello que representa su manifestación material y aparición física, no pudiendo consistir más que en aquello que esté enteramente ligado á su con-

sumación. No por lo dicho se deba entender que todo lo material constituya el cuerpo del delito, sino lo que está inmediatamente unido al hecho delictuoso.

Algunos tratadistas, hablando del cuerpo del delito, le dan la denominación de permanente y transitorio; pero los más sólo dan importancia al primero, fundándose en que únicamente la tiene la figura física constituida por lo material permanente inmediato ligado á la consumación criminosa; agregando que, cuando la figura física por su naturaleza esencial, se restringe exclusivamente á la materialidad de la acción humana, resulta el verdadero delito de hecho transitorio, el cual en todo rigor sólo la constituye una pasajera y humana acción.

Otros criminalistas, tratando del mismo asunto, nos hablan del delito material, diciendo que “es aquel que no se consuma si no se ha logrado el daño efectivo del derecho concreto;” llamado formal, “al que se consuma, aunque sea sin el daño efectivo del derecho concreto.” Hacen notar también para uno y otro caso, que ni todo delito de hecho formal es de hecho permanente, teniendo cada cual el valor propio que lo distingue.

Decíamos antes, que es muy fácil confundir la prueba material del delito con su propio cuerpo, lo que nos obliga á decir que todo lo que como causa ó como efecto, no está ligado inmediatamente con la consumación del hecho criminoso, constituye la prueba material; casi muy distinta á aquello que representa la manifestación material y aparición física del delito.

Se nos presenta otra cuestión y es la relativa á la causa del hecho delictuoso, debiéndose decir que cuando de ella se habla, no es la moral que está en el individuo, sino lo que se llama medio, en cuanto sirve á la finalidad de la intención delictuosa, al decirse, pues, medio ó efecto del delito, es que se quiere que se entienda por causa material y efecto del mismo.

Los autores modernos distinguen con los nombres de evento material, huellas eventuales y hechos materiales permanentes que constituyen la prosecución del evento criminoso, de las otras especies del cuerpo del delito. Lo primero lo explican por lo material permanente y natural producido por el mismo delito, es decir, lo que forma parte de la esencia del hecho criminoso mismo; de modo, que, faltando estas condiciones no puede haber infracción de la ley, ó si la hay, no es en toda su específica gravedad. Las huellas eventuales, como es fácil comprender, no constituyen el elemento criminoso, son la consecuencia inmediata del delito consumado y la última especie en que se mantienen vivos los objetos del delito ya perpetrado; prosiguiendo, aunque sea de un modo negativo, la acción sobre la cosa ó la per-

sona que haya sido el objeto pasivo de la consumación delictuosa. Los autores á que nos referimos comprenden en esta especie de cuerpo del delito el llamado continuo, designando otros con la denominación de medio, todo lo consistente en lo material criminoso que inmediata y efectivamente sirve para la consumación del hecho delictuoso.

Lo expuesto basta para dar, aunque sea una idea, de toda la importancia que en sí tiene el que se defina y quede bien comprobado el cuerpo del delito, para que con toda justificación se pueda dictar el auto de prisión formal ó preventiva.

El segundo requisito para el mismo fin, es de que al procesado se le tome su declaración preparatoria, imponiéndosele de la causa de su prisión y de quién es su acusador, si lo hubiere. La Ley Procesal, sobre el particular, previene que “el interrogatorio comience por las generales del inculpado, en las que se harán constar también los apodos que tuviere; después se le impondrá el motivo de su detención, leyéndose la querella, si la hubiere; se le hará saber el nombre del acusador, cuando lo haya, y se le interrogará sobre los hechos que se le imputan y sobre el conocimiento que tuviere del delito, y en el caso que niegue su participación en él, sobre el lugar en, que se encontraba, el día y la hora en que aquél se consumó y personas que lo hayan visto allí; sobre el conocimiento que puede tener sobre los demás individuos, de quienes se sospeche tengan alguna responsabilidad, y sobre la .última vez que los hubiera ,visto; interrogándosele, además sobre aquellos hechos y pormenores que se crea pueden servir para el esclarecimiento completo de la verdad.”

