

29  
UNIVERSIDAD MAYOR DE LA REPÚBLICA

---

# SEGURIDAD PERSONAL

—\*—\*—\*—\*—

## TÉSIS

Presentada á la Facultad de Derecho y  
Ciencias Sociales

POR

CIRINO ALVES (HIJO)

PARA OPTAR AL GRADO DE

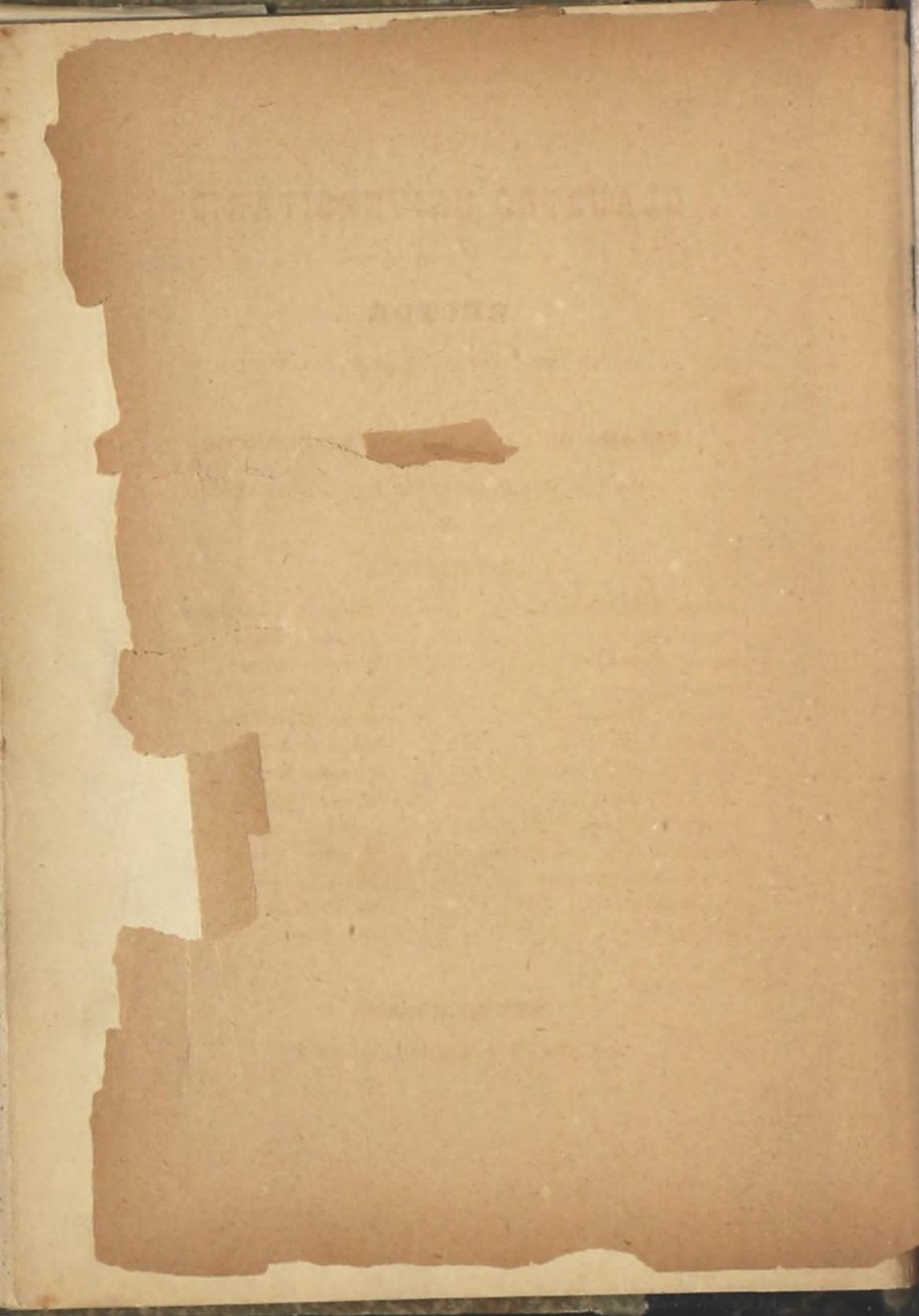
DOCTOR EN JURISPRUDENCIA



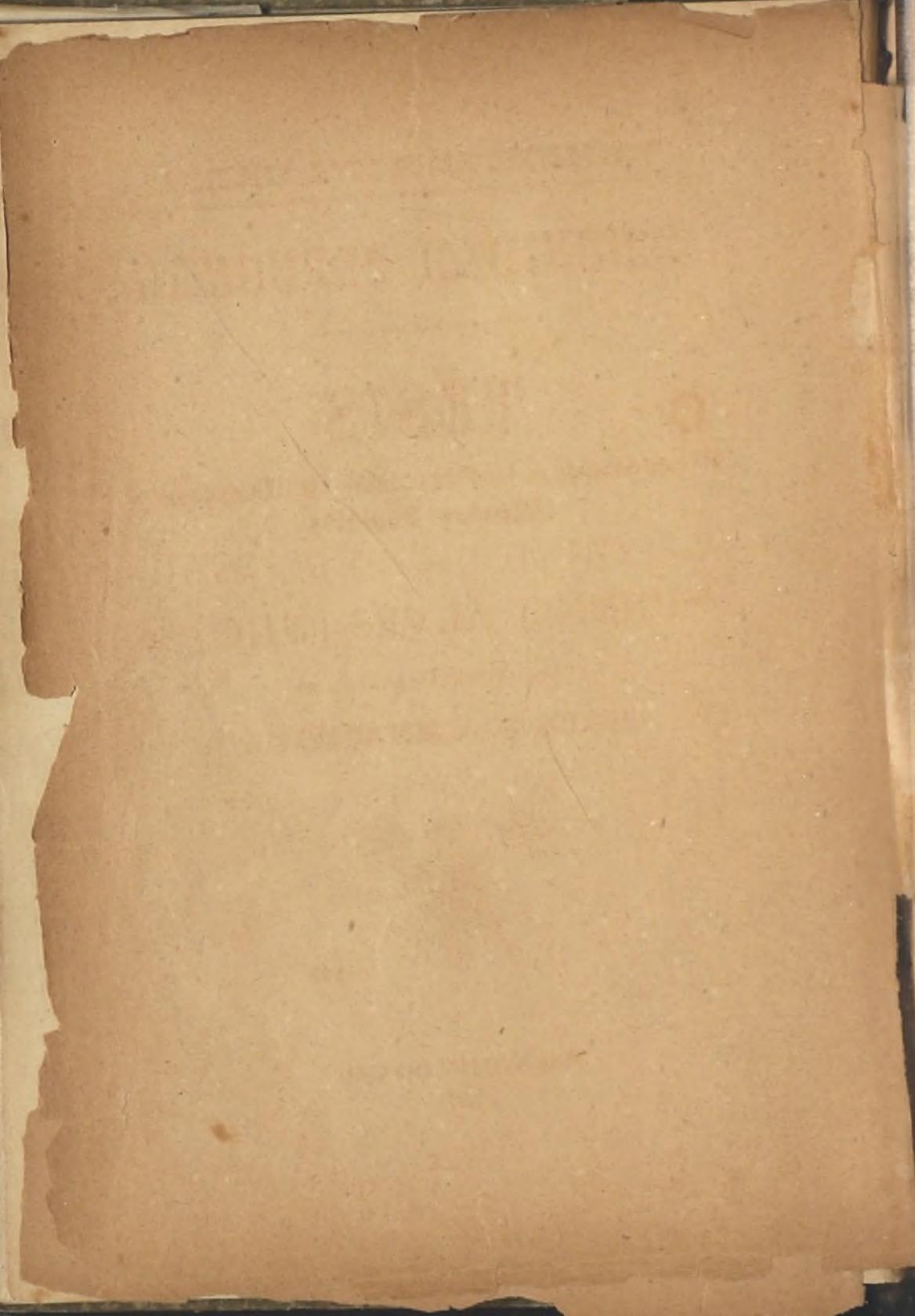
2

MONTEVIDEO

1887



SEGURIDAD PERSONAL



# CLAUSTRO UNIVERSITARIO

---

## RECTOR

DOCTOR DON ALFREDO VÁZQUEZ ACEVEDO

---

## DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO

DOCTOR DON MARCELINO IZCUA BARBAT

---

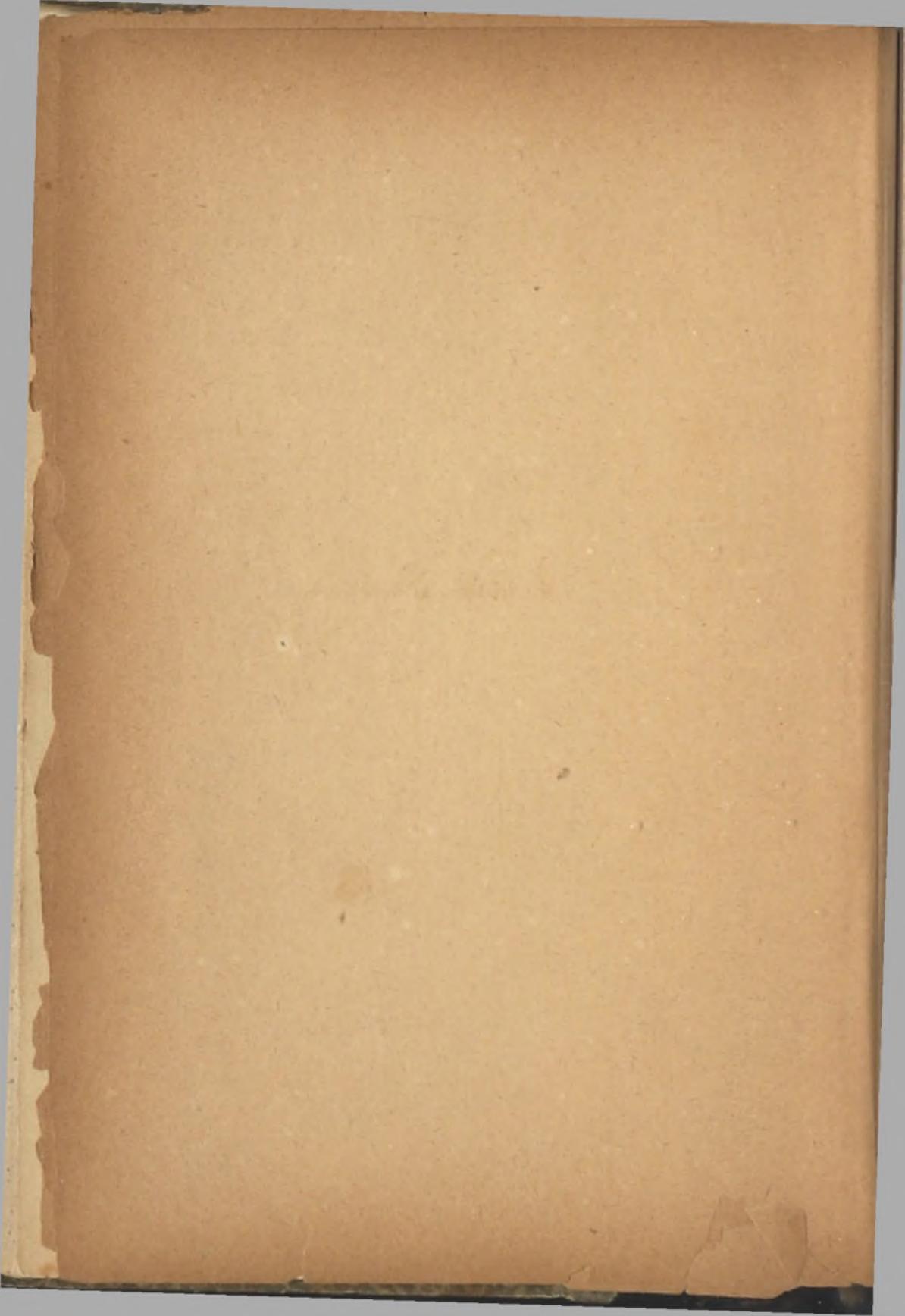
## CATEDRÁTICOS

<i>Derecho Constitucional</i> .....	Dr. D. Justino J. de Aréchaga.
<i>Derecho Civil</i> .....	" " Agustín Cardoso.
<i>Derecho Comercial</i> .....	" " Eduardo Vargas.
<i>Derecho Romano</i> .....	" " Luis Piñeyro del Campo.
<i>Economía Política</i> .....	" " Carlos M. de Pena.
<i>Derecho Penal</i> .....	" " Martín C. Martínez.
<i>Procedimientos Judiciales</i> .....	" " Marcelino Izcua Barbat.
<i>Práctica Forense</i> .....	" " Alfredo Vázquez Acevedo.
<i>Derecho Internacional Público</i> ....	" " Federico Acosta y Lara.
<i>Derecho Internacional Privado</i> ...	" " Marcelino Izcua Barbat.
<i>Derecho Administrativo</i> .....	" " Carlos M. de Pena.
<i>Derecho Natural</i> .....	" " Federico Acosta y Lara.
<i>Medicina Legal</i> .....	" " Elías Regules.

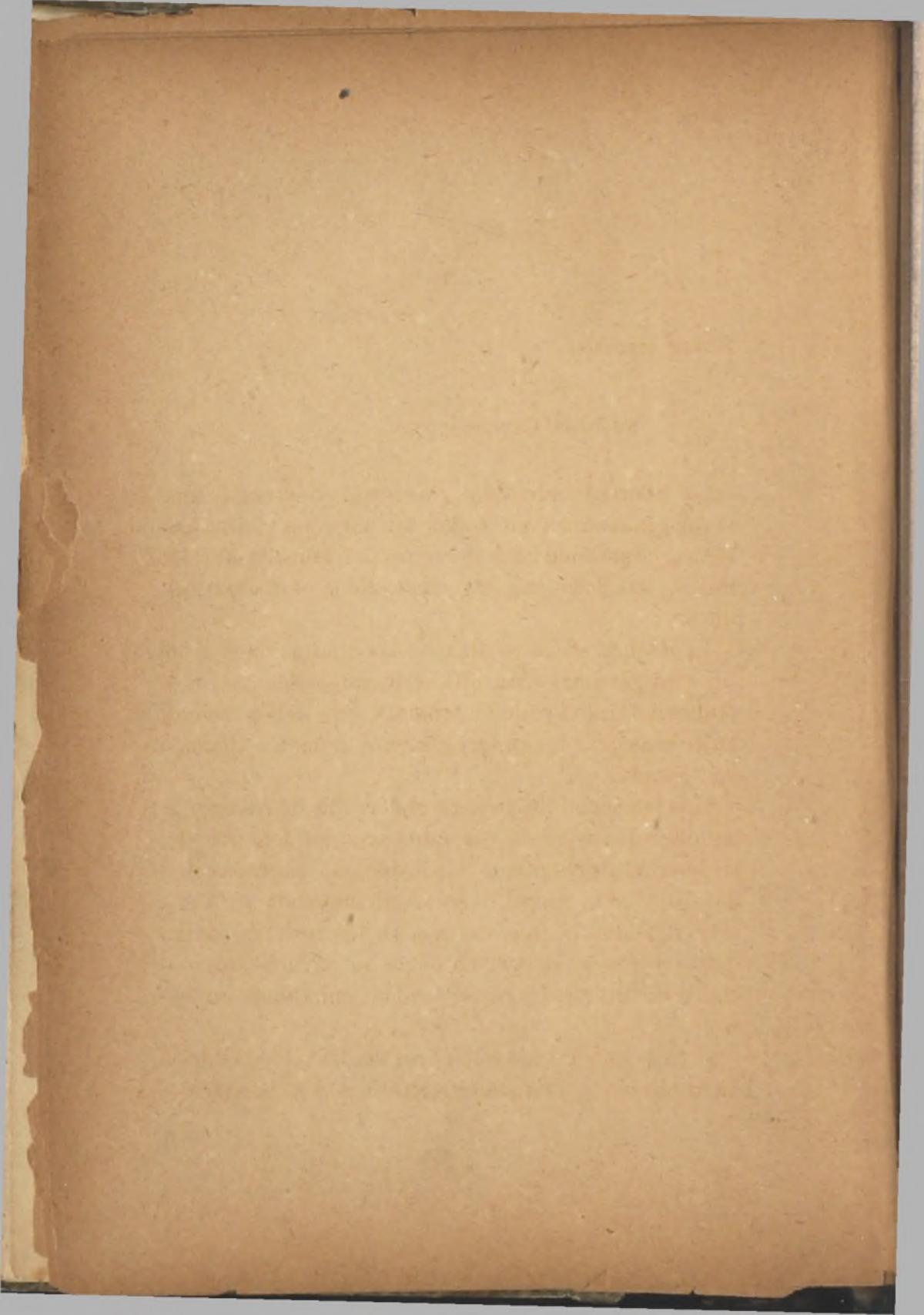
---

## SECRETARIO

DOCTOR DON ENRIQUE AZAROLA



*A mis Padres*



SEÑOR RECTOR:

SEÑORES CATEDRÁTICOS:

La libertad individual reconocida hoy como una verdad inconcusa por todas las naciones civilizadas tiene, como todos los derechos del hombre, sus límites, sus barreras, las cuales no le es dado franquear.

La justicia social es una de las limitaciones á la libertad personal y sin ella sería imposible la existencia del orden y de la armonía que deben reinar entre esas grandes congregaciones humanas llamadas Estados.

Si la sociedad no tuviera el derecho de castigar á aquellos de sus miembros que hacen un mal uso de su libertad infringiendo las leyes mas sagradas del decoro y de la moral, si se viera impedida para tomar medidas coercitivas contra los que traspasan las barreras del deber, entónces la agrupación social sería un mito y la seguridad individual imposible.

Si cada uno de los miembros de la sociedad pudiera obrar de una manera absoluta, sin limitacio-

nes de ninguna especie, si la libertad, como hemos dicho, no tuviera sus barreras, las garantías personales no existirían y bien pronto la más desastrosa anarquía habría invadido á la sociedad humana y el vicio reemplazando á la virtud, quedaría imperante, abrogándose el régimen de todas las instituciones.

Es indudable que existe una relación entre los derechos y deberes del individuo y los derechos y deberes de la colectividad: si restricciones y límites tiene el uno, restricciones y límites tiene la otra, de manera que la armonía de estos derechos es uno de los fines que debemos perseguir tratando de demarcar en lo posible las fronteras de unos y otras.

