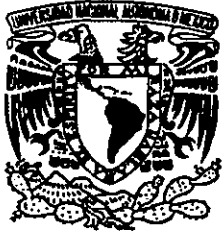


252
2ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

CAMPUS ARAGÓN

“LA CARENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA
FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUZGADOR PARA
OTORGAR LA LIBERTAD PROVISIONAL”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

HUGO PEREZ BERNAL

ASESOR:
LIC. JOSE RICARDO LIMON PEREZ

MÉXICO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1999 269978



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

Primeramente a la **Universidad Nacional Autónoma de México**, y en especial a la **Escuela Nacional de Estudios Profesionales Plantel Aragón**, cuna de ideas y expresiones que me han dado algunas de las cosas más valiosas en la vida: educación y cultura.

Al licenciado **JOSE RICARDO LIMON PEREZ**, por el tiempo que me dedico, por esa aportación que me dió, como maestro alumno obligándome a estudiar, por la guía y por la fuerza que transmite con su presencia.

A los **profesores** que cumplen con su compromiso, no nada más con la **U.N.A.M.**, sino con las generaciones que nos iniciamos, porque saben lo importante que es brindar su mano para nuestro desarrollo.

Del **Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal**, agradezco infinitamente:

Al licenciado **PORFIRIO GUTIERREZ CORSI**, por la oportunidad que me brindo, y de las cosas que de él aprendí, considerándolo por siempre un gran amigo.

A la licenciada **MARICELA CRUZ SANCHEZ**, por creer en mí, por exigirme de la forma que lo hizo, así como tolerarme aún en los momentos difíciles.

A los licenciados **VICTOR MANUEL MATTAR OLIVA y CRUZ LILIA ROMERO RAMIREZ**, porque a pesar de mi renuencia a adentrarme a esa materia hermosa, como lo es el Derecho Penal, me enseñaron las bases para seguir creciendo dentro del Tribunal y seguir adquiriendo conocimientos gracias a su parte que apporto cada uno de ustedes.

Por otra parte al licenciado **R. ALEJANDRO SENTIES CARRILES**, por haberme enseñado, con la paciencia que ha tenido hacia mi, toda vez que usted es el modelo de Servidor Público, que el Poder Judicial quisiera en cada uno de los Jueces que existen en la materia, por su constancia, por su sencillez y por lo humano que es, en la embestidura que requiere ser Juez.

A mi **madre**, por que tu eres el modelo de fuerza espiritual, que me ha guiado con tus consejos, regaños, tu ejemplo y la disciplina que me haz inculcado para llegar hasta este momento, que es la culminación de una etapa más de estudios, y de mi crecimiento profesional, quien más que tú, se ha preocupado por hacerme crecer, dándome tu amor incondicional de madre.

Ahora me toca hacer alusión a mis mejores cuates, y a la personas que han confiado en mi de alguna manera, A **Diana Ivonne Carmona Rosete**, por ser como eres conmigo, aunque aveces le duelan a uno las verdades, eres como una hermana mayor para mí, a **Saúl Hector Beltran Huerta**, por enseñarme que las cosas bellas no cuestan, gracias por enseñarme a valorar lo que uno tiene; a **Víctor Sánchez Ortiz**, que puedo decir, gracias por creer en mi, apoyarme en los momentos difíciles, y enmendar mi sentido de responsabilidad; a mis cuates del Juzgado **Trigésimo Octavo Penal del Distrito Federal**, así como los del **Vigésimo Penal del Distrito Federal**, por brindarme su amistad **Vicky, Osvaldo, Gustavo** y compañía así como a ese gran intelectual como lo eres tu **Rafael Castillo Morelos**.

A **Ma. de los Angeles Corona Chombo**, gracias por el tiempo que me brindaste, a tu aportación en el presente trabajo, como lo fue en su momento con el apoyo y el sentimiento que te unió hacia mi, impulsándome a seguir con mis metas, como lo es este momento.

A **Beatriz Granados Nogulera**, por ser la niña más sencilla, y con tantas cualidades personales, que me han hecho valorar su existencia a mi lado. Por que gracias a su apoyo y comprensión, en el tiempo que ha compartido conmigo, me ha hecho crecer, brindándome cosas positivas a nuestra relación; y con ese talento, tan suyo, siento una profunda admiración por ella.

ÍNDICE

LA CARENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUZGADOR PARA OTORGAR LA LIBERTAD PROVISIONAL

	Página
Presentación	
Introducción.....	1
CAPITULO I.	
ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA LIBERTAD.	
1.1. Roma y Grecia.....	2
1.2. Alemania.....	4
1.3. Francia.....	5
1.4. España.....	6
1.5. México	8
1.5.1. Epoca Prehispánica.....	9
1.5.2. Epoca Colonial.....	10
1.5.3. Epoca Independiente.....	12
1.5.4. Epoca Contemporánea.....	14
1.5.4.1. Reforma de 1985.....	17
1.5.4.2. Reforma de 1993.....	20
CAPITULO II	
GENERALIDADES DE LA LIBERTAD.	
2.1. Concepto de Libertad.....	22
2.2. Concepto de Libertad provisional.....	25
2.3. Concepto de Libertad Limitada.....	52
2.4. Concepto de Libertad procesal.....	53
2.5. Concepto de Caución.....	56
2.6. Concepto de delitos graves.....	65

CAPITULO III.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

3.1. Resoluciones Judiciales.....	70
3.1.1. Facultad Discrecional.....	74
3.1.2. Resoluciones Tasadas.....	75
3.1.3. Resoluciones Judiciales atento a la legislación procesal de la materia.....	75
3.2. Integración de la norma.....	78
3.3 Principio de legalidad.....	79
3.3.1. Fundamentación.....	82
3.3.2. Motivación.....	84
3.3.3. Jurisprudencia.....	85
3.4. Integración e Interpretación en el Derecho Positivo Mexicano.....	88

CAPITULO IV.