El Dr. Gross, en su “Manual del Juez,” dice: “Aunque á la manera de tomar las declaraciones, el Juez debe señirse exclusivamente á las prescripciones de la ley; pero como ésta sólo establece preceptos generales, es necesario que aquél interprete convenientemente su sentido y lo amplifique cuando sea necesario. Para llenar cumplidamente esta misión, se requiere gran suma de inteligencia; vastos conocimientos y ese sentido práctico necesario para salvar los obstáculos, que la realidad nos ofrece.

“El tacto es condición tan indispensable en el Juez, que de no tener esta cualidad innata, aunque reuniera las demás que pueden exigírsele, nunca podrá llenar cumplidamente su misión, no obteniendo resultado de las declaraciones... La inducción y generalización que son fáciles al funcionario judicial dotado de inapreciable cualidad del tacto, se hacen imposibles para el que carece de ella, no pudiendo, por tanto, dar un sólo paso acertado en la dirección del proceso.”

Si á lo expuesto agregamos en el juez la carencia de una buena orientación, el conocimiento de los hombres, la falta de educación, habilidad, perspicacia y conocimiento jurídicos extensos, no solamente en el orden penal, sino también en el civil, ya se comprenderá toda la gravedad que para el reo puede tener el que en estas condiciones se le tome su declaración preparatoria ó se le sujete á cualquier otro interrogatorio. Es sensible que se puedan citar numerosos ejemplos de inexperiencia y abandono de la actividad en el ejercicio de las funciones judiciales ó de manifiestos deseos de que el inculpado resulte condenado á todo trance. No es extraño ver cómo en esa lucha moral que entabla el juez con el delincuente, aquél se vale de cuantos medios tiene á su alcance para arrancar al segundo la confesión de su delito, empleando para este efecto los más raros argumentos ó deduciendo de los hechos declarados, las consecuencias más ilógicas, al grado de que los jurados, no ha mucho tiempo, con mejor criterio preferían dictar un veredicto absoluto, antes que hacerse, por uno condenatorio, cómplice de tamaños escándalos.

En el art. 6º de la Adición y Enmiendas á la Constitución de los Estados Unidos, se dice en lo relativo á las garantías del acusado: "...también se le informará de la naturaleza y causa de la acusación," de modo que sólo se le hace saber los cargos que le resultan, preguntándosele si quiere ó no contestarlos. El objeto de esta práctica es el de evitar el que se obligue al acusado á declarar sobre hechos propios, razón por la que también se prescribe que "no podrá obligársele a declarar contra sí mismo en una causa criminal."

Estos mismos principios han sido consagrados en nuestras leyes, no permitiendo aun declarar, sin su consentimiento, á los que con el reo están ligados con algún vínculo de parentesco, en la línea que marca la ley. No se necesita demostrar que esta práctica no sólo es conveniente, sino que también implica el reconocimiento de la ley moral y el ejercicio del derecho de defensa personal que le corresponda á todo inculpado. Si, pues, confesar espontáneamente el delito con todas sus circunstancias sirve para atenuar en su caso el rigor de la pena, y si, por el contrario es un agravante faltar á ella, declarando circunstancias ó hechos falsos, á fin de engañar a la justicia y hacer difícil la averiguación, se debe entender que esto no es lo mismo que hacer que el reo declare contra sí mismo.