Trabajo es este que ha ocupado y ocupa todavía la atención de los grandes publicistas y que es objeto de detenido estudio dada la imposibilidad de determinar exactamente las atribuciones de cada uno de ellos.

Es verdaderamente difícil poder señalar el límite de ambos derechos, saber hasta qué punto la sociedad está autorizada para coartar la libertad personal; por eso es que se observan como veremos más adelante, algunas diferencias al respecto en las distintas legislaciones.

Lo que está fuera de toda duda es que la sociedad debe tomar medidas preventivas y vigilar continuamente, para que nadie infrinja las leyes de la moral y para que no se viole el orden público.

Tratarémos nosotros de determinar en lo posible

esas medidas que se deben observar para los que han hecho caso omiso de sus deberes faltando á las prescripciones establecidas por la ley, bien entendido que no entraremos á considerar sobre las penas impuestas á aquellos que se han hecho reos de un crimen y que han sido ya definitivamente juzgados. —Aquí solo trataremos de las medidas preventivas que se deben adoptar ante un hecho en que la justicia debe tomar parte y del cual no tiene completo conocimiento y donde no existe todavía un delincuente legal.

Si la sociedad no tuviera ese derecho de tomar medidas preventivas ante la perpetración de un crimen cualquiera, si ella no pudiera citar á sus presuntos autores para interrogarles sobre el hecho y aún ponerlos bajo segura custodia hasta el esclarecimiento del mismo, la administración de la justicia penal sería á todas luces imposible, pues entónces el individuo sobre quien estuviera por recaer una sentencia, trataría de librarse de ella huyendo inmediatamente al extranjero.

En la antigüedad eran innecesarias estas medidas por la organización de la justicia, muy distinta en aquellos tiempos á la que observa hoy dia, pero que se adaptaba perfectamente al estado de aquella sociedad.—En efecto; si el delincuente era esclavo cada uno tenía el derecho de ejecutar la sentencia en virtud de las omnímodas atribuciones del *pater familias* y si por el contrario hombre libre, la accion

de la justicia estaba garantida, por la razón de que el delincuente no podía salir del territorio, pues demasiado le constaba que haciéndolo se imponía voluntariamente el mayor de los castigos; la pena capital, como llamaban los jurisconsultos romanos al destierro.

Sabido es que en la antigüedad el extranjero era considerado como un enemigo y tratado como tal. «El desterrado, dice Jenofonte, pierde hogar, libertad, patria, mujer é hijos, y cuando muere, no tiene ni el derecho de enterrarse en el sepulcro de la familia, porque es un extranjero.» (1)

Con semejante estado de cosas es evidente que si no en todo, en la mayoría de los casos no convenía en manera alguna eludir por el destierro la acción de la justicia; pero hoy que la civilización ha introducido una reforma profunda dulcificando las costumbres y que el extranjero es mirado como un amigo, casi como un hermano, hoy que los medios rapidísimos de comunicación permiten trasponer una gran distancia en el espacio de breves horas, la fuga es la impunidad para el criminal.