LA INAPLICABILIDAD DE LA FRACCION I DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL

4.1. Antecedentes Penales.....	93
4.2. El riesgo para el ofendido o para la sociedad.....	101
4.3 La necesidad de reformar la fracción I del artículo 20 del Pacto Federal.....	109
Conclusiones.....	119
Bibliografía.....	123

Presentación

El presente trabajo tiene dos finalidades por cumplir, una de ellas, es la de dar por terminada mi carrera como estudiante de la Carrera de Licenciado en Derecho, egresado de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón; por lo que es un requisito, para que se me evalúe, si estoy preparado, para ser útil a la sociedad en la que vivimos.

El segundo aspecto importante, es el de obtener la credibilidad, como profesionista, para que se me obsequie el Título Profesional y como consecuencia de ello, la Cédula Profesional, para poder ejercer de pleno derecho, la carrera que tuve la fortuna de cursar en la ENEP ARAGÓN.

El tema de la presente tesis, fue escogido en un momento ideal, en virtud de que nuestra Ley de Leyes como lo es la Constitución, había sufrido reformas, en beneficio de los gobernados; pero no todas ellas, se adecuan a la realidad que se vive a diario en los Tribunales.

Actualmente me encuentro en contacto a diario con el derecho público y me doy cuenta de las injusticias que acarrearán el mal manejo de facultades discrecionales que tienen los Juzgadores al otorgar o negar derechos para los procesados en base a una discrecionalidad que permite la misma norma, lo anterior me he percatado, a la última reforma que tuvo el artículo 20 Constitucional en su fracción I, pues al Juez se le otorga discrecionalidad en garantías del inculpad de Seguridad Jurídica.

Ahora bien, la tesis que sustento, esta supeditada a la crítica de los Profesores que me serán asignados como parte del jurado, por lo que he de manifestar desde este momento, que puse todo mi empeño en la elaboración del presente trabajo de investigación; siendo dichos Profesionales los mejores críticos para que en base, a su experiencia y conocimiento, califiquen la presente tesis, de manera objetiva y Profesional.

Para finalizar diré que la presente tesis, es el último trabajo estudiantil y el primero como profesional. Pero, una vez que obtenga el Título Profesional, previa calificación del Jurado, he de prometer, que no se acaba mi compromiso con la Universidad, si no que se hace más fuerte el vínculo; por que a donde llegue, será orgullo de mi parte, decir que soy egresado de la ENEP ARAGÓN; y nunca defraudare los principios de nuestra Universidad, y llevaré muy en alto su nombre.

INTRODUCCION

A partir de las reformas que se dieron en materia penal específicamente en el artículo 20 fracción I del Pacto Federal, publicada el 26 veintiséis de junio de 1996 en el Diario Oficial de la Federación, la cual entró en vigor el 2 dos de Julio de ese mismo año, se puede apreciar el cambio substancial que sufrió la citada fracción, pues el legislador no tomó en consideración el alcance y consecuencias de dicha reforma, en virtud de carecer de la técnica jurídica y práctica de dicha reforma, al no estar en contacto en el campo práctico en donde se puede apreciar si son benéficos dichos cambios o no, por lo tanto, del presente estudio se pretende observar los alcances para así conocer su aplicabilidad de tal reforma.

Al respecto la fracción I se modificó; estableciéndose: *Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En casos de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público el Juez podrá negar la libertad provisional cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave, por la ley o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido un riesgo par el ofendido o para la sociedad,* del texto literal de dicha fracción reformada se observan hipótesis nuevas, las cuales podrá utilizar el Ministerio Público y el Juzgador para oponerse y negar respectivamente una

libertad provisional, aun tratándose de la comisión de delitos no calificados como graves, pues basta establecer los extremos de una de las tres hipótesis de dicha reforma, apoyándose el Ministerio Público en la circular número A/008/96, creada por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; pues a criterio del ponente dicha reforma perjudica la esfera jurídica de todo inculpado, al dejar a manos del Juzgador una libertad provisional otorgarla o negarla, cuando esta institución al referirnos a la libertad provisional, era hasta antes de tal reforma una garantía de seguridad jurídica, y ahora se convierte en un criterio discrecional, al dejarse a la ligereza y valoración personal del Juzgador el otorgamiento o negativa de la libertad provisional.

Se dice que la libertad provisional transgrede las garantías de seguridad jurídica, en primer término, al ser el bien jurídico máspreciado para el hombre después de la vida, toda vez que la condición humana es no estar sujeto a ninguna fuerza o sujeción psicofísica interior o exterior, pues su condición humana le exige ser libre, de lo anterior al quedar supeditado ese derecho que tiene todo inculpado a una valoración subjetiva por parte del Juzgador, transgrede el aseguramiento de un derecho automático que tenía al cumplir los requisitos establecidos hasta antes de las reformas en el artículo 20 Constitucional.

Por otra parte el Poder Legislativo no pudo darle el debido enfoque pretendido por el Ejecutivo, como se desprende de la iniciativa de Ley dada por el Jefe del Ejecutivo toda vez que en lo substancial dicha iniciativa establece: *"...es frecuente que el ciudadano común observe cómo el delincuente habitual o el reincidente, que denotan un enorme riesgo social obtienen su libertad inmediata sólo por el hecho de que el delito que cometieron no es clasificado como grave. Es inevitable así que se genere un sentimiento de frustración y resentimiento y una sensación de impunidad*

y pérdida de confianza en las instituciones encargadas de la procuración de justicia. En esta virtud, se estima que el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución o su negativa no debe reducirse a un solo supuesto legal de aplicación automática e inmediata pues debe de crearse formulas que complementen a la ya existentes, en las que el Poder Judicial posea un papel relevante para la determinación de la concesión o no, de la libertad bajo caución...para aquellos delitos no considerados por la ley como graves, el juez, bajo su responsabilidad y a solicitud del Ministerio Público, pueda negar el otorgamiento de la libertad provisional cuando el inculpado haya sido condenado por algún delito; enfrente algún procedimiento penal en su contra, o bien cuando el Ministerio Público razone al Juzgador las circunstancias personales del inculpado que ameriten la negativa. Con ello se evitaría en la conducta delictiva, la naturaleza y características del delito imputado y sus modalidades que justifique la negativa de la libertad provisional susceptible de ser que queden libres los delincuentes que representen un peligro para la convivencia social, aun cuando los delitos cometidos no son calificados como graves por la ley, al considerarse la reincidencia o habitualidad valorado por el juez..."; como se desprende de dicha iniciativa la intención era negarle el beneficio a la reincidencia así como a los habituales, condición que no se observa del texto actual de la reforma en comento, provocando con ello el transgredir garantías de seguridad jurídica y de igualdad.