El último requisito exigido por la ley para poderse decretar el auto de prisión formal, es el de que existan datos suficientes, á juicio del juez, para suponer al acusado responsable del hecho delictuoso. No porque esta disposición queda al arbitrio del juez aplicarla —según su criterio— deba entenderse que no tiene límites ni reglas á que

sujetarse; debiéndolas tener muy presentes, precisamente en los momentos de decretar el auto de formal prisión; pues, aunque en estos momentos no siempre se encuentran pruebas directas y reales de la responsabilidad, sí necesariamente para dictar el indicado auto se deben tener, por lo menos, presunciones ó indicios que, si en último extremo no son bastantes para fundar una condena, sí ayudan de mucho para la instrucción; á efecto de que no por la falta de una prueba completa, imposible de recoger durante el angustioso término de la detención, el reo lograra su impunidad. Para evitar estos males, la ley deja que el juez se aproveche de cualquiera luz, que por vaga ó poco extensa que sea, siempre guiará al espíritu, en su marcha de lo conocido á lo desconocido. Entendemos, por lo visto, que el juicio á que se refiere la ley, es aquél que está normalizado por la razón, sirviendo de instrumento el raciocinio á la reflexión, basado en la experiencia externa del mundo físico y en la interna del mundo moral de la conciencia.

Como en muchos casos la responsabilidad se presenta demasiado obscura, haciéndose difícil averiguarla, no siendo dable que en el término constitucional se encuentre ese enlace ideológico entre la verdad conocida y la que se busca; tal es la causa por la que basta para dictar el auto de referencia con un simple indicio con tal de que sea verosímil, y aun con el simple conocimiento moral que se tenga del individuo, no obstante lo incierto y equívoco de esos elementos probatorios.

Definidos los requisitos exigidos por la ley para poderse decretar el auto de prisión formal, no nos detendremos mucho para demostrar que tales atribuciones corresponden á los funcionarios del orden judicial, según sus respectivas competencias y jurisdicciones. En efecto, estando éstas basadas, no sólo en la ley, sino también en la teoría de la división de los poderes públicos, es claro que al judicial, correspondiéndole perseguir y castigar los delitos, es también á quien corresponde por medio de los jueces respectivos, decretar la prisión de referencia, en la forma y con los requisitos que tenemos indicados.

No conociendo, en tal virtud; las autoridades administrativas de sino únicamente las faltas, es claro que no les corresponde dictar ningún auto de prisión formal, ni aun cuando procedan, con el carácter de miembros de la policía judicial. No ha mucho para los mismos funcionarios judiciales del orden civil, estaban vigentes las siguientes disposiciones del código del ramo: "Art. 388.— Cuando durante un juicio civil aparezca un incidente criminal, el juez de los autos remitirá al del ramo penal las constancias necesarias, originales ó en copia certificada, para que éste proceda conforme a sus atribuciones"...

Art. 389: “Cuando el juez del ramo civil, en los casos del artículo anterior estimare que podrá perjudicarse la administración de justicia por no comenzarse desde luego la averiguación, deberá practicar las diligencias más urgentes y aún mandar aprehender al inculpado, pero en ningún caso podrá tomarle su declaración indagatoria ni dictar el auto motivado de prisión.” Por último, en el art. 232 se previene que, “sólo pueden decretar la prisión preventiva, los jueces del ramo penal, el que funcione como juez instructor en los jurados de responsabilidad y los menores y de paz, en su caso.” Es decir, hablando de estos últimos, debe entenderse que la ley se refiere á los foráneos del Distrito Federal que tienen jurisdicción mixta, aunque limitada.

Últimamente en la ley de Organización Judicial de 9 de Septiembre de 1903, se dice en el art. 39: “Los jueces de lo civil de México, conocerán en el Partido Judicial del mismo nombre... frac. III: De los incidentes criminales que surjan en los asuntos civiles de que estén conociendo, siempre que aquellos tengan necesaria y exacta conexión con éstos y la pena no exceda de dos años de prisión.—IV. De los demás asuntos que determinen las leyes.—En los incidentes de que trata la frac. III de este artículo, los jueces de lo civil tendrán las facultades que la ley da á los jueces de instrucción, y observarán los procedimientos que para estos funcionarios determina la misma.”