Se dirá, empero, que si las relaciones entre los individuos son hoy más cordiales, los Estados han evolucionado en el mismo sentido, y sus relaciones son también más estrechas, extendiéndose la acción respectiva de cada uno más allá de sus fronteras,

---

(1) Amancio Alcorta. Las garantías constitucionales: páj. 40.

pudiendo por medio de los tratados de extradición, tan generalizados hoy día, recobrar á los delincuentes que han podido salir fuera de su territorio. No negamos la eficacia de la extradición; pero si se tiene en cuenta las múltiples formalidades que hay que llenar y sobre todo lo costosas que son para el erario de las naciones, débese admitir que no siempre con ella se consigne la prisión del culpado y la experiencia lo confirma plenamente.

## II

El difícil problema de la conciliación de la libertad individual con la justicia social ha sido resuelto por medio de la fórmula que establece el eminente jurisconsulto italiano Pellegrino Rossi.

Esta fórmula la determina él de este modo: *arresto fácil, detención difícil*. Entiende por arresto el acto por el cual un individuo es llevado de grado ó por fuerza ante un magistrado para dar explicaciones sobre todos los antecedentes que se relacionan con el hecho que se le imputa, y por detención, la orden que dá el juez de detener al acusado hasta terminar el procedimiento y dictar sentencia.

La primera parte de la regla de Rossi no puede dar lugar á dificultad alguna, porque si bien es cierto que la libertad individual sufre una restricción, esta es tan leve que ningun ciudadano puede

quejarse de ella. — En este caso no se hace más que conducir ante el juez, á la persona que se cree autora ó cómplice del hecho, con el único fin de hacer desaparecer las dudas que puedan haberse formado sobre su conducta, y dar las esplicaciones del caso. — Si el presunto reo es inocente, no puede negarse á ser conducido é interrogado por el juez; ántes bien es un deber hacerlo, pues todo ciudadano está en la obligación de prestarse á éstas pequeñas exigencias en holocausto del régimen social y del orden público.

La segunda parte de esta fórmula, es decir, la detención, no se halla en igual caso que la primera, pues aquí hay un verdadero ataque á la libertad individual. En este caso se encierra á un hombre en una cárcel hasta ser juzgado definitivamente, y allí queda confundido entre los demás criminales viéndose privado de sus más ineludibles derechos y de las más caras afecciones, siendo muchas veces víctima de una calumnia, ó de circunstancias desgraciadas que le han hecho aparecer como criminal.

Aquí es donde las leyes deben tratar de proteger al individuo contra los avances de los encargados de la justicia porque es aquí donde mejor se puede abusar en contra de los particulares indefensos.

La prisión preventiva solo se justifica por ser necesaria, sin ella las leyes penales no tendrían sanción, pues la fuga de los criminales las haría

ilusorias; pero si hay esa necesidad por parte de la sociedad, ésta á su vez debe garantizar al individuo.

«La detención preventiva no es un castigo; se le ha definido muy bien: una injusticia necesaria, un tributo que la comunidad paga en aquellos á quienes un error propio de la justicia humana ha hecho recaer la sospecha del delito, á fin de evitar con ese sacrificio el mal mayor que ocasionaría la impunidad de muchos delincuentes.

«Si se descompone la detención en sus diferentes elementos, es á la vez una medida de seguridad, una garantía de la ejecución de la pena y un medio de instrucción; una medida de seguridad, pues un primer crimen puede llevar á su autor á cometer otro, y en ciertos casos, sobre todo en los de infraganti delito, la presencia del agente, permaneciendo libre en el lugar del delito, causaría perturbaciones; una garantía de la ejecución del juicio, pues podría escapar por la fuga al castigo, así como á las reparaciones civiles, un medio de instrucción, porque por una parte la justicia toma una parte de sus pruebas en los interrogatorios y las confrontaciones del inculpado, y por otra parte importa no dejarle el poder de hacer desaparecer los rastros del crimen, sobornar los testigos, concertarse con sus cómplices.

«El derecho es, pues, incontestable: la sociedad sea en el interés de su seguridad, sea en el interés de su justicia, puede aplicar la detención preventi-

va: obra en virtud del principio de conservación, que es en general la ley de sus actos.» (1)

### III

Pasemos ahora á examinar los preceptos de nuestra Constitución y leyes orgánicas con respecto á la primera parte de la regla formulada por el infortunado Rossi, es decir, si el *arresto* es *fácil*.

En ese exámen encontramos en primera línea el artículo 113 de nuestra Carta política que estatuye que: «Ningun ciudadano puede ser preso sinó en infraganti delito, ó habiendo semi-plena prueba de él y por orden escrita de juez competente.»

Como se vé, en este artículo se establecen dos distintos modos de arresto.—En el de infraganti delito que ha sido definido por el Código de Instrucción Criminal en su artículo 150 y que dice:

«Hay infraganti delito:

«1.º Cuando el autor del hecho punible es visto en el momento de cometer el crimen ó delito.

«2.º Cuando inmediatamente despues de ejecutado, se designase á su autor por su nombre ó indicaciones precisas por haber huido ú ocultádose.

«3.º Cuando en seguida de ocultarse la existencia

---

(1) Amancio Alcorta, Obra citada pág. 425.

del delito, habiendo presunciones graves sobre persona determinada, se encontrara á ésta en el acto de ocultarse ó huir ó se tuviera conocimiento de su ocultación ó fuga.»

El segundo modo de arresto es en el caso de haber semi-plena prueba del delito, siendo necesario aquí, una orden escrita de juez competente.

Nuestra Constitución no indica nada con respecto á las personas que tienen la facultad de aprehender á los delincuentes; ella se limita á decir los casos en que puede tener lugar la prisión. Así es que ha sido necesaria una ley posterior que la reglamentara en esa parte.—Esto es lo que ha hecho nuestro Código de Instrucción Criminal en su artículo 380:

«En caso de infraganti delito, tienen autoridad  
«para aprehender los agentes de policía y todo habitante de la República, con obligación  
«de entregar inmediatamente la persona aprehendida al Juez más inmediato, declarando  
«bajo juramento, el suceso que dió lugar á la  
«prisión.»

No ha sido pues coartada la acción particular; y no podía ser de otra manera estando los particulares tanto ó más interesados que la misma autoridad en perseguir á los criminales. Lo que es de sentirse es que esa juiciosa disposición sea tan solo facultativa en vez de obligatoria.

Inglaterra, que no puede dejar de citarse siempre que se trate de estas cuestiones por ser la nación



más adelantada al respecto, es quién dá más latitud á la acción particular. Un inglés no puede permanecer impassible ante un crimen que se perpetúe en su presencia, él tiene el derecho y el deber á la vez bajo pena de prisión y multa, de arrestar á su autor.

Todo individuo que es testigo de una felonía (delito grave) tiene obligación de aprehender al delincuente empleando todas las medidas, hasta usar de fuerza, dar muerte á este y aún lo que es más grave violar un domicilio con efracción de puertas, si todo ello fuese necesario para evitar la fuga del delincuente.

Además por un estatuto de Cárlos II, un particular puede arrestar á otro, sin ser testigo del delito, por simples presunciones; pero en este caso sus facultades son más limitadas: no puede emplear medios violentos como cuando es testigo y está sujeto á una acción de *of trespass*, daños y perjuicios, en caso que la prisión fuera injusta.

Otro modo especial de arresto en Inglaterra y que hoy está en desuso, es el que allí se llama arresto por *hue and cry*. Luego que se tiene conocimiento de la perpetración de un crimen ó delito que ha alarmado á una población, se levanta el clamor público contra la persona sobre quién recaen las sospechas, y esta es perseguida de pueblo en pueblo, de provincia en provincia ó como se dice, *à pié y á*

*caballo* tal como si fuera una fiera y todos tienen el derecho de aprehenderlo.

Este medio de arresto que daba lugar á muchas injusticias y ocasión á venganzas, está, como ya dijimos, en desuso; ya pasó su época. (1)

Si en la república se hiciera también obligatorio el arresto por los que son testigos de un crimen ó delito, la administración de la justicia no se vería con tanta frecuencia burlada con la fuga de los criminales.

En nuestra despoblada campaña donde hay apenas ocho ó diez agentes de policía para vigilar una sección de más de cien leguas, se hace necesario que los particulares tomen una parte activa en la prisión de los delincuentes y no se crucen de brazos esperando todo de la autoridad seccional. — ¿De qué sirve tener el derecho y no hacer uso de él? ¿No vemos, por desgracia con demasiada frecuencia, cometerse crímenes en campaña, en una reunión, con muchos testigos y huir el asesino á vista y paciencia de todos? Si los particulares tuvieran la obligación de aprehenderlo si se impusiese una pena al que no cumpliera con ese deber, no solo el criminal no quedaría sin castigo sino que el número de delitos disminuiría temerosos sus autores de ser aprehen-

---

(1) Véanse: Ernesto Glasson "Histoire du Droit et des Institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre." Tomo 6, página 743 y P. Rossi, "Cours de Droit Constitutionnel." Tomo 2.º página 306.

didos inmediatamente, por aquellos que hubieran sido testigos del hecho.

#### IV

Tócanos analizar en este capítulo el segundo modo de arresto consignado en nuestra Constitución, es decir, cuando no hay infraganti delito y solo existe una semi-plena prueba de él.

En este caso la prisión no puede verificarse por los agentes del Poder Ejecutivo, Jefes políticos y comisarios, sin una orden escrita del Juez competente que lo es para el solo efecto de expedir el mandato, cualquier magistrado desde los Tenientes alcaldes inclusivos hasta los jueces superiores.

Una orden de arresto debe ir revestida de ciertas formalidades esenciales sin las que nadie está obligado á acatarla. Debe expresar con claridad contra quién va dirigida, es decir el nombre y apellido de la persona cuya prisión se ordena el delito que se le imputa y el nombre de la autoridad que expide el mandato.

Una orden en la que se omitieran estos requisitos sería un mandato general de arresto, una *letre de cachet*, condenada hoy día por la opinión unánime de los más eminentes publicistas, por ser el arma que con tanta frecuencia esgrimieron la tiranía y los gobier-

nos policiales, contra los que osaban oponerse á sus arbitrariedades.

En Inglaterra tanto los Secretarios de Estado, como los jueces de paz y los llamados jueces del banco de la reina (primeros jueces de paz del reino) pueden expedir mandato de arresto *warrants of apprehension* ó simples órdenes de comparecencia *warrant to appear*.

Todo juez del reino tiene el poder discrecional de expedir por escrito, bajo su responsabilidad, mandatos de arresto. Estos mandatos deben ser lanzados todas las veces que haya presunciones en contra de una persona de haber cometido una felonía y que esas presunciones se justifiquen por juramento de parte ó que el juez tenga contra él otras sospechas bastante fundadas. Un warrant de un juez del banco de la reina produce efecto en toda Inglaterra; pero una orden de arresto de un juez de paz de condado para ser ejecutada en otro, requiere ser endosada (*backed*) por un juez de paz de la circunscripción.