Después de analizado lo anterior, se desprende que según la visión del ponente, deben ser objeto de nuevo estudio tal reforma efectuada a la fracción descrita con antelación, para que eventualmente sea modificado el artículo 20 Constitucional en su fracción I y no se cometan arbitrariedades en los derechos de los gobernados.

CAPITULO I

***ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA LIBERTAD
PROVISIONAL***

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

Antes de abordar los antecedentes históricos de la libertad provisional es importante tener conocimiento que es la libertad provisional; siendo un concepto amplísimo y comprometido, sin embargo al observar la complejidad del mismo podemos referirnos a las cosas del mundo de la naturaleza o bien al mundo de la cultura, de tal concepto podemos enunciar varias definiciones dependiendo del punto de vista que se quisiera enfocar.

Por tanto para hablar de la libertad provisional, debemos decir que es una garantía consagrada en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para todo inculcado en un procedimiento penal, por tanto es menester desentrañar desde sus raíces etimológicas, en el cual encontramos la palabra "Libertad" la cual deviene del latín "liber" libertas que significa "la libertad natural que permite hacer cada uno, hacer lo que le agrada siempre no sea prohibido por la ley".¹

La libertad provisional es la "medida cautelar encaminada a garantizar la presencia del imputado en el proceso, consistente en la obligación formal contraída por este de comparecer a la presencia

¹GUTIERREZ ALVIS Y AMPARO *Diccionario de Derecho Romano*. S/Edición. Editorial. Reus S.A. Madrid 1982, p.437.

judicial tantas veces fuese llamado, obligación que puede o no ir acompañado de una fianza”.²

Por tanto iniciaremos con los precedentes existentes a esta garantía de seguridad que se tiene consagrada en el Pacto Federal en su artículo 20 Constitucional encontrándose los primeros indicios de la prerrogativa en comento en el antiguo Imperio Romano y Griego.

1.1.GRECIA Y ROMA.

En la formación de los imperios griegos, germanos, atenienses y romanos que fue regulada por las partidas, particularmente en Roma, la libertad provisional se concedió a los ciudadanos dotándolos de reglas de amplia libertad, que se restringieron o se suprimieron al advenimiento de los sistemas inquisitorial y mixto. Como se desprende la ley de las Doce Tablas la cual tuvo su creación en el año 450 A. C. por diez decemviri, denominación que se les daba a los Patricios Romanos, expresamente elegidos por las Asambleas de los Ciudadanos, dándole forma a lo que hoy conocemos con el nombre de la ley de las doce tablas, la cual fue aprobada por los comicios centuriados, integrado por patricios y plebeyos, legislación en la que se previno: “que si el acusado presentaba a alguno que responda por

²F. SEIS S.A. *Nueva Enciclopedia Jurídica*, S/Edición, Editorial Barcelona, 1981, p. 442.

él, dejadlo libre, que un hombre rico preste caución por un hombre rico, pero todo hombre puede presentarla por todo ciudadano pobre”³.

En ese momento la libertad provisional estaba sujeta a dos condiciones:

- a).- la presentación de una fianza; y
- b).- que no se tratara de un crimen contra el Estado.

Se negaba la libertad provisoria cuando se tratara de casos de crímenes contra el Estado, y el imputado no era encarcelado reteniéndosele únicamente sin ligaduras en la casa de un magistrado, reconociéndole el derecho de abandonar la ciudad atendiendo al recurso de la fuga.

De lo que podemos observar el inicio de dicha garantía, misma que en el derecho romano era clara y precisa para su concesión, de lo cual se puede desprender de que cualquier persona, señor o extraño podía otorgar fianza obligándose a presentar al delincuente con el fin de que le fuera impuesta la debida pena, sin embargo ante la facilidad y accesibilidad a dicho beneficio “existía algunos procesados que permanecían en prisión preventiva hasta que les era dictada su sentencia”⁴.

³ GARCIA RAMIREZ SERGIO, *Derecho Procesal Penal*, 4ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1983, p. 300.

⁴ GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, Décima Edición, Edit. Porrúa, México 1988 p. 300.

Así como hablamos de la ley de las Doce Tablas existía otra Institución como lo era la Ley II del Digesto la cual respecto a la garantía que nos ocupa establecía: "cuando se solicite la fianza y existan causas de delitos cometidos con anterioridad entonces no se debía conceder la libertad, por virtud de una Constitución del Senado, de lo que se puede deducir que las legislaciones antiguas sin tantas restricciones o menos complejas se encontraban plasmadas en una ley o cuerpo de leyes las cuales hacían una garantía concedida a todo ciudadano más no una gracia al mismo.

Ahora bien respecto al pueblo ateniense la prisión preventiva se decretaba en los casos de crímenes y conspiración en contra a la Patria, el desorden político y el peculado exclusivamente, otorgándose la libertad a los acusados mediante caución o fianza de tres ciudadanos responsables de su comparecencia al Juicio, encontrando el "antecedente inmediato de la caución por la forma que se garantizaba la libertad de las personas sujetas a proceso"⁵.