Siguiendo nuestro estudio en lo relativo al auto de prisión formal, piensan algunos que, no existiendo en muchos casos una prueba completa y bastante de la responsabilidad de alguien, y presumiéndose por la ley que es inocente mientras no se prueba lo contrario, sujetarlo á prisión en esas condiciones importa una irreparable violación de la libertad, que se acentúa más, cuando en el curso del proceso, el representante de la sociedad, por falta de elementos probatorios, no ejercita su acción, declara que no existe, que se ha extinguido, ó en fin, cuando se llega á descubrir que es otra la persona responsable del delito. Por estos motivos opinan que para evitar esos males, se debe esperar hasta la sentencia para proceder con toda justicia al aprisionamiento; reforzando sus argumentos con el hecho de ser cierto, por mucho que sea alarmante, el sinnúmero de tardías sentencias absolutorias.

El sistema, por lo mismo, que proponen, según los principios del derecho individual, es el más apropiado para que las garantías del hombre no sufran violencia ninguna. No cabe duda, por lo tanto, que tal sistema sería el mejor siempre que los ciudadanos hubiesen llegado á ese alto grado de perfectibilidad, para que de una manera voluntaria acatasen los preceptos de la ley, inspirándose siempre en el sentimiento de que todo mal causado exige una reparación. Desgra-

ciadamente, y por lo visto especialmente en los delitos que revisten alguna gravedad, la experiencia acredita que muy lejos de expeditarse la acción de la justicia, lo común sea que los delincuentes se substraigan á ella para desviarla después de su objeto todo le que les es posible.

Los partidarios del orden social, por su parte, no obstante que comprenden los inconvenientes y dificultades con que tropieza la libertad individual, frente á la prisión preventiva, dicen, para defender la conveniencia de ésta, que los acusados, no restringiéndoles su libertad, buscarán la impunidad en la fuga ó pondrán todo género de obstáculos para entorpecer la instrucción, haciéndola difícil y hasta ineficaz; no siendo pocos los casos en que la sociedad resulte vencida y el criminal victorioso.

Examinadas con detención una y otra de las teorías antes citadas, hay que convenir que ambas tienen sus defectos; pero, en la necesidad de optar por alguna, aceptamos la de los partidarios del orden social, por ser indiscutible que, entre dos males, se debe preferir el menor. Así, pues, tratándose por una parte de los derechos de la sociedad, y por la otra de los del individuo, es claro que éstos deben ceder: ante aquéllos, por mucho que importen algún sacrificio.

Las legislaciones modernas, conciliando los efectos de ambos sistemas para que no sufra el orden social, ni tampoco se lastimen los derechos del individuo, con la restricción de su libertad, tienen introducida en las leyes de procedimientos el sistema de las fianzas y cauciones para los procesados, garantizando su libertad provisional, hasta entretanto se declara su inocencia ó culpabilidad.

Decíamos antes, que el auto de prisión formal es la confirmación del de detención; de modo que al no decretarse en el término constitucional; tal acto se convierte en un delito contra las garantías individuales. En tal virtud se dice en el artículo constitucional: “El solo lapso de este término [72 horas], constituye responsable á la autoridad que la ordena ó consiente, y á los agentes, ministros, alcaldes ó carceleros que la ejecuten.” Esta disposición, igualmente está sancionada en el cap. 6º, tít. X, lib. III del Código Penal. Debemos hacer constar que el término de las 72 horas á que nos hemos referido, se cuenta de momento á momento; desde que el detenido está a disposición de su juez.

Por su importancia, y por tener relación con el asunto que nos ocupa, mencionaremos algunos hechos que hemos presenciado en la práctica; tales son: en un proceso no se dictó el auto de prisión formal, no obstante que en el término constitucional se hicieron las notificaciones respectivas, como si ese acto hubiese tenido lugar. Consulte nues-