Un warrant debe además expresar el nombre del juez que lo expidió, ir provisto de su sello, indicar con precisión la persona contra quien va dirigido y el delito que se le imputa, sin cuyos requisitos esenciales, no solo nadie tiene obligación de obedecer tal orden, sino que ningun carcelero puede recibir el detenido bajo su custodia. (1)

(1) E. Fischel: Constitution d'Angleterre. Tomo 1.º página 157 y siguientes.

Las órdenes generales de arresto fueron desterradas de la legislación inglesa desde la célebre prisión de John Wilkes en 1762, que fué arrestado por un mandato de la corona, en cuyo se ordenaba la prisión «de los autores, editores, é impresores del N.º 45 del *North Briton*.» En los Estados Unidos de América fueron igualmente condenadas disponiendo la Constitución de este país que: «no podrá librarse ningun mandamiento sino sobre causa probable apoyada en juramentó ó afirmación y describiendo particularmente el lugar que debe ser registrada y las personas que deben ser embargadas.»

«Se reputa, dice Lieber, el mandamiento como un elemento tan importante de la libertad civil, que el derecho comun inglés y americano consideran que un mandamiento defectivo hecho eficaz por un empleado es una razón para reducir la muerte de ese empleado de asesinato á simple homicidio justificable.»

Con esta disposición no se desarma á la justicia sino que se la obliga á emplear medidas protectoras de la seguridad individual se, condenan las órdenes generales de arresto porque donde subsisten en vez de un gobierno de hombres libres, hay un gobierno de policía.

Por nuestras leyes la acción de los particulares es limitadísima en este caso, pues ningun miembro de la sociedad puede arrestar á otro por más vehementes que sean las presunciones que tuviera contra él;

sin embargo su acción no está totalmente limitada, pues, pueden en conformidad á lo dispuesto por el artículo 174 del Código de Instrucción Criminal denunciar el delito, siempre que este fuera de los que dan lugar á la acción pública.

Así, tomando un término medio hemos conciliado perfectamente la libertad personal con las exigencias de la justicia social. Si permitiésemos el arresto particular por simples presunciones como hemos visto que se verifica en Inglaterra, dejaríamos á los ciudadanos á merced de cuálquiera que tuviere una venganza que realizar y daría lugar á toda clase de desórdenes y luchas entre aquellos; pero prohibir del todo su intervención sería privar á la administración de justicia de un benéfico auxilio y facilitar la impunidad de muchos criminales.

V

Nuestra Constitución establece un tercer modo de arresto facultando al Presidente de la República, para aprehender á los particulares en casos muy excepcionales y cuando así lo exigiere el interés público. El artículo 83 de nuestra Carta fundamental dice así: «El Presidente de la República no podrá. . . . .  
. . . . .  
« ni privar á individuo alguno de su libertad per-

« sonal; y en el caso de exigirlo así urgentísima-  
« mente el interés público, se limitará al simple  
« arresto de la persona, con obligación de ponerla  
« en el perentorio término de veinticuatro horas á  
« disposición de su juez competente.....  
..... »

Esta facultad que la ley acuerda al Jefe del Estado, le es personalísima, nadie á no ser él puede hacer uso de ella y no á su antojo, sino en el caso pre-indicado de exigirlo *urgentísimamente* el interés público.

Además esta facultad está limitada por la obligación que se le impone de poner al prevenido dentro del *perentorio* término de veinticuatro horas á disposición de su juez competente.

En el caso que el Poder Ejecutivo abusara de su poder privando de la libertad á un ciudadano sin exigirlo el interés social, ó no sometiéndolo á juicio en el plazo y forma prescripta, daría lugar á que la Cámara de Representantes iniciara contra él el juicio político por violación de la Constitución y con arreglo á lo dispuesto por el 2.º inciso del artículo 26 de la misma; y la persona lesionada en sus derechos podría estimular á la Cámara haciendo uso del derecho de petición que tiene todo habitante de la República.

Después del breve exámen que acabamos de hacer de los diferentes modos de arresto que pueden haber en la República, podemos decir que en ella la primera

parte de la regla de Rossi, tiene la más amplia consagración y que por consiguiente la libertad personal paga justísimo tributo á las necesidades de la justicia social y á la conservación del orden público.

## VI

Hasta aquí hemos analizado la primera parte de la regla de Rossi; ahora vamos á entrar á examinar la segunda, es decir: si la *detención es difícil*. Esta parte es la más importante y la que ofrece mayores dificultades.

La Constitución trae dos artículos tendentes á dificultar el arresto y hacer la prisión preventiva lo ménos gravosa posible, dentro de los estrechos límites exigidos por la administración de justicia.

De estos artículos el uno busca garantizar la libertad personal, prescribiendo algunas reglas de procedimiento para la instrucción del sumario, y el otro adopta la fianza carcelaria como medio de evitar una prisión que dada la morosidad de todo juicio pudiera, ó ser inútil ó venir á agravar la pena de una manera excesiva.

El artículo 114 estatuye que:

«En cualquiera de los casos del artículo anterior,  
« el juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará  
« al arrestado su declaración dentro de veinticuatro  
« tro horas y dentro de cuarenta y ocho lo más, em-

« pezará el sumario examinando á los testigos á pre-  
« sencia del acusado y de su defensor, quien asistirá  
« igualmente á la declaración y confesión de su pro-  
« tegido.

Por este artículo se consignan dos especies de garantías á la libertad personal; la primera consiste en la obligación estricta que tiene el juez de tomar declaración al acusado dentro de veinticuatro horas y levantar el sumario dentro de cuarenta y ocho.

Pero estas garantías son ficticias desde que, como dice muy bien Lastarria comentando el artículo 143 de la Constitución Chilena, de que puede servir todo esto al reo si el juez es árbitro para comenzar la sumaria, continuarla ó terminarla cuando mejor le acomode segun sus ocupaciones ó segun sus caprichos? Y entre nosotros los pronósticos del publicista chileno tienen lugar con una frecuencia nada envidiable para nuestra administración de justicia; los sumarios no solo se eternizan sino que se hacen con tan poca regularidad que la mayoría de las veces el acusador público tiene necesidad de solicitar su ampliación como medida prévia para formular la acusación. (1)

---

(1) Con este motivo el Tribunal dictó con fecha 23 de Agosto del corriente año (1887) una Acordada, ordenando que los Jueces del Crimen y Correccional de la Capital y Departamentos, ajusten sus procedimientos á lo dispuesto por el artículo 231 del Código de Instrucción Criminal,—y que empleen especial cuidado en la instrucción de los sumarios. Véase la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 1.º páj. 108.

La otra garantía es el nombramiento de un defensor para que asista al encausado en el momento de su declaración y durante el exámen de los testigos. Esta garantía de suma importancia para el detenido, pues de su declaración y del sumario que se le levante puede decirse que depende su suerte, es mirada con tal desden por los jueces sumarian-tes que ninguno se preocupa de nombrar defensor al reo sino despues que se ha instruido el sumario, todo, contra la letra clara y terminante de la ley.

## VII

La prisión presentativa es como hemos dicho una restricción impuesta á la libertad general, pero que se justifica en un tanto por la obligación que tiene la sociedad de castigar á los delincuentes; es una verdadera pena que se aplica al individuo y que hace tanto más odiosa cuanto que el reo puede ser inocente y lo es en efecto miétras no haya prueba en contrario.

Pero si la prisión preventiva es tan necesaria, si sin ella la existencia regular de toda sociedad es imposible, es preciso determinar el límite del poder de esta á fin de que no se exija al individuo ni se le impongan más trabas á su libertad que las justamente necesarias para la conservación del organismo social. Si la sociedad tiene otros medios con que

hacer efectivas sus leyes y evitar que el orden público sea alterado, debe emplearlos ántes de privar al individuo de su patrimonio más precioso.

Para armonizar estos dos derechos en pugna, se ha adoptado en las naciones libres la fianza carcelera, para aquellos delitos en donde la pérdida de esta pueda considerarse como un mal mayor que la pena posible. — De este modo se mitiga hasta donde es dable, los males que son consecuencia de la detención; pero querer con la fianza garantir en todos los casos la libertad personal, como lo han pretendido algunos, es por demás absurdo.

Abusar de la fianza concediéndola en todos los casos á individuos sindicados de gravísimos delitos, es hacer ilusoria la misma libertad que por ese medio se busca garantir. Hay delitos cuya pena no puede ser sustituida ni compensada por una suma de dinero, tal es por ejemplo la pena de muerte, la prisión perpétua etc. Admitir en casos semejantes la fianza sería abrir una ancha puerta al crimen y decretar la impunidad de sus autores.

« Se ha objetado á la fianza que obra injustamente en razón de que se trata temporalmente una cosa tan preciosa como la libertad personal segun la riqueza que se posee. Pero debe recordarse que todo el arresto ántes del juicio es un mal de absoluta necesidad, y que cuanto más lo limitemos tanto mejor.

« La libertad requiere la admisión de fianza, y que

ella se extienda lo más posible; pero requiere igualmente que no se admita por todos los delitos, y que solamente sea admitida fianza sustancial. » (1)

Preséntase una nueva dificultad cuando se busca el criterio que ha de servir para distinguir los casos en que la fianza procede, de aquellos en que por la naturaleza del delito y de las circunstancias que le rodean, aquella no debe tener lugar. Se deja la distinción á los magistrados para que ellos determinen segun el castigo probable ó se establecen los delitos que pueden ser objeto de la fianza? El primer método es el más lógico, pero en la práctica ofrece serias sino insubsanables dificultades.

En efecto; es muy difícil desde el principio, cuando recién empieza el sumario y aún no se han producido las pruebas, determinar la pena que debe imponerse al delincuente para designar segun la gravedad de ella, si corresponde ó no la fianza carcelaria. Por otra parte, dejar que el juez determine de antemano la pena con que ha de castigarse al reo, tiene no solo el grave inconveniente de que aquel adelanta un fallo, que debia ser el resultado del juicio, lo que importa prejuzgar, sino que por este medio se deja á su arbitrio, sin ninguna limitación, el determinar los casos en que haya de admitir la fianza.

Es por esta razón que generalmente se ha adoptado el último procedimiento y dentro de él la legislación

---

(1) Lieber: La Libertad civil. Tomo 1 página 71.

hace más ó ménos concesiones segun la tradición y las costumbres de los pueblos.

Antes de entrar á considerar la fianza carcelaria segun nuestras leyes, vamos á tratar en el capítulo siguiente, lo que dicen al respecto otras legislaciones.

### VIII

En Inglaterra, la libertad bajo fianza es la regla y la detención preventiva la excepción; antiguamente esta solo existía en los casos de muerte; — siempre que al acusado se le imputaba un delito de esa naturaleza, la fianza no era admitida. Hoy se han establecido otras excepciones que tienden á hacer la regla ménos general — así, no se la admite en los crímenes calificados de *treason*. Sin embargo tratándose de estos crímenes se ha acordado á la Corte Superior de Justicia (*King's Bench*) y al Secretario de Estado, la facultad de acordar fianza carcelaria, segun las circunstancias del delito. La única excepción que se ha impuesto á esta alta jurisdicción, es con respecto á las personas detenidas por mandato de una de la Cámaras del Parlamento ó de las córtes reales superiores por ultraje ó desobediencia á ella ó á los magistrados que la componen.