1.2. ALEMANIA.

También el Derecho Alemán, el cual contempla la concesión de la libertad provisional teniendo como requisito para el otorgamiento de dicho derecho el cual únicamente requiere una garantía pecuniaria, así mismo como lo menciona el maestro García Ramírez que la libertad provisional "puede concederse sin este requisito, sin embargo podrá

⁵ COLIN SANCHEZ GUILLERMO. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Décimo Tercera Edición, México 1992, p. 319.

revocarse en cualquier momento, si se prueba que el beneficiario trata de fugarse; si el beneficiario no comparece al ser citado sin motivo que lo justifique o aparecen en el curso del proceso nuevas circunstancias que ameriten la detención, el fiador que hubiese presentado caución para garantizar la libertad del inculpado, puede librarse de la obligación contraída siempre que lo presente ante el Tribunal que lo requiera"⁶; Garantía que tiene demasiada similitud a la libertad condicional y la libertad provisional relacionada con el tema que nos ocupa.

1.3. FRANCIA.

Por lo que hace al Derecho Francés, normalmente muchas de las normas que rigen la conducta en nuestro país, se han tomado como modelos los ordenamientos de esa cultura, y de la que tenemos que dicha garantía se puede obtener con o sin caución, siendo regulada dicha garantía por el Código de Instrucción Criminal y las leyes de 4 de Abril de 1855 y 14 de Julio de 1865. "La libertad provisional subsiste como garantía con la obligación para el inculpado para presentarse a todos los actos del juicio y para el fiador que hubiese otorgado fianza, para presentar al inculpado cuantas veces sea necesario, siendo revocable en los casos en que el inculpado se niegue a comparecer al Tribunal; cuando se pronuncie la sentencia de reenvío; cuando nuevas circunstancias hagan necesaria la detención y cuando se dicto un fallo por defecto"⁷.

⁶ GARCIA RAMIREZ SERGIO, *Ob. Cit.* p. 302.

⁷ *Ibidem.*

1.4. ESPAÑA.

Dentro del Derecho Español tenemos el antecedente antiguo en la época visigótica, apareciendo la recopilación de leyes más importantes, a principios de la edad media, teniendo como autor a Eurico, hermano de Elarico Segundo, quien las promulgo y las publicó en la ciudad de Tolosa, teniendo como escuela el Derecho Romano ya que el Código de Alarico contiene textos de Gayo, Papiniano y Caracalla, para posteriormente hallar hacia los años 1255 a 1257 la obra realizada por el Rey Don Alfonso "El Sabio", encontrando disposiciones que se refieren a la fianza así como sus mecanismos de funcionamiento, teniendo tal ley el precedente a lo que fue denominado por las Siete Partidas, toda vez que se encuentran diferenciadas la fianza de la Haz, la carcelaria o fianza de la cárcel segura, la caución juratoria y la caución de estar a derecho.

Se establecía que la *fianza de Haz*, era aquella en la que el fiador era el mismo reo, obligándose al acusado como en su persona como en sus bienes, la *caución juratoria*, se daba cuando el reo por si mismo tenía la obligación de presentarse ante el Juez o la cárcel el día y hora que así fuera requerido, observándose en esta figura se daba el caso del mancomún entendiéndose ésta como cuando un segundo o hasta un tercero interesado en la libertad del reo otorgaba su palabra de honor para favorecer la libertad del encausado.

En la caución de estar a derecho en ella se obligaba al fiador a satisfacer como si fuera el reo principal, la resultas de la causa y sentencia que contra éste se pronunciara, observando que el fiador quedaba como si fuera el reo para el caso del incumplimiento.

Las Siete Partidas, al igual que Nueva y la Novísima recopilación estuvo vigente en México hasta el Código de Procedimientos Penales de 1880, contenía diversas disposiciones relacionadas con la libertad bajo fianza.

Esta ley fue terminada por Alfonso X, "El Sabio" en 1625, es antecedente de las leyes nacionales y su vigencia se extendió en nuestro territorio hasta finales del siglo XIX, posteriormente, en distintas partidas, aparecen obligaciones para el fiador, algunas de ellas son: que el inculcado asista al juicio y no se dé a la fuga, comprometiéndose a traer al presunto reo a juicio, siempre que se le mande comparecer a litigio y defenderle, también corresponde al fiador pagar lo juzgado y sentenciado, partida III, título XII, leyes XVII y XIX, así como la partida VII, título XXIX.

Por último en la Nueva Compilación de España, como se desprende de la obra del maestro García Ramírez, el país ibérico continua mencionando en cuanto a los antecedentes de la libertad provisional se regula por la Ley de Enjuiciamiento Criminal del 14 de septiembre de 1882, "la cual se encuentra consagrada con una facultad discrecional para el Juez quien la concederá cuando la pena fuere por delito que tuviese señalada pena inferior a prisión

correccional, si por sus antecedentes o circunstancias personales no existe presunción lógica de que desobedecerá a las citas de comparecencia. El auto que conceda la libertad provisional debe de hacerse del conocimiento del Ministerio Público del ofendido del delito, y del procesado, quedando al arbitrio del Juez, fijar la cantidad de la fianza, pero si la concesión de la libertad provisional puede afectar al interés público o de las partes, el mandamiento que la conceda será apelable en el efecto devolutivo. El beneficiario deberá de comprometerse a comparecer en los días que fuesen señalados por el Tribunal y cuantas veces sea requerido, la fianza se cancelará cuando el fiador lo pidiere, presentando a su fiador ante el Juez; en los casos que el beneficiario sea reducido a prisión por muerte del inculcado estando en tramitación el proceso y al dictarse el auto de Sobreseimiento o sentencia firme"⁸.

De lo cual podemos apreciar que nuestra legislación procesal así como nuestra Carta Magna han tomado en cuenta las disposiciones legales concernientes a la libertad provisional, pues como se desprende de los países a estudio como lo son Alemania, Francia y España, existen rasgos en nuestra legislación que tienen cierta similitud de las normas encaminadas a la concesión de la libertad provisional en relación a los Estados supracitados.