tra opinión por aquel entonces, sobre si esa omisión importaba una violación de la garantía constitucional, desde luego opinamos por la afirmativa, dando por razón, que malamente podía ser motivado y fundado el auto de referencia cuando no tenía existencia, supuesto que no se había dictado, tanto más, cuanto que el verbo dictar debe entenderse en su sentido estricto, es decir: “ir diciendo á otro lo que ha de escribir; pronunciar poco á poco las palabras para que alguno tenga tiempo de escribirlas. Inspirar, sugerir, ordenar, mandar, disponer, aconsejar, advertir, amonestar, enseñar, prevenir ó avisar, según el caso, etc.,” requisitos todos que no se cumplieron en el hecho á que nos referimos, el cual nos lleva á otras consideraciones. ¿Qué sucede, por el contrario, cuando el auto de prisión formal se ha dictado, pero en cambio no se notifica? Es evidente que en este caso la falta de notificación equivale á que el auto no se hubiese dictado, incurriéndose en las mismas responsabilidades á que antes nos referíamos. Se puede objetar, que comprobado el cuerpo del delito, y aun la responsabilidad del procesado, sería escandaloso que sólo por la falta de notificación y por la obligación en que están las autoridades para poner en libertad en estas condiciones al reo, el delito quedara impune. Igualmente se puede decir, que no habiendo sido el reo juzgado ni sentenciado y habiéndosele puesto en libertad por el motivo expresado, se le debe aprehender de nuevo a efecto de continuar la averiguación. Nosotros pensamos que ese procedimiento sería absurdo, haciéndose ilusoria la garantía constitucional, la que precisamente exige que al expirar las 72 horas se dicte el auto en que se prolonga la detención. No faltan algunos también que piensen que dictado el auto de formal prisión, por un delito determinado, precisamente fundado en él, se debe ejercitar la acción pública. Se da por razón para tan extraño argumento, que de no ser así, el reo quedará sin defensa; una vez, que no habiendo rendido sus pruebas, la acusación se puede formular libremente con perjuicio del mismo. Diremos en contestación, que aparte de que el auto de prisión formal no causa estado, teniendo por objeto únicamente el aseguramiento del reo para el éxito de la instrucción, y no siendo ésta secreta, desde el nombramiento de defensor, éste, como el mismo reo, se pueden ir enterando de los delitos que se vayan averiguando, preparando al mismo tiempo sus descargos y defensas. También se ha pretendido, que en el curso de la instrucción, se dicten tantos autos de prisión formal, cuantos son los delitos que se persiguen. Estas pretensiones embarazosas de por sí, pecan por innecesarias, supuesto que como tenemos dicho, la restricción de la libertad en estas condiciones, sólo es una medida provisional ó un medio auxiliador para el esclarecimiento de la verdad. Por último, se

dice, que al no dictarse tantos autos cuantos son los delitos que se presumen cometidos, importa el que no se pueda recurrir contra aquellos que no se consienten. Este argumento, como los otros, no descansa en nada sólido, pues si un delito por sí sólo basta para restringir la libertad, y si en la sentencia se condena por uno no cometido ó en el que no hay prueba de su perpetración, y por último, si contra estos fallos se puede recurrir ante los tribunales superiores, no hay razón para que tenga fundamento el argumento que de contrario se aduce.

\*  
\* \*

En la parte final del artículo constitucional, se agrega que “todo mal tratamiento en la aprehensión ó en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela ó contribución en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades.”

En las instituciones romanas vigentes por el año 465-289, se puede ver que entre las facultades concedidas á los cónsules, se contaba la de nombrar á los triunviros capitales *tres veri capitales*, los que tenían á su cargo la inspección de las prisiones públicas, siendo más tarde elegidos los mismos por el pueblo como magistrados menores. En el año 320, Constantino I, prescribió por primera vez, que se tratase humanamente á los presos, refiriéndose esta disposición, en primer término, á los procesados que estaban en prisión provisional y separados por lo mismo de aquéllos reclusos que ya estuviesen sufriendo una verdadera pena. En esta época también es cuando se estableció la separación de sexos, el encadenamiento sin torturas innecesarias; la facultad, hasta cierto punto, de moverse en la cárcel externa y el pago por el Erario del coste de sostenimiento de los presos notablemente pobres. El historiador Mommsen, escribiendo sobre el particular, dice: “Difícilmente fue más lejos la legislación, pues aun las disposiciones mencionadas, es seguro que sólo se aplicaron de un modo incompleto. Regularmente, aun en el caso de estar mandado hacer uso de las ligaduras, se desataban éstas durante el proceso, pero acontecía a veces lo contrario.”