En los Estados Unidos es donde verdaderamente

se puede decir que la fianza es la regla y la prisión preventiva la excepción. Allí la fianza es preceptiva, obligatoria, para los delitos no sometidos al juicio de jurador y facultativa para todos los demás. Exceptúanse únicamente los delitos muy graves en los cuales, no es admitida la fianza.

Sin embargo se ha abusado mucho de ella concediéndola á individuos sindicados de delitos gravísimos; pero esto no es extraño en una sociedad que castiga más á *la bolsa que al individuo*.

Oigamos á Laboulaye á este respecto :

«Nuestras viejas leyes sajonas, dice, el eminente publicista, que vos encontrais duras y yo hallo justas y suaves, siempre cuidan de tratar bien á la libertad. Excepto los crímenes atroces, ellas atacan la bolsa, no á la persona culpable. Si el verdadero medio de contener al hombre arrastrado por la pasión, es ponerle delante la responsabilidad que le espera, nada vale lo que las penas pecuniarias. Creed en la experiencia. Hay países en donde el adulterio es una gracia; la falta de fé, un juego permitido; el duelo una próeza que honra hasta al malvado. Entre nosotros no se deduce ni á la mujer ni á la hija del vecino, ni se mata á las gentes para reparar la injuria que se les hace. ¿Por qué? Por la muy prosaica razón de que cada una de esas amables locuras, cuesta quince ó veinte mil dollars. Nadie tiene interés en arruinarse para hacer la fá-

bula de la ciudad, y lo que es peor aún un objeto de burla.

«Tal es la ley cuya fuerza y sabiduría ha consagrado un uso diez veces secular. ¿Pero qué hacer cuando el condenado no tiene nada? ¿Debe dársele al pobre un privilegio de impunidad, sacrificar la libertad por amor á la uniformidad? Nuestros antepasados han decidido y nosotros hemos conservado su máxima: El que no puede pagar con su bolsillo paga con su piel; *luat cum corio*. Entre nosotros la multa es la regla, la cárcel la excepción.—¿Por qué? Porque la libertad es el principio, y á decir verdad, la cárcel no es sino un medio de ejecución contra un deudor insolvente.

¿Qué veis de injusto en todo esto? Hay dos especies de igualdad: la una que no conviene á las sociedades humanas,—es la igualdad material y brutal que no toma en cuenta ni la edad, ni el rango, ni la fortuna. Las mismas penas en condiciones iguales es la igualdad absoluta, es decir, la suprema injusticia. La otra igualdad es la que proporciona el castigo,—no según la definición del delito que no es sino una palabra, sino según el acto mismo y según la persona del culpable. Al rico una fuerte multa, al pobre una multa suave, y en defecto de pago algunos días de prisión,—es una ley en que tanto la justicia como la igualdad ver-

dadera se encuentran consultadas, no ménos que la libertad.» (1)

Francia que ha sido siempre refractaria á la libertad bajo fianza, ha evolucionado últimamente de una manera favorable á ella, siendo hoy por una ley de 14 de Julio de 1865, una de las naciones más liberales en ese sentido. En materia correccional la libertad provisoria es de derecho y sin caución, siempre que al encausado no haya de imponérsele una pena mayor de dos años de prisión, y tenga domicilio y no haya sufrido con anterioridad una pena de más de un año de cárcel.

El juez de instrucción aún tratándose de un crimen puede, según las circunstancias, limitarse á dar un simple mandato de comparecencia contra el acusado, dejándole en libertad provisoria. Después de haberse puesto á un prevenido en estado de arresto, el juez conserva siempre el derecho, en el curso de la información de levantar el mandato de arresto ó depósito; pero debe ántes oír al Ministerio público, sin estar, no obstante ligado á sus conclusiones.

En Francia, puede decirse que, la libertad simple es la regla y la libertad bajo fianza la excepción, la fianza es más bien sustancial que de arraigo (2).

En la República Argentina, en la Provincia de Buenos Aires, la escarcelación bajo fianza, procede

---

(1) Amancio Alcorta. — Obra citada — páj. 429.

(2) Glason — obra citada. — Tomo 6.º páj. 758.

siempre que la causa de la prisión, designada en el auto que la ordena, sea castigada con pena pecuniaria ó corporal, cuyo máximo no exceda de dos años. Se exceptúa de esta regla, á los individuos cuya pena debe ser agravada por reincidencia.

El artículo 1.º de la ley dictada para esa provincia expresa que: «La fianza que autoriza el artículo 18  
« de la Constitución puede ser: Obligación legal acordada por persona que justifique responsabilidad  
« en bienes raíces ó de otro género, en que puede recaer inhibición efectiva; Depósito judicial de suma de dinero á las resultas del juicio; Embargo de  
« bienes libres suficientes, presentadas al efecto por el encausado; Una misma persona no podrá otorgar  
« más de dos fianzas en cada departamento Judicial, mientras no sean canceladas.

El artículo 7.º de la misma ley dispone:

« La fianza responde á las costas del juicio, del importe de la pena pecuniaria ó del equivalente en  
« dinero de la pena corporal y de la indemnización por daños y perjuicios al particular damnificado  
« debiendo reclamarse esta última el Juez Civil correspondiente.

En España, Italia, Bélgica y muchos estados de Alemania, se reconoce también la fianza, aunque con ménos latitud que en las otras naciones que ántes hemos citado.

IX

Después del breve estudio que acabamos de hacer en el capítulo precedente, nos basta la simple lectura del artículo constitucional que consagra la fianza carcelaria, para convencernos de lo limitado que se halla en la República un precepto tan eficaz y que se hace tanto más necesario cuanto más largos son los procedimientos criminales entre nosotros.

El artículo 139 dice: « En cualquier estado de una causa criminal de que no haya de resultar pena corporal, se pondrá al acusado en libertad, dando fianza según ley. »

Y el 202 del Código de Instrucción Criminal reproduce el artículo de la Constitución con algunas adiciones para hacerlo más comprensible. Hélo aquí: « En cualquier estado de la causa, en que por su naturaleza ó por el mérito del proceso, no haya de resultar pena corporal; *aunque se trate de hechos graves*, se pondrá á los procesados en libertad bajo fianza legal.

« Esta disposición es preceptiva, y los jueces deben ordenar la excarcelación siempre que corresponda. » (1)

Como se vé, solo en el caso exclusivo de que no haya de resultar *pena corporal* es que se admitirá

---

(1) Este artículo deroga el 56 de la ley del 15 de Marzo de 1856.

fianza carcelaria; y por pena corporal, tomada la frase en sentido jurídico, se entiende la prisión por más de seis meses y no compensable por una suma de dinero. La calidad de pena corporal se toma de la prisión ó reclusión; no de la naturaleza de la misma pena, sino del término de su duración, y en este sentido es que la interpreta el Código de Instrucción Criminal en su artículo 392.

Tanto la Constitución como el Código precitado establecen como criterio para saber si la fianza procede ó nó, la pena presumible, sin tener en cuenta para nada la especie del crimen ó delito cometido. El criterio es pena corporal, es decir, mayor de seis meses de prisión; y aunque se trate de *hechos graves* siempre que no haya de imponerse aquella pena, la fianza procede de pleno derecho y es obligación de los jueces dictarla en cualquier estado de la causa.

Bien puede referirse á un hecho que por su gravedad corresponda conocer de la causa los jueces del crimen, pero que por las circunstancias que rodean al mismo hecho, por la inculpabilidad de su autor este no merezca más que una pena correccional ó quizás ninguna ó bien puede referirse á un delito de jurisdicción correccional factible sin embargo de pena corporal. En el primer caso aunque se trata de un hecho grave, la excarcelación bajo fianza es de derecho, por la naturaleza de la pena pre-

sumible, miétras que en el último por la misma razón aquella no corresponde.

Un precepto de justísima equidad y que se halla en un todo conforme al espíritu de nuestra legislación, es el que consagra el artículo 206 del Código de Instrucción Criminal concediendo la excarcelación bajo caución juratoria á aquellas personas notoriamente pobres ó desvalidas.

Hemos expuesto todas las disposiciones consignadas en nuestras leyes, tendentes á garantir la libertad personal contra una disposición arbitraria, y nos dá grima el confesar que esas garantías son más aparentes que reales; que lejós de proteger al individuo, lo entregan completamente á la desidia ó malicia de los jueces. En efecto, ¿cómo se garante que el juez tomará declaración al preso dentro de veinticuatro horas, y que empezará el sumario dentro de cuarenta y ocho? ¿Cómo se garante que llenados estos requisitos prévios el sumario continuará y no se le dejará por el contrario en olvido? Y por fin ¿cómo se limita el criterio del Juez, para saber si la fianza procede, y que garantía se dá al preso de que aquel no abusará de su poder de apreciación?

Esas garantías no existen en nuestras leyes desde que la única eficaz, aconsejada por la experiencia, la responsabilidad inmediata del juez, es ilusoria; en la práctica, el magistrado entre nosotros es poco ménos que irresponsable.

Nos convencerémos de esta verdad, estudiando

aunque á la lijera, la legislación de la nación que presta mayores garantías á la libertad personal y que sirve de modelo al mundo entero: Inglaterra.

X

En Inglaterra por un estatuto de Felipe y María toda persona arrestada por cualquier motivo debe ser llevada inmediatamente ante el juez de paz, quien por una sumaria información conoce de la causa, y si se convence por este medio de que no hay motivo para la prisión, ya sea por no estar constatado el delito, ó por no existir motivo fundado contra el detenido, lo pone en seguida en libertad. Pero si al contrario el magistrado cree que la prisión es legítima y que por consiguiente el detenido debe ser sometido á juicio, se presenta la cuestión de saber si el preso tiene derecho á recobrar la libertad bajo fianza, ó si por naturaleza del delito que se le imputa debe continuar la prisión preventiva.

Esta cuestión no es de difícil solución en un país como Inglaterra, donde como hemos dicho al ocuparnos de la fianza carcelaria, que esta es la regla y la prisión preventiva la excepción; donde el juez se hace reo de un delito por el simple hecho de exigir fianza exagerada, y donde se han enumerado con proligidad todos los delitos objeto de ella.

Pero no son estas las únicas garantías que la ley

inglesa consagra en favor de la libertad personal; las enunciadas no son, por decirlo así, sino los prolegómenos de garantías más amplias y eficaces consagradas en su célebre ley de *Habeas corpus*, justamente considerada como el *palladium* de las libertades individuales.