1.5. MÉXICO.

⁸ Idem. Pág. 306

Para dar una breve evolución respecto a la libertad provisional consagrada como una garantía en nuestra Carta Magna, es necesario avocarnos a su estudio en diferentes etapas que nuestro país ha vivido a lo largo de su historia como Estado, ha tenido cambios radicales tanto en su forma de gobierno, costumbres y por ende legislaciones que se han tenido que modificar o acoplar a esos cambios, para poder regular adecuadamente la garantía que nos ocupa, por tanto es importante detallarlas de la siguiente forma:

1.5.1. EPOCA PREHISPANICA.

En la época prehispánica se asentaron las raíces que conforman nuestra cultura, siendo el precedente nuestra cultura prehispánica, la cual tuvo su hegemonía hacia el año 1375, territorio que estuvo habitado por varios pueblos de diversas culturas y diferentes costumbres, como los mayas, toltecas, aztecas, los purépechas o tarascos, quienes indudablemente crearon sus propios sistemas de derecho, sin embargo es importante destacar que dichas culturas estaban gobernadas bajo una confederación, toda vez que el Imperio de la Gran Tenochtitlan, estaba organizado por una sociedad militar y religiosa, dirigida por un jefe que era a la vez un caudillo y sumo sacerdote, centramos este precedente en la cultura Azteca, toda vez que era el Gobierno Central de la citada confederación, pues su dominio militar llegó a ampliar su territorio y por ende organizar así como gobernar a los pueblos que se encontraban a su alrededor, ahora bien en éste Imperio nos encontramos que el sistema jurídico

que imperaba era demasiado bárbaro, denominación que se le otorgó a dicho orden jurídico, en razón de tener sanciones demasiado infamantes, que iban desde los palos, la prisión, los azotes, las mutilaciones, la esclavitud, hasta la de muerte, la cual se realizaba por medio de la horca, el descuartizamiento, lapidación entre otras, en dicho orden jurídico existía una clasificación de delitos graves, los cuales eran sancionados con la pena de muerte como lo eran: el aborto, el adulterio, el asalto, la calumnia el estupro, la hechicería, el homicidio el incesto la traición, incluso el ocultamiento de una traición era castigado con esclavitud, se castigaba con gran severidad la embriaguez, sobre todo en los jóvenes, y el usar prendas de vestir propias del sexo contrario conocido como travestismo; como podemos apreciar en dicho sistema jurídico no existía la libertad provisional, pues dada a la severidad de las sanciones se traducían en una vida social tranquila y ordenada la cual causó asombro a los mismos conquistadores⁹.

1.5.2. EPOCA COLONIAL.

Ya consumada la conquista fue substituido el derecho indígena, por las leyes españolas que fueron de tres clases: las que regían ya a la nación española, las leyes de las indias y las que se elaboraron en las colonias de España en América.

⁹ SOTO PEREZ RICARDO, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, Edición 8ª Editorial Esfinge. S.A., México 1970, p. 13 y 14.

Dentro de esta época el antecedente más inmediato de la libertad provisional lo encontramos en la Constitución de Cádiz de 1812, la cual se encuentra plasmada en sus numerales 295 y 296 que a la letra dicen: " No será llevado a la cárcel al que dé fiador, en los casos que la ley no prohíba expresamente que se admita la fianza" y "En cualquier Estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al preso pena corporal se le pondrá en libertad, dando fianza"¹⁰; como se puede apreciar, las disposiciones de esta Constitución abarcan dos modalidades:

a).- se remite para su aplicación a las leyes secundarias;

b).- si no puede imponerse al preso pena corporal, porque no lo amerite debe concederse el beneficio de la libertad caucional.

De donde se establece que "la garantía de la Constitución de Cádiz era absoluta con la excepción que contiene el artículo 295, o sea cuando la ley prohíba expresamente la concesión de esta prerrogativa"¹¹, como podemos apreciar significativamente la Constitución de Cádiz de 1812, tuvo influencia de la Constitución de los franceses, misma que fue elaborada a efecto de regular las injusticias de que eran objeto los indígenas, logrando darle un régimen más liberal al colonial, institución que se le denominó el "cadáver de la monarquía" en razón de que el pueblo vibraba con más fuerza en busca de libertad e independencia¹²,

¹⁰ CALZADA PADRON FELICIANO, *Derecho Constitucional*, Cuarta Edición, Editorial Harla, México 1994, p. 410

¹¹ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. *Derecho Constitucional Mexicano*, Décima Edición, Editorial Porrúa, México 1976., p 197.

¹² FLORESCANO, ENRIQUE, GIL SANCHEZ ISABEL, *Historia General de México*, tomo 1, S/Edición, El Colegio de México, México 1981, p. 627.

1.5.3 EPOCA INDEPEDIENTE.

En este periodo mismo que lo podemos abarcar desde la Constitución de Apatzingán, fue creada en el año de 1814 por el Caudillo de la Independencia José María Morelos y Pavón, legislación en la cual se preocupaban por modificar la estructura de gobierno, sin embargo a la muerte del caudillo y vivir el país una precaria situación a efecto de saber que Estado de Derecho prevalecía, en 1821 siguiendo el mismo Plan de Ayala, acta que fue reconocida por el mismo Virrey, situación que desmoronó la colonia de que había sido objeto nuestro país, proclamándose el acta de independencia en la capital el 24 de Septiembre de 1821, por tanto al haberse constituido el país como un Estado Independiente podemos decir que nuestra primera Constitución emanada sin el yugo Español lo fue el Código Político llamado Bases Orgánicas, en el que se contemplaba la libertad provisional en el artículo 7º fracción IX, mismo que a la letra decía "En cualquier estado de la causa, en que aparezca que al Reo no puede imponerse pena corporal, será puesto en libertad dando fianza.",¹³ observándose que dicha legislación traía consigo sobre el particular el espíritu del legislador de la Constitución de Cádiz de 1812, en este mismo periodo en el Reglamento Provisional, Político Mexicano, cuando nuestro país se acaba de liberar del pueblo español en el 18 de diciembre de 1822, toma lo asentado en la Constitución de 1812, para establecer "nunca será arrestado el que de fiador en los casos que la ley no prohíba admitir fianza, y este recurso quedara expedido en cualquier estado del proceso en que conste no haber lugar a la

imposición de pena corporal"¹⁴; de lo anterior podemos concluir que encontramos referencias de la libertad provisional bajo caución en los textos de la Constitución de 1824, y en las Siete Leyes de 1836, sin embargo ninguna de estas leyes regula la libertad provisional como derecho a los acusados de los delitos castigados con pena privativa de libertad.