Sin hablar del sistema carcelario de la Época Feudal, supuesto que con tantos horrores nos lo pinta la Historia, veamos cuál era el que regía en, la legislación española; si debiendo decir, que durante la anarquía feudal, del pueblo ibérico, según las leyes XV, tit. 29, part. 7ª y I, III, tit. 35, lib. V de la Novísima Recopilación, se castigaba con la pena de muerte al particular que por su propia autoridad hiciere cárcel, cepo ó cadena, reputándose esos hechos como delitos de lesa

magestad. En la ley IV, tit. 29, part. 7<sup>a</sup>, se previno cómo debían ser tratados los individuos que fueran conducidos á la cárcel, prohibiéndose que se les insultase ó sufriesen violencia, excusándolos en lo posible de cualquiera afrenta. En general, se puede decir, que las leyes posteriores á las citadas, tendieron al mismo fin de que los presos fuesen tratados con toda humanidad; estableciéndose el principio de que las cárceles se establecen para guardar á los presos, y no para castigarlos.

Desde muy lejanos tiempos, pues, el legislador fijó su atención en la conveniencia de que los presos estuviesen separados según su sexo, educación, y condiciones sociales, á efecto de que no fuesen atormentados por otros, ni se infeccionasen con la presencia y con los hábitos de los más degradados y perversos; señalándose igualmente, local especial para los menores de edad, por ser éstos, susceptibles de volver al buen camino de la virtud y el bien. Desgraciadamente, muchas de estas disposiciones no se hicieron efectivas en la práctica, resultando que las cárceles, muy lejos de llenar su objeto, en la mayoría de casos no servían más que para corromper al individuo, entorpecerle y enervarle sus facultades á fuerza de no usarlas; ó alimentándole un odio á la sociedad para lanzarse de nuevo en la senda del crimen, por tener pervertidos todos sus sentimientos.

En otras ocasiones se hacían sufrir mil penas desconocidas, haciendo difícil ó imposible el arrepentimiento, dando lugar á todas las perversiones para no ver en la justicia sino una enemiga de sus pasiones provocadas de instante en instante, por las agresiones brutales de carceleros sin corazón y sin conciencia.

Por orden de 24 de Abril de 1823, se mandó que fuesen demolidos los calabozos angostos, dándoles las comodidades y limpieza convenientes para que los presos no sufriesen en su salud. Posteriormente, en la ley de 27 de Enero de 1840, y las Bases de organización política de 12 de Junio de 1843, respectivamente, se mandó que las cárceles fuesen reformadas, debiendo tener los departamentos necesarios para los detenidos, presos, incommunicados y sentenciados, lo mismo que para aquéllos que teniendo un arte ú oficio pudiesen ejercerlo, atendiendo así á su subsistencia. Estas reformas parecían que debieran haber hecho que las cárceles sólo fuesen lugares de seguridad y no de tormento; sin embargo, poco se había adelantado, supuesto que no faltaron medios para que los reos sufriesen todo género de molestias, principalmente cuando se trataba de arrancarles la confesión de su delito, no obstante ser ésta nula desde que se dictaron las leyes del título 30 de la partida 7<sup>a</sup>. Se puede afirmar, que ni aun vigente el precepto constitucional, se corrigieron prontamente los

innumerables abusos de los que miraban á los reos como seres indignos de alguna consideración. Ha sido necesario emplear un trabajo civilizador, ayudado por el tiempo, para que al criminal no se le vea ya como si fuera un animal dañino despojado de su personalidad; considerándolo al presente el derecho moderno como un ser que aunque caído y mereciendo castigo, siempre es un hombre, que no por el delito pierde su carácter de tal.