En esa ley admirable se han previsto todos los casos en que la libertad personal podría ser atacada y á cada caso vulnerable, consígnase una garantía correspondiente. Así se ha previsto que el juez podía prevaricar no tomando declaración al prevenido llevado ante su presencia y conceder la fianza en los casos que con arreglo á la ley hubiese lugar; se ha previsto que el particular ó el oficial público podían retener al inculpado en cárcel privada, en vez de conducirlo á su juez natural y finalmente se ha previsto que el carcelero podía recibir un preso sin orden y sin los requisitos exigidos por la ley. Todo se ha previsto, con ese espíritu práctico que todo lo observa y con esa constancia y perseverancia que todo lo allana.

Antes de entrar á considerar el célebre acto de *Habeas corpus* vamos á enumerar, aunque sucintamente, las máximas, costumbres y leyes que existían con anterioridad á él y que servían de garantía á la libertad personal.

Blackstone nos ha hecho conocer todas esas prácticas, enumerándolas con mucha proligidad. Eran estas, los autos llamados por la jurisprudencia in-

glesa de *odio é atia*, de *homine replegiando* y de *manucapio*.

El de *odio é atia*, consistia en una declaración que prestaba una persona que denunciaba á otra que procedía de buena fé, sin ódio ni intención calumniosa; era por consiguiente una garantía más bien moral que jurídica. Los otros dos eran una especie de fianza carcelaria.

El de *homine replegiando*, era una fianza de cárcel segura; la garantía que daba un tercero en favor del detenido de que este se presentaría á responder del resultado del juicio instaurado contra él. El de *manucapio* era en el fondo idéntico al anterior; una fianza carcelaria que era rectificadada por una pequeña ceremonia consistente en que el fiador y fiado se estrechaban las manos delante del juez, en señal de conformidad.

Estos recursos ofrecían poca seguridad á la libertad personal y fueron, por esa causa, sustituidos paulatinamente por los autos de *habeas corpus*. Se ha dado este nombre á toda orden expedida á un carcelero, de presentar al preso confiado á su custodia ante determinada jurisdicción, sea cual fuere el motivo de la orden.

Los autos de *habeas corpus* eran muchos y tenían nombres distintos según el objeto que se proponían llenar por medio de ellos.

Blacstone tambien nos hizo una clasificación de todos ellos. Hélos aquí:

1.º «El de *habeas corpus ad respondendum*, que tenía por objeto traer un preso sometido á alguna jurisdicción á responder á una nueva acusación entablada delante de otra jurisdicción.

2.º «El de *habeas corpus ad satisfaciendum* que importaba la órden de entregar un preso á fin de pagar alguna deuda que le fuera demandada.

3.º «El de *habeas corpus ad prosequendum* que era la órden para trasladar un preso de un lugar á otro á fin de continuar una causa entablada ante la jurisdicción del magistrado que expedía el auto.

4.º «El de *habeas corpus ad testificandum*, expedido cuando un preso era citado como testigo en otra causa.

5.º «El de *habeas corpus ad deliberandum*, expedido cuando las necesidades de la causa exigían una comparecencia del preso ante el juez.

6.º «El de *habeas corpus ad faciendum et recipiendum*, expedido por Córtes superiores cuando un preso sometido á la jurisdicción de una Côte inferior reclama ante aquella que se avoque el conocimiento del asunto.» (1)

Pero el verdadero *habeas corpus*, en el que fundan los ingleses su orgullo nacional, por ser el que presta la mas eficaz garantía y que les ha costado tantos sacrificios y siglos de perseverancia, es el *habeas corpus ad subjucendum* que se le conoce con el nombre genérico de *habeas corpus*.

(1) Estrada, lecciones página 158.

Esta ley que fué reglamentada en el año 1679 ya existía y era conocida algunos siglos atrás; principio del *commun law*, fué incorporada á la Magna Carta, arrancada á Juan sin Tierra, espada en mano, por los barones en el año 1215.

Más tarde la vemos reproducida y ampliada en la Gran Carta, del tiempo de Enrique III y confirmada por Eduardo I en el año 25 de su reinado, que establece en el párrafo XXIX que: «NINGUN HOM-  
«BRE LIBRE SERÁ TOMADO Ó APRISIONADO Ó DESPOSEIDO  
«DE SU FEUDO FRANCO, Ó DE SUS LIBERTADES, Ó COS-  
«TUMBRES LIBRES NI PROSCRIPTO Ó DESTERRADO, Ó DE  
«ALGUN OTRO MODO DESTRUIDO; NI NOS PARAREMOS SO-  
«BRE ÉL, NI LO CONDENAREMOS SINO POR JUICIO LEGAL  
«DE SUS PARES, Ó POR LA LEY DEL PAÍS. (1)

Desde entónces un inglés *no podía ser preso sino por crímenes ó deudas* y cuando él creía que su prisión era ilegal, tenía el derecho de pedir á una córte de justicia un *writ de habeás corpus ad subjicendum*, palabras con que iban encabezadas esas órdenes y que expresa lo que en derecho comun se entiende por *ad exhibendum*. El preso, pues, debía ser llevado ante la córte quien examinaba si correspondía ponerlo en libertad simple ó bajo fianza ó si por el contrario la prisión preventiva debía continuar.

Estos sábios preceptos que eran un recurso efi-

---

(1) Lieber pág. 196—tomo 2.º

cáz, contra una prisión verificada directamente ó por instigación de los particulares, no ofrecían más que una débil garantía ó ninguna cuando ella obedecía á una órden emanada de la corona; en este caso eran impotentes para luchar contra el poder arbitrario de los príncipes que ya sea claramente ó por medio de interpretaciones sutiles, no tenían el menor reparo en violarlas en beneplácito de sus mezquinos designios.

Así, durante el reinado de Cárlos I los jueces del Banco del Rey influenciados por éste declararon que no podían poner en libertad simple, ni bajo fianza, por un acto de *habeas corpus*, á un preso detenido en virtud de una órden especial del rey ó de su consejo privado. Decían igualmente que no todas las córtes tenían facultad de expedir autos de *habeas corpus* y que esta facultad no podía ser confiada á un solo juez durante las vacaciones, ni se aplicaba á las prisiones hechas fuera de Inglaterra propiamente dicho, como en Escocia é Irlanda.

Felizmente para las libertades inglesas ya en ese tiempo «funcionaba un Parlamento que debia contener los excesos de los reyes, y la voluntad de aquel (Cárlos I) no pudo realizarse, sin una resistencia tenáz, á cuyo frente se encontraban verdaderos hombres de Estado que «miraban á lo léjos en el pasado como en el porvenir.»

Para verse libre de la resistencia que le hacía el Parlamento el rey lo disolvió, y después de abusos

sin cuento convocó un segundo que por ser más tenáz é intratable que el primero fué también disuelto, y «poniéndose en prisión á los diputados más distinguidos, se cobraron nuevos impuestos, los soldados fueron alojados en las casas de los ciudadanos, y la ley marcial y los tribunales militares sustituyeron á la antigüa jurisprudencia del reino.

«En este estado y cuando se creían producidos los efectos de la intimidación, se convocó en 1628 el tercer parlamento que más audaz que los anteriores obligó á Carlos á cambiar de procedimiento. Las Cámaras presentaron al rey en sus primeras sesiones el acto de compromiso que se ha llamado *Petición de derechos*, porque no fué dirigido en la forma ordinaria de sus demás actos; y despues de diferentes consultas y vacilaciones fué ratificado quedando obligado el rey *á no levantar jamás impuestos sin el consentimiento de las asambleas* Á NO CONSTITUIR PRISIONES SINO POR AUTORIDAD DE LA LEY, *á no someter jamás su pueblo á la jurisdicción de las córtes marciales.*

«Esta nueva conquista sobre el poder absoluto y despótico fué recibida con gran júbilo; pero bien pronto el compromiso fué violado y el Parlamento disuelto. Se formó un ejército permanente para oprimir al pueblo, se hicieron persecuciones religiosas, y la inquisición política y la inquisición religiosa

se presentaron formidables en la Cámara estrellada y la alta Comisión. » (1)

La lucha comenzó otra vez hasta que el 2 de Mayo de 1679 bajó Carlos II, se sancionó con el nombre de « LEY PARA ASEGURAR MEJOR LA LIBERTAD DEL SÚBDITO Y PARA IMPEDIR PRISIONES MÁS ALLÁ DE LOS MARES, » la famosa ley que aumentada posteriormente con el *Bill de derechos* de Guillermo de Orange y con otras garantías del tiempo de Jorge III se conoce con el nombre de *Habeas corpus*.

Expuesta la historia y origen del *Habeas corpus* podemos sintetizar sus diversas disposiciones de la manera siguiente:

1.º Que toda persona detenida por algun crimen puede recurrir por sí ú otro á su nombre á una córte superior de justicia y durante las vacaciones á la cancillería ó á uno solo de los jueces de una de las córtes del reino, solicitando ser traído á su presencia y como consecuencia, su libertad. La petición se hace con la cópia de la orden de prisión, *warrant*, y si esta no pudiera conseguirse por negarse á darla el juez ó el carcelero, la petición se hará igualmente bastando entónces lo que titulan una *affidavit*, es decir, la prueba testimonial. En presencia del *warrant* ó del *affidavit* la córte expide dentro de cuarenta y ocho horas el *writ de habeas corpus* ó sea una orden dirigida á la persona

---

(1) Alcortá página 13.

que detiene al recurrente, de conducir á este ante la córte ó juez que expidió la órden, en el plazo indicado en la misma; plazo que varía segun la distancia que se halla el preso pero cuyo máximum es de veinte dias.

Conducido el preso ante la córte, esta despues de examinar sumariamente la causa, decide dentro del segundo dia que; ó hay mérito para la prisión preventiva ó bien, que no estando comprendida en ninguno de los casos que la ley inglesa autoriza aquella, el prevenido debe ser puesto en libertad bajo fianza ú obtener su libertad definitiva.

2.º Si el juez comete denegación de justicia rehusando librar el auto de *habeas corpus* en vista de la cópia de la órden de prisión ó del juramento de que dicha cópia fué negada, incurre en una multa de 500 £ á favor de la persona lesionada.

3.º El carcelero que rehuse cópia del *warrant* ó que se muestre negligente en cumplir un auto de *habeas corpus* incurre tambien en multa de 100 £ por la primera vez, y en doble con destitución del empleo en caso de reincidencia.

4.º Una vez puesta en libertad una persona por un auto de *habeas corpus* no puede ser reducida á prisión por la misma causa, so pena de sufrir una multa de 500 £ el que á sabiendas infringiere la ley.

5.º Ningun preso puede ser removido de la prisión donde se encontrare sino por motivos justificados y el que diere en contravención á la ley una órden de

traslación del reo á otra cárcel ó lugar cualquiera, incurre él y el empleado que obedeciese ó ejecutase la orden en una multa que es mayor aún, cuando la traslación fuese para conducir á un inglés á Escocia ó á Irlanda.