En esta misma época independiente, el Congreso de la Unión aprobó la legislación en la cual se omite hablar respecto al término de fianza toda vez que en el artículo 46 de la ley V, encuadra a la libertad caucional, pues en lo conducente señala "que sea puesto en libertad al reo en los términos y circunstancias que determine la ley", podríamos enunciar que se habla de una especie de caución; posteriormente en el año de 1840 el supremo poder conservador suscribe un proyecto en el cual en el numeral 9º fracción V, se asienta " no puede ser detenido ni permanecer en prisión ,dando fianza siempre que por la calidad del delito o por la circunstancias de proceso aparezca que no se le pueda imponer pena corporal", este artículo se encuentra establecido en el apartado de los "derechos del mexicano"; el 26 de agosto de 1842 aparece un voto particular de la minoría de la comisión constituyente en el que estableció en la fracción X del artículo 5º, detalla la libertad bajo fianza de la siguiente manera "cuando por la calidad del delito o por las circunstancias procesales aparezca que no se puede imponer según la ley pena corporal se pondrá en libertad el presunto reo bajo fianza ,o en su defecto bajo otra caución legal"; de dicho artículo se

¹³ CALZADA *Ob. Cit.* p. 506.

¹⁴ RAMIREZ FONSECA, FRANCISCO. *Derecho Constitucional Mexicano*. 5ª Edición, México 1990. p. 127

encuentra incompleto al no incorporar reforma alguna respecto al derecho subjetivo público que tutela la libertad de los acusados. Fernando Barrita López, manifiesta que: "este trabajo sostiene expresamente las ideas de la Constitución de Cádiz de 1812, ya que en el se reitera la idea de que sólo será posible si y sólo sí, el delito cometido no merece pena corporal"¹⁵; en el gobierno de Don Ignacio Conmonfort fue jurada la Constitución de 1857, misma que serviría de antecedente para el Congreso Constituyente de Don Venustiano Carranza en su proyecto de 1917, en la carta magna promulgada en 1857 fue una recopilación respecto a lo que hace a la libertad provisional de varios códigos instrumentales, a los cuales se les hicieron algunas adecuaciones, de lo que podemos colegir que dicho derecho del inculpado contemplado en alguna legislación ordinaria paso a consagrarse en la ley fundamental, lo cual fue plasmado en su artículo 18 en el cual se dispuso: "Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se le pondrá en libertad bajo fianza", observándose que tal beneficio era demasiado limitado, toda vez se concedía cuando existía alguna razón para no imponer la pena corporal.

1.5.4. EPOCA CONTEMPORANEA.

Este periodo abarca desde la Constitución promulgada en 1917 por Don Venustiano Carranza y el Congreso Constituyente, existiendo

¹⁵ BARRITA LOPEZ, FERNANDO A. *Prisión Preventiva y Ciencias Penales*. Edit. Porrúa, México 1992. p.175.

el precedente en la Constitución de 1857, cuerpo de leyes que fue la base para la conformación de nuestra Constitución la cual nos rige hasta nuestros días la cual ya estaba integrada por ocho títulos y 120 artículos en los cuales 29 eran dedicados únicamente a las prerrogativas del hombre ¹⁶, sin embargo en la Constitución de 1917 misma que fue publicada por decreto en 31 treinta y uno de enero de 1917, para que la misma tuviera vigencia a partir del 5 cinco de Febrero de 1917, Carta Magna que habría un nuevo México a raíz del cual se escribiría nuestra historia como Estado, misma que contenía aspectos sociales que aún no se contemplaba en otras constituciones anteriores, y sobre el punto que nos ocupa dicha legislación consagró la libertad provisional en la fracción I del artículo 20 en el cual se establecía "Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad, bajo fianza, según sus circunstancias personales, y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor a la de cinco años de prisión y sin más requisitos poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla"¹⁷; mismo precepto el cual a criterio del Congreso Constituyente quedaba complementado lo concerniente a la libertad provisional que se observaba en la Constitución de 1857, tal como lo describe el mismo Don Venustiano Carranza en su discurso durante la Instalación del Congreso Constituyente en Querétaro, el 1º primero de diciembre de 1916 el cual sobre el particular respecto al artículo 20

¹⁶ *Idem.* p 89-90.

¹⁷ *Diario Oficial de la Federación Publicado el día 31 treinta y uno de enero de 1917 p 150.*

Constitucional decía "por regla general los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los jueces y aun de los mismos agentes o escribientes suyos...la ley concede al acusado la facultad de obtener su libertad bajo la fianza durante el curso de su proceso, pero tal facultad quedo al arbitrio caprichoso de los jueces, quienes podían negar la gracia con solo decir que tenían temor que el acusado se fugase y se sustrajera a la acción de la justicia"¹⁸; observándose desde ese entonces la facultad discrecional de un Juzgador para la obtención de una garantía constitucional, la cual fue derogada en su totalidad por el Pacto Federal de 1917, misma reforma que tuvo sus deficiencias pues no podía determinarse concretamente cual era la pena que correspondía al procesado dentro de los límites mínimos y máximos que establecía el Código Penal, situación que fue enmendada en el Decreto Publicado 2 de diciembre de 1948 modificándose por primera vez el texto de la fracción I del artículo 20 Constitucional, para quedar como sigue "Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad, bajo fianza, según sus circunstancias personales, y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del Juez en su aceptación.

