

## BAJO DE FIANZA

Artículo 18 — Sólo habrá lugar á prisión por el delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que separeca que el acusado no se le puede imponer tal pena se pondrá en libertad laj le fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión por falta de pago de los costos 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 fué el *ex istitutum* 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 o sea en el *carcer* siendo lo probable que de aquí tomase su nombre como lo tomó de *tullius* que era una fuente en la roca el *tullianum* que fué el lugar destinado para los suplicios dándose también el nombre de *lautunnae* 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 *tullianum* tenían lugar los suplicios que no se ejecutaban públicamente y que entre el *carcer* y *lautunnae* 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 pro

bable que por estas causas más tarde se diese á la prisión el nombre de *interna* ó *externa*. Ya 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 tít 29 partida VII y las 1 y 3 tít 35 lib V de la Novísima Recopilación en las que se prevenía que las cárceles sólo podían tener el carácter de públicas castigándose con a 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 mas 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 *patrimonium* 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 constituyeron 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 fué 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

lo 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 <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

Diemos 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 y reviniéndose 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 ha 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 último 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 solo habrá lugar á 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 tal 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 solo 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 nó precisamente la que afecta la propiedad sino unicamente la simple protesta de estar á las resultas del juicio y obedecer en cualquier momento los mandatos de la autoridad Cualquiera duda que sobre el particu

la pudiera existir se desvanece con el hecho de que en la acción I del art. 438 de la ley procesal se previene. También podría ser pues to el inculcado 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 u otra inferior.

Hablando en general sobre la constitución de la fianza cuando el delito amerita pena corporal y por más que esta cuestión sea del dominio de los procedimientos penales diremos que según el art. 140 de la ley relativa « toda persona detenida o 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. 138 tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siga el proceso buenos antecedentes de moralidad profesión oficio o modo honesto de vivir y que á juicio del juez no haya temor de que se fugue ». Se prescribe también en el art. 411 que « si el delito que se persigue debiere ser castigado con pena alternativa pecuniaria ó corporal el inculcado 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 inculcado 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 éste señale ó constituyendo por ella prenda u otorgando hipoteca sobre bienes cuyo valor libre sea cuando menos igual al importe de la caución más una mitad de este. 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 inculcado 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 dudas sobre si el juez ó el inculcado respectivamente son los que tienen la facultad de determinar la forma de la caución. Pensamos nosotros que siendo la fianza una garantía concebida 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 aquella 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 á las prescripciones que antes quedan citadas, debiendo á la vez el juez á que se refiere la ley para fundar que el inculcado 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 de 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 inculcado 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* llamada así porque comienza *habeas corpus ad subjacendum* hay grandes facilidades para el otorgamiento de las cauciones, conciliándose de la me-

por manera la libertad personal con los derechos de la sociedad. De desearse que las instituciones de que hablamos fueran implantadas en nuestro país desgraciadamente hay que convenir que por buenas que sean no se pueden acomodar aun á nuestro modo de ser por un título nuestras condiciones históricas, nuestra cultura y educación civil. Es necesario pues si queremos llegar á ese grado de perfeccionamiento que caracteriza á los ingleses que primero se eduque á los ciudadanos en la observancia de las leyes cuando así sea *in loco* que es la orden de entregar al detenido á un amigo (treciéndole) caución por su presentación ante el juez que lo cite, tomándolo únicamente de la mano en señal de fianza el *locus* para neutralizar las instigaciones hechas por pasión sobre los jueces *et aliter* *et quando* para poner en libertad al procesado en virtud de la caución; *in fine* todo lo contenido en el artículo no serían como lo son aun entre nosotros principios legales sino verdades reconocidas por el derecho positivo.

Hasanlo á cierto orden de ideas y hablando de la libertad bajo protesta se ha discutido si cuando el delito no merece pena corporal aquella se debe decretar de oficio o si es necesario que la solicite el juez su defensor. Piensan algunos que siendo esa libertad un derecho es renunciable. En nuestra parte aceptamos que en los casos en que cabe la libertad bajo protesta ó bajo fianza, imponiéndose 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. Pongámonos por ejemplo que se trata de la libertad bajo protesta que es la procedente cuando el reo no merece pena corporal. Según el art. 133 del Código de Procedimientos Penales está prevenido para el otorgamiento de la libertad bajo protesta que el delito no tenga señalada la pena corporal o 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 u oficio, modo honesto de vivir que no haya sido condenado en otro juicio criminal por delito de la misma naturaleza y que á juicio del juez no haya temor de que se fugue el inculcado. Ahora bien supongamos que faltan esos requisitos o solamente alguno y que por tal motivo se niegue la libertad. Preguntámonos ¿en que 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 que las 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 en libertad al inculpado aun faltando los requisitos del art. 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 á que se refiere la Constitución? Si nos atecemos 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 á 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. 140 del Código de Procedimientos citado se previene que Toda persona detenida o presa por un delito en que el máximo 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 ministración 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 las mismas penas 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 artículo siguiente seguiremos tratando de este asunto especialmente cuando hablemos del tratamiento que al preso se debe dar en las cárceles.