6.º Las únicas personas que no pueden disfrutar del privilegio del *habeas corpus* son aquellas sobre quien pesa una acusación de traición ó felonía (delito grave) claramente expresada en el mandato de arresto; pero como podíase abusar del título de felonía para hacer permanecer una persona en prisión preventiva por un tiempo indefinido, la ley dispone que si él no es juzgado en el término próximo, es decir, en la próxima sección del tribunal tiene derecho á ser puesto en libertad bajo fianza sea cual fuere el delito que se le impute y si el término se prorroga, lo que puede suceder por causas imprevistas é independientes de la voluntad de los jueces, entónces si el reo no es juzgado en el segundo término es puesto en libertad y librado de toda persecución ulterior por la misma causa.

Pero el derecho fundamental donde se refleja, por decirlo así, el respeto que los ingleses tienen por la libertad personal, consiste en el derecho que tiene todo individuo que se halla arrestado (excepto siempre por traición ó felonía), de ser conducido ante una córte de justicia para que ésta examine, no, si él es culpable, pero sí segun los principios de la ley

inglesa hay motivo suficiente para retenerle en prisión preventiva.

Tales son los principios fundamentales de la ley que examinamos; resultado de una evolución lenta á través de siglos enteros, es la síntesis de las libertades inglesas y la fuente donde aspiran las naciones el aura de la libertad.

## XI

Con el fin de subsanar los vacíos de la Constitución en la parte que se refiere á la seguridad personal la Asamblea sancionó el 22 de Junio de 1874 una Ley de procedimientos para la aprehensión de los delincuentes que puesta en vigencia el 6 de Julio del mismo año ha sido considerada como el *Habeas corpus* Oriental.

En esa Ley, se consignaban dos modos de arresto que son los mismos que preceptúa la Constitución en su artículo 113. Se establecía que las autoridades policiales solo podían aprehender en caso de infraganti delito y fuera de este caso con orden escrita de juez competente, — que lo era al efecto cualquier magistrado desde los Tenientes Alcaldes inclusive hasta los Tribunales de Apelaciones. Se fijaba la obligación á todo funcionario aprehensor de tomar declaración al reo y testigos dentro de veinticuatro horas y si el mismo funcionario no era el juez que

debía conocer de la causa, el deber de remitir al preso, con la sumaria indagatoria, dentro de las mismas veinticuatro horas al juez competente.

Si el delito se cometía en campaña y por su naturaleza correspondía á la jurisdicción de los jueces del crimen, la remisión del presunto reo debía hacerse al alcalde Ordinario del distrito á quien se declaraba competente para levantar el sumario con arreglo al artículo 114 de la Constitución. Por el artículo 8.º se establecía que: «En el caso de que por  
« la larga distancia entre el lugar en que se ha  
« arrestado al supuesto reo y la residencia del juez  
« de la causa, no fuera posible verificar la remisión,  
« se cumplirá, por el Jefe Político ó Comisario apre-  
« hensor, con consignar la orden de remisión por  
« escrito en las diligencias instruidas y con poner  
« en ejecución todos los medios á su alcance para  
« efectuarla.

En este caso no determinándose un plazo fijo dentro del cual debía hacerse la remisión del preso se daba cierta latitud á la autoridad que podía abusar de ella no remitiéndole inmediatamente al juez, limitándose á consignar por escrito la orden de remisión; pero si se tiene en cuenta la responsabilidad de los agentes de policía, por todo retardo injustificado se comprende que la demora no sería mucha, no siendo por consiguiente un gran peligro para los individuos.

El artículo 9.º dice que: «Toda persona arresta-

« da por la policía, podrá reclamar por sí, ó cual-  
« quiera en su nombre á cualquier juez ó Tribunal  
« que le haga comparecer á su presencia para que  
« se le haga saber cuál es el hecho criminoso que  
« se le imputa, la autoridad que ha decretado su  
« prisión y la órden original con que se haya proce-  
« dido á aprehenderlo. « Del mismo modo (art. 10)  
« podrá procederse cuando se le retuviere en arres-  
« to por más de veinticuatro horas sin remitirse al  
« juez competente. « Si el aprehensor es un juez  
« (art. 11) se harán ante él ó ante su superior in-  
« mediato los reclamos que establecen los dos artí-  
« culos precedentes.

El artículo 12 dispone: « En el caso de que fal-  
« taren los requisitos establecidos para la aprehen-  
« sión, el juez invocado por el supuesto reo, ó por  
« cualquiera otra persona en su nombre lo pondrá  
« inmediatamente en libertad; pero si resultare exis-  
« tir órden en forma legal, emanada de autoridad  
« competente, el juez invocado se limitará, á pasarlo  
« al juez á quien corresponda el conocimiento y deci-  
« sión de la causa, si hubiese transcurrido veinticua-  
« tro horas desde su arresto, y no se hubiese cumpli-  
« do con esa prescripción constitucional.

La responsabilidad de los funcionarios públicos se hallaba establecida del modo siguiente: « Si el juez  
« invocado, (art. 13) cualquiera que fuese no proce-  
« diese en los términos y plazos del artículo anterior,  
« contraerá las mismas responsabilidades civiles y

« criminales que el que hubiese decretado la prisión indebida, ó detenido al reo en su poder por más de veinticuatro horas.»

Art. 14. «Se considerará que existe atentado contra la seguridad individual:

1.º Cuando un Magistrado ó empleado público que no es juez, procede á aprehender á un habitante del país, sin encontrarlo en el caso de infraganti delito.

2.º Cuando ha procedido á su prisión no encontrándose en ese caso, sin orden escrita de juez competente, salvo el caso designado en el art. 83 de la Constitución.

3.º Cuando en uno ú otro caso no ha puesto al reo á disposición del juez de la causa, segun las prescripciones de la presente ley, dentro del plazo de veinticuatro horas.»

Art. 15. «El funcionario público que tal atentado cometiere, además de las responsabilidades civiles que contrae para con los damnificados, incurrirá en la pena de la suspensión de su empleo por tres meses en el primer caso y en la destitución en caso de reincidencia.

Esta ley cuyos principales artículos acabamos de transcribir tenía algo de *Habeas corpus* inglés en cuanto concedía á toda persona arrestada el derecho de que su causa fuera llevada á un juez ó Tribunal cualquiera para que investigara la causa de la prisión y ordenara la libertad del prevenido en

el caso que se hubieran omitido las formas legales; pero, cuando esas formas se llenaban, el único recurso que se daba al preso, era que sería conducido á su juez natural en el perentorio plazo de veinticuatro horas.

Contra la *desidia ó malicia* del juez de la causa no había ninguna garantía en la ley que examinamos; este era árbitro del destino de los desgraciados que caían en sus manos, porque el legislador solo se preocupó de evitar las prisiones arbitrarias, olvidando por completo lo más esencial, la prisión preventiva.

No basta con obligar al juez á que empiece el sumario dentro de un plazo más ó ménos corto; es necesario compelerle tambien á que prosiga la causa con la máxima brevedad compatible con las exigencias de la instrucción de la misma; solo de ese modo dejaremos de presenciar el vergonzoso espectáculo de juicios que duran hasta cinco años, al fin de los cuales se declara muchas veces la inocencia del prevenido, con el aditamento de estilo: que *ha habido lugar á la formación de causa*.

La ley de 1874 tenía pues sus defectos, vacíos importantes, que se hacía necesario llenarlos cuanto ántes por medio de concienzudas reformas, si es que verdaderamente se quería que la seguridad personal en la República, dejara de ser vanas palabras escritas en un Código. Pero en medio de sus defectos se encontraban algunas disposiciones saludables que

podían servir de cimiento para construir sobre ellas el tan deseado edificio de nuestras libertades. Se habían colocado las primeras piedras y era necesario continuar la obra con la misma perseverancia que el pueblo inglés construyó la suya; sin embargo no se hizo así y el árbol que pretendíamos trasplantar en nuestro suelo no pudo aclimatarse en él; nuestra falta de educación política la entregó en manos de la tiranía, que considerándole una planta exótica, contraria á sus funestos designios, la exterminó de raíz.

Las pocas garantías que la ley consagraba, parecieron demasiado incómodas para la dictadura triunfante y fueron por ese motivo condenadas á muerte, agregándose el escarnio de que solo servían para proteger á los criminales. Sedienta de sangre la nefasta tiranía y no queriendo encontrar en su camino el menor escollo, la ley fué derogada el 9 de Julio de 1877 por un Decreto-ley en cuyos considerandos ó fundamentos se habla de moral y justicia como si eso no fuera una blasfemia en labios de los señores de la Dictadura.

Se decía que esa ley ofrecía obstáculos *para la marcha regular y moralizadora de la administración, que servía de aliento para los criminales con menosprecio de la justicia, etc.*

Trascribimos á continuación los considerandos de ese liberticida decreto para que se vea cuan poco respeto tenían los *prohombres* del Gobierno provi-

sorio por la libertad que tantos sacrificios costó á nuæstros mayores.

« Considerando: que la ley de 9 de Julio de 1874, que prescribe la forma en que debe procederse á la aprehensión de los ciudadanos y habitantes y de la responsabilidad de los agentes de policía, en la práctica ofrece trabas á la marcha regular y moralizadora de la administración;

Considerando: que el respeto á la vida y á la propiedad que el Gobierno Provisorio á costa de grandes sacrificios y de una labor constante ha conseguido cimentar en el país, vendría á ser ilusorio, si los Tribunales aplicasen en los casos ocurrentes las prescripciones de la citada ley.

« Considerando: que aún en la época normal en aquella fué promulgada, se presencié el escándalo que su estricta aplicación solo servía para alentar á los criminales con menosprecio de la justicia y de los mismos tribunales encargados de administrarla;

« Y considerando: que lo conveniente á la República son leyes que prevengan y castiguen á los que atenten á la vida y á la propiedad de sus habitantes etc...»

Tales eran los considerandos de que iba precedido el decreto por el cual se derogaba una ley sábia, á pretesto de evitar escándalos y crímenes cuando muy bien se sabe que él no tenía otro objeto que facilitar y hacer más expedito el camino de la arbitrariedad y los desmanes del gobierno que lo dictó.

Vamos á examinar aquí las garantías que deben presidir al juicio criminal y que se hallan consignadas en nuestra Constitución. Es un principio admitido en toda legislación avanzada, que la persona sobre quién recae una acusación, debe ser considerada inocente mientras no haya una prueba que constate su culpabilidad. El principio es tan evidente, que la ley en todo país, que no esté completamente corrompida bajo el punto de vista político, la admite como una verdad axiomática, sin que nadie pretenda discutir su justicia.

La presunción de inocencia es la garantía más eficaz que la ley puede prestar á un acusado, sin esa presunción no habría eficiente garantía para el presunto reo, porque el juez, no solo prevendría su ánimo en contra suya sino que se preocuparía poco de buscar pruebas mas seguras para pronunciar su sentencia. Pero con la presunción de inocencia, el procedimiento cambia de aspecto, el juez está entónces obligado á probar la culpabilidad del encausado y tiene por consiguiente que investigar á fondo, buscando pruebas fehacientes, plenas, y que segun la expresión de la misma ley deben ser tan claras como la luz del dia.