¹⁸ *Suplemento de Estudios Parlamentarios del Congreso, La Constitución de 1917, Edit. Estudios Parlamentarios del Congreso, Año 2, Núm. 7, 1ª Epoca, Enero-Febrero 1997, p. 57-58.*

En ningún caso la fianza o caución será mayor de \$250,000.00 a no ser de que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será, como máximo, salvo se trate de delitos patrimoniales caso en el cual la garantía será, cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido al daño ocasionado”¹⁹; subsanándose las deficiencias que tenía nuestra Carta Magna de 1917, asimismo actualizándose los montos de la caución, fijando un máximo de los mismos, aunado a que el monto de la reparación del daño quedará debidamente garantizada.

1.5.4.1 Reforma de 1985.

Ahora bien la iniciativa de reforma que motivó al Ejecutivo modificar el artículo 20 Constitucional en su fracción I fue en razón de que la reforma de 48 carecía de ciertas deficiencias, toda vez que sobre el particular en los delitos patrimoniales cuando el procesado solicitaba su libertad caucional después de haber reparado el daño ocasionado, cuya regla justificaba la aplicación de la regla especial, el monto de la caución debería de fijarse atendiendo a la regla genérica, atendándose a que no excediera de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en el que se cometió el delito, y el otro problema fue derivado cuando el ilícito era cometido por más de una persona, quienes tenían

¹⁹ ZAMORA PIERCE JESUS, *Garantías y Proceso Penal*, Sexta Edición, Edit. Porrúa, S.A., México 1993. P 176-177.

que garantizar en los delitos patrimoniales cada uno la reparación del daño por tres tantos más, pues cuando el espíritu del legislador era únicamente que en conjunto los coautores garantizaran tres veces más el beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados, por tanto en 14 catorce de enero de 1985 por Decreto Publicado en el Diario Oficial se reformo la fracción que nos ocupa, misma que iniciaría su vigencia seis meses después de su publicación, para quedar como sigue: "Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional, bajo caución que fijara el Juzgador tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del Juez en su aceptación.

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar de los hechos en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada para incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en el que se cometió el delito.

Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la

garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

Si el delito es preterintencional o imprudencial bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores²⁰. Como podemos observar en el concepto de la libertad provisional se corrigieron ciertos vicios que se arrastraban por más de media década, principios que se estuvieron haciendo valer únicamente a los quejosos en el Juicio de Amparo, no así a la generalidad, para quien debe ser aplicable una norma, es decir para sus gobernados.

1.5.4.2. Reforma de 1993.

En efecto en 1993 con el decreto publicado en el Diario oficial el 3 tres de septiembre del mismo año, dio un giro total al otorgamiento de la libertad provisional toda vez que al respecto, fue quitada la regla en el contenida como lo era "que el delito no estuviese castigado con una pena mayor de cinco años de prisión, como término medio aritmético, mismo que se regularía apoyado en un numeral procesal que establecería los delitos considerados como graves, por tanto el legislador planeo y concreto más adecuadamente el otorgamiento de la garantía constitucional, asimismo actualizo los conceptos de reparación del daño, sanción pecuniaria y su libertad provisional, garantías que debería de exhibir el indiciado o procesado, asimismo como la fijación de la cantidad era discrecional al Juzgador se modifico en el sentido de que de esta estuviera a su alcance del encausado

presentarlas, por tanto dicho artículo en dicha reforma quedo de la siguiente forma:

“Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado, y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

El monto y forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado, en circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial.

El Juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso, observándose de lo anterior que nos encontramos en una regulación adecuada a efecto de restringir o ampliar el derecho libertad provisional con el simple hecho de establecer en numerales como lo fueron el 268 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal y 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, los delitos que el Ente Ministerial o el Juzgador tenía que ubicarlos para concederles el beneficio de la libertad provisional, al ubicarlos en ese apartado especial de delitos graves situación que permitió no cambiar penalidad de determinados artículos, además de este requisito que tiene que cubrir el procesado también estableció garantizar los tres rubros antes mencionados, los cuales deben de ser

²⁰ *Idem* p. 178-179.

asequibles al inculpado.

Siendo la última reforma del artículo 20 fracción I del Pacto Federal el 26 veintiséis de junio de 1996, publicada en el Diario Oficial de la Federación que entró en vigor el día 2 dos de Julio de 1996, en dicha reforma el legislador no observo los alcances que le daba al establecer la oposición a la negativa del otorgamiento de la libertad provisional, toda vez que estaba modificando un derecho de los inculpados en un procedimiento penal en nuestro máximo ordenamiento, quedando como sigue "en caso de delitos no graves a solicitud del Ministerio Público, el Juez podrá negar la libertad, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos, para establecer que la libertad del inculpado representa por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido un riesgo para el ofendido o para la sociedad"; siendo un impedimento que resulta por demás lesivo a dicho inculpado, pues no bastando de que el delito a que se encuentra sujeto no es grave, y máxime se debería hablar de una seguridad jurídica, dado que ante tal reforma se establecería una incertidumbre para dicho inculpado, pues se le otorgaría una facultad discrecional al Juzgador, cuando se debería hablar de una seguridad de obtener dicha garantía únicamente cumpliendo ciertos requisitos que establezca la ley no como se previno en tal disposición de nuestra carta magna, lo que se detallara más adelante en el presente trabajo.

CAPITULO II

GENERALIDADES DE LA LIBERTAD

CAPITULO II

GENERALIDADES DE LA LIBERTAD

2.1. CONCEPTO DE LIBERTAD.

Para hablar del concepto de libertad podemos abordarlo desde muchos puntos de vista, sin embargo el que más nos importa es aquel que se refiere a la condición del hombre o pueblo que no está sujeto a una potestad exterior, acepción que se puede valorar desde muchos puntos de vista, palabra que tiene su raíz etimológica del latín *libertas-atis*, que indica la condición del hombre no sujeto a la esclavitud, se puede anunciar criterios que la enuncian como la ausencia de trabas en relación con los movimientos posibles de una persona animal o un objeto.