La experiencia acredita que las molestias y los malos tratamientos en las prisiones, sublevan el ánimo de los presos y los irritan, siendo la consecuencia que, muy lejos de regenerarse con el castigo, se sienten predispuestos para la reincidencia ó para cometer crímenes más graves; observándose, por el contrario, cuando se cumple con el precepto constitucional, que se despiertan en ellos los buenos sentimientos. Se puede decir, pues, que aunque es legítimo el horror que se siente por el delito cometido, esto no autoriza para desconocer la dignidad de la naturaleza humana, supuesto que, aunque esté degradada por el crimen, no por tal motivo, el hombre deja de formar parte de la humanidad. Además, es indiscutible que los malos tratamientos acaban por endurecer los corazones, perdiendo la pena su eficacia: tal es la razón por la que, obedeciendo el legislador á la conciencia pública y teniendo en cuenta la de los mismos reos, rechazan toda idea y sentimiento que pudieran hacer que no se les viese como personas; pensándose muy acertadamente cuando se afirma que, si el delito modifica la naturaleza de los reos, en ningún concepto se la suprime.

Pasando á otras consideraciones, diremos que en la parte final del art. 233 del Código de Procedimientos Penales, se previene que, “tan luego como sea dictado el auto de prisión preventiva contra alguna persona, se procederá para asegurar su identidad á retratarlo y a tomar sus medidas antropométricas conforme al procedimiento de Bertilón, cuando quede establecido este servicio;” haciéndose lo mismo, conforme al art. 453, para otorgarse á algún procesado su libertad caución. Establecido ya el sistema mencionado, se ha discutido si él importa una molestia sin motivo legal, y, sobre todo, inferida antes de que haya recaído una sentencia condenatoria, y cuando aún se presume que el acusado es inocente. Para dar contestación a la observación que nos hacemos, hay que recordar que el sistema que nos ocupa, fue organizado en la Prefectura de París para demostrar la identidad de los detenidos que usan nombres supuestos. Pensamos, por lo tanto, pero siempre dejando á salvo mejores juicios, que si el presunto culpable esta completamente identificado, no hay razón para que se le sujete á un procedimiento, que hemos podido observar, hiere más

que una dilatada prisión. En otro sentido: no encontramos razón fundada ninguna para que se proceda á tomarles sus medidas á los detenidos, cuando aún no se sabe si son culpables. Si esto, pues, se tiene que resolver en la sentencia y el reo ha resultado identificado por otros medios, siempre veremos el sistema como una molestia inferida en momento que no son estrictamente necesarios y en muchos casos contra personas que pueden resultar inocentes.

Para terminar el asunto que nos ocupa, agregaremos, que según el artículo constitucional, “toda gabela ó contribución en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades.” No se ha descuidado el cumplimiento de tan importante disposición, teniendo especial empeño las autoridades gubernativas y las juntas de vigilancias de cárceles, para poner límites á los abusos que antes en ellas se cometían. No faltan tampoco leyes y reglamentos para prevenir los males posibles. Desgraciadamente, aunque se ha llegado á conseguir que en las prisiones no se cobren contribuciones, no se han podido extirpar por completo otros tráfico escandalosos de los que son víctimas muchos de los detenidos ó sentenciados, prefiriendo sufrir mejor en su patrimonio, antes que malquistarse con los *presidentes* ó carceleros de los distintos departamentos. Así se explica que muchos de ellos, después de una condena más ó menos larga, ó de permanecer en un puesto de esta naturaleza, obtienen un patrimonio producto de una explotación viciosa ó criminal. Fatalmente estos males no siempre se pueden corregir, porque los mismos presos, por las mismas franquicias que reciben, son los primeros en encubrirlos, mientras que otros por temor de empeorar su situación, no se atreven a denunciarlos. Sin embargo, mucho se ha adelantado en los sistemas carcelarios con el nombramiento de directores probos y honrados, y más se adelantará cuando por ningún motivo sean seducidos por el interés, las influencias y otras tantas causas con las cuales pueden ser halagados.