Hay dos especies de injusticias, se ha dicho, que el juez debe evitar con todo cuidado; la injusticia que condena y la injusticia que absuelve. Las dos son evidentemente perjudiciales; pero la injusticia que condena es mucho mas alarmante y funesta que la que absuelve, siendo por consiguiente contra esta

última que se hace necesaria una precaución más eficaz, y esta precaución es la presunción de inocencia. Es indudable que la absolución de un criminal es un peligro grave, no solo porque se le deja libre para cometer nuevos atentados, sino porque la impunidad de un criminal sirve de estímulo para los otros; pero también es cierto que nada causa más honda y justa impresión en una sociedad honrada, que el castigo de un inocente, y de aquí la máxima de que más vale la impunidad de cien criminales que el castigo de un inocente.

La presunción de inocencia envuelve en sí la idea de un juicio, en el que debe haber amplia protección de la persona sindicada, acusación clara que haga cargo de un hecho expresamente determinado y el deber de probar el delito por parte de la sociedad y no de probar su inocencia por parte del inculpado. Esto es lo que prescribe la Constitución en su artículo 136, cuando expresa que: «Ninguno puede ser penado, ni confinado sin forma de proceso, y sentencia legal.»

Pero este precepto, ¿es obligatorio tan solo para el Poder Judicial ó por el contrario es también una restricción á los otros Poderes de la nación, al Ejecutivo y al Legislativo? La ley no hace ninguna distinción al respecto, el precepto es absoluto, y por tanto no es dable en buena lógica distinguir, cuando la ley no la ha hecho.

Por otra parte si el espíritu de la ley es garantizar

la libertad personal, esa garantía no existiría, sería ilusoria si solo se prescribieran reglas á uno de los poderes y se dejara que los otros precisamente aquellos cuyos avances son más peligrosos, obraran á su antojo sin ninguna limitación.

Antiguamente el Poder Legislativo en Inglaterra tenía la facultad de dictar *Bills of attainder*, ó sea condenas de muerte á los individuos sindicados del crimen de alta traición ó felonía, sin que para ello se llenasen las formalidades exigidas en los casos ordinarios. El Legislativo, en los casos de que tratamos, se colocaba sobre el Poder Judicial, para pronunciar sobre la culpabilidad de un hombre, limitándose á buscar las primeras pruebas que encontraba, sin oír muchas veces al acusado para pronunciar una condena contra una persona que habría sido absuelta por el tribunal ordinario.

La injusticia y la iniquidad de semejantes actos, son argumentos sin réplica contra la existencia de tal poder. En un gobierno libre dice Story, ese poder sería insoportable; entre las manos de una facción dominante serviría de instrumento para la ruina y la muerte de los mejores ciudadanos.

Bien es cierto que esos *bills* tenían lugar en Inglaterra, durante épocas de violentas conmociones políticas; época durante las cuales las naciones se sienten tentadas á olvidar sus deberes para pisotear los derechos y libertades ajenas. Hoy su carta política prohíbe terminantemente la expedición de los *bills*

*of attainder* y asegura al individuo la más amplia libertad.

Nosotros tambien hemos ensangrentado nuestro suelo con medidas análogas, durante épocas revolucionarias y de desenfrenada tiranía; se llamaba en nuestra antigua práctica *poner fuera de la ley*. Medida inconstitucional é injusta, primero por ser contraria al artículo precitado de la Constitución que prescribe la pena como el resultado del juicio y despues por el principio que ántes hemos expresado, de que todo hombre tiene derecho á que se le considere inocente miéntras no se le pruebe lo contrario, y en este caso se adelanta el fallo privándose al individuo de las garantías que la ley consagra en su favor.

El artículo 112 de la Constitución dice: «Queda « igualmente vedado el juicio criminal en rebeldía. » «La ley proveerá lo conveniente á este respecto.» El juicio criminal en rebeldía, aún se practica en algunas naciones de Europa, y hay muchos publicistas que abogan en su favor; pero esos juicios deben desaparecer de toda legislación que tenga algun respeto por la libertad, pues por ellos no solo se comete la injusticia de condenar á una persona sin oirla sino que son inútiles, desde que la persona condenada tendría buen cuidado de eludir la pena no poniéndose al alcance de la justicia del país y porque en el caso que él se presentara ó la autoridad lo aprehendiera despues de juzgado, habría que

instaurarse un nuevo proceso con todos los trámites del primero.

\* Los juicios por comisión se hallan también prohibidos por nuestras leyes. Llámense así los juicios seguidos ante tribunales creados especialmente para casos determinados y que no existían ántes de la perpetración del delito.

Los tribunales de excepción han tenido lugar en todas las sociedades ya en sus primeras edades, ya en épocas de convulsiones revolucionarias, sirviendo á los tiranos para desembarazarse de aquellos ciudadanos que eran un obstáculo para sus desenfrenos.

«El príncipe que sustituye jueces forzados á los órganos ordinarios de la ley, dice M. Berenger, anuncia la intención de satisfacer venganzas; y la única diferencia que pueda descubrirse entre los comisarios que nombra y los asesinos, consiste en que los primeros se encargan de imponer la muerte, haciéndola preceder de la ceremonia de una sentencia y los últimos la dan por sí mismo y sin prevención. Bajo cualquier aspecto que se presenten los tribunales de excepción, cualquiera que sea el nombre que se les diere, cualquiera el pretexto con que se les instituya, siempre deben ser mirados como tribunales de sangre. No esperéis de ellos piedad, ni humanidad, ni sentimiento de justicia; ni aún confiéis en el carácter de mansedumbre y rectitud que hayan manifestado hasta entónces los individuos que los componen. Todo hombre que comete la vileza ó la co-

bardía de aceptar una misión que le pondrá en el caso de castigar acciones que no son reputadas criminales sino porque desagradan á un déspota ó á una facción; hace el sacrificio de su honor y se convierte desde luego en instrumento de la injusticia.» (1)

Por igual razón ha debido la Constitución prohibir los juicios militares por causas políticas pues estos, son verdaderos juicios de excepción, con todos sus inconvenientes y peligros. «De otra suerte es entregar al ciudadano en manos de sus propios enemigos; la pasión política que es causa genérica de la arbitrariedad, no puede evitarse cuando se juzga esa clase de delitos.

Es el medio más seguro de opresión para un partido que por la agresión de sus contrarios haría de la justicia una vana aspiración de los acusados.» (2)

Una ley del seis de Marzo de 1838 introdujo importantes reformas á este respecto aboliendo el fuero personal en las causas civiles y criminales, y estableciendo el de los eclesiásticos y militares en los delitos cometidos como tales.

El artículo 115 de la Constitución establece que: Todo juicio criminal empezará por acusación de parte ó del acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas.» La última cláusula del artículo que analizamos, aboliendo las pesquisas secretas, es una

---

(1) M. Berenger, de la Justicia criminal en France, tit. 1.<sup>o</sup> cap. 2.

(2) F. Estrázulas, Tesis.

disposición importante de nuestra Carta política; con ella se garante al ciudadano contra una medida inmoral empleada en otras épocas en las naciones del otro continente. Con tal sistema, cuya consecuencia inmediata es la delación, la tranquilidad del hombre honrado y del hogar doméstico es imposible, porque el ojo pesquisador busca criminales por todas partes, él no se detiene ni ante el santuario de la conciencia.

Esta disposición no impide, como en otra parte tuvimos ocasión de hacer notar, que los particulares que tengan conocimiento de un delito y de sus autores, lo lleven al conocimiento de la autoridad; lo que se prohíbe es la delación, la celada irresponsable que se puede tender al individuo, sin que él sepa quien hace ni de donde procede la denuncia.

Todo juicio empezará por acusación de parte, dice el mismo artículo: Por *parte* entiéndese, el acusador particular, en representación propia ó el Ministerio público á nombre de la sociedad que defiende. La institución del ministerio público es casi desconocida en Inglaterra, y su acción solo en casos muy especiales es que tiene lugar. Esto es debido á su densa población y sobre todo á la educación civil de los ciudadanos; estos así que saben que se ha cometido un delito proceden inmediatamente á la aprehensión del delincuente y es difícil que éste no caiga en su poder. Pero en la República, con hábitos y educación civil distinta, con una población

enrarecida y diseminada por nuestra relativamente desierta campaña, la institución del ministerio público, aunque perniciosa, es una necesidad para la administración de justicia.

La abolición del juramento de los acusados se halla consignada en el artículo 111, del modo siguiente: «Quedan abolidos los juramentos de los acusados en sus declaraciones ó confesiones sobre hecho propio; y prohibidos el que sean tratados en ellos como reos.»

La segunda parte de este artículo, no es más que una consecuencia de la presunción de inocencia de todo prevenido; mal podría permitir la ley que se vejara al preso con el calificativo de *reo*, cuando ella misma lo presume inocente.

La abolición del juramento responde también á un principio de estricta justicia; evitar la presión moral á que se sometería un individuo colocándole en la alternativa de confesar su culpabilidad ó hacerse perjuró.

Como ampliación al artículo que concluimos de examinar, establece el 138 que: «En ningun caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar y sí solo para asegurar á los acusados.» Este precepto se halla en completa armonía con lo que hemos dicho sobre la prisión preventiva y en pugna con la práctica que se observa en nuestras cárceles donde para asegurar á los encausados se les hace sufrir el tormento de los grillos. No siendo la prisión preventiva

un castigo, sino una medida de seguridad para la administración de justicia, no se debe agravar la suerte del que la sufre, ántes bien, es un deber de la sociedad evitar en lo posible los males que son su consecuencia.

Este artículo, dicen algunos, es justísimo en cuanto se aplica á los procesados, pero con respecto á los que ya han sido definitivamente juzgados no tiene razón de ser, con estos no debe tenerse ninguna consideración. No es de nuestro siglo tal teoría; la época de los suplicios, de los crueles martirios infligidos á los delincuentes ya pasó y ninguna sociedad culta podría ponerlos en práctica sin retrogradar una decena de siglos.

« Ninguna causa, dice el artículo 109, sea de la naturaleza que fuere; podrá juzgarse ya, fuera del territorio de la República. La ley proveerá lo conveniente á este objeto. » Esta disposición está basada en la práctica que ve observara ántes de nuestra independencia, llevándose muchas causas á juzgarse en la metrópoli, pero es una disposición innecesaria, pues, no podría suponerse que se continuara ese procedimiento despues de nuestra emancipación política.



SEÑOR RECTOR:

SEÑORES CATEDRÁTICOS:

He terminado el humilde trabajo que en cumplimiento á una disposición universitaria someto á vuestra ilustrada consideración.

Desprovisto de forma galana y de reflexiones profundas, no encontraréis en él mas que el deseo vehemente de cumplir con un deber.

CIRINO ALVES (HIJO.)

V.º B.º

Justino Jimenez de Aréchaga.