Filosóficamente otros la conceptúan como el estado existencial del hombre en el cual éste, es dueño de sus actos y puede determinarse conscientemente sin sujeción a ninguna fuerza o situación psicofísica interior o exterior, de ahí que la existencia de la libertad sea un hecho de experiencia inmediata y universal en la vida humana.

Por ende, es el fundamento de la existencia interna como la coexistencia social del hombre; y sí esta coexistencia depende de la

vigencia de uno o varios ordenamientos normativos, resulta que el hombre es libre en tanto posee una inteligencia capaz de decidir la realización de éstos; tal concepto puede ser valorado desde muchos puntos de vista, tal como el mismo maestro Burgoa nos señala que la libertad es "una teología que perseguir, que es inherente a su ser, dicha finalidad estriba genéricamente hablando, en la obtención de su felicidad o bienestar, que se traduce en términos abstractos en una situación subjetiva de satisfacción permanente con independencia del estado real en que la persona se encuentre o de las circunstancias materiales que lo rodeen"²¹; tal concepción según su autor nos da un panorama amplísimo de lo que implica el sólo concepto de la palabra libertad, más aún dicho concepto al valorarlo desde un punto de vista objetivo o social se establece que "se revela como la potestad consistente en realizar trascendentalmente los fines que el mismo se forja por los conductos de los medios idóneos que su arbitrio le sugiere, que es en lo que estriba su actuación externa, la cual sólo debe tener las restricciones que establezca la ley, en aras de un interés social o de un interés legítimo privado ajeno"²².

Este concepto de libertad debe de establecerse ahora como una garantía constitucional del que tenemos el punto deontológico y que nos ubica con respecto al terreno de las realidades mismo que se define como *una potestad inseparable de la naturaleza humana, como un elemento esencial de la persona*, ahora bien de lo anterior se puede inferir que tal condición del deber ser termina traduciéndose en

²¹ BURGOA IGNACIO, *Las Garantías Individuales*; Vigésimo Octava Edición. Editorial Porrúa; México p303.

el ser a lo que se le denomina lo ontológico, tal como se desprende de la historia toda vez que al existir las deformaciones de los gobiernos se abusaba de la libertad del hombre en razón de que la misma no se encontraba debidamente establecida, siendo importante que cuando nace el Estado de Derecho existe la preocupación por tal situación, por tanto se tiene que delimitar esa libertad, más aún la humana, que resulta ser un elemento inseparable de la personalidad humana, se convirtió pues, en un derecho público cuando el Estado se obligó a respetarla traduciéndose así en una realidad jurídica, creándose así una obligación correlativa consistente en "derecho para el gobernado como potestad o facultad, de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto, la observancia del poder libertario individual, tal prerrogativa se concibe como el contenido final de un derecho subjetivo público, cuyo titular es el gobernado con la obligación estatal correlativa impuesta al Estado y a sus autoridades"²³ de lo anterior podemos deducir que tal locución nos conlleva a demasiadas acepciones de libertad, toda vez que existen muchos tipos de libertad, como la de expresión, la de trabajo entre otros siendo el de vital importancia es el que involucra nuestra esfera jurídica en un procedimiento penal misma que analizaremos más adelante más detalladamente, de la libertad el mismo Francisco Carrara opina que "después del derecho a la conservación de la vida sucede en el orden de relativa importancia el de la libertad individual"²⁴, de los anteriores conceptos se puede inferir

²² *Idem.* p. 304

²³ *Ibidem.* p. 310

²⁴ CARRARA, FRANCISCO. citado en *Programa de Derecho Criminal, citado en la Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XV. S/Edición. Edit. Francisco Seix, S.A. p. 27.

que en la sociedad es una regla la eterna libertad, según la cual debe de reconocerse al hombre el máximo de libertad y no debe de restringirse sino cuando es necesario y en la medida que lo sea, de ahí que nuestro Máximo Tribunal establezca que: "el derecho que tiene a la libertad el hombre, le es propio viene de su naturaleza, ninguna ley se lo concede, sino que únicamente se le reconoce como tal"²⁵; por tanto tal concepto presenta varios aspectos de aplicación y desarrollo, su reconocimiento por la Constitución se llevo a cabo por cada facultad libertaria en especial a título derecho subjetivo público; tales como la libertad de trabajo (artículo 5º Constitucional), libertad de expresión (artículo 6º Constitucional), libertad de imprenta (artículo 7º Constitucional), derecho de petición (artículo 8º Constitucional), libertad de asociación (artículo 9º Constitucional), libertad de tránsito (artículo 11 Constitucional) etc. Siendo irrelevante enumerar tales garantías toda vez que la libertad más valiosa es la libertad personal la cual se encuentra restringida como más adelante se analizara.

2.2. CONCEPTO DE LIBERTAD PROVISIONAL.

Para abordar tal concepto podemos apoyarnos en el estudio de los juristas que son la base o soporte del presente trabajo, dado lo complicado de hablar de la libertad y más aun cuando se trata de la libertad provisional, al respecto iniciaremos señalando que la libertad provisional nos obliga a buscar la opinión de los expertos, de acuerdo

²⁵ *Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia, Ejecutoria Tomo XIII, amparo penal en revisión, Talavera Carlos, 28/03/23. p. 317.*

a como lo definen algunos juristas del derecho, enunciando que la libertad provisional es: "una institución con la que se procura armonizar, en forma equitativa, los intereses de la sociedad, de los derechos del procesado, los intereses patrimoniales del ofendido y la buena marcha del procedimiento"²⁶, la situación transitoria en la que sin perjuicio, de que el proceso continúe, el inculpado pueda disfrutar de la libertad, aunque sujeto a determinadas condiciones"²⁷; "la libertad con el carácter temporal se conceda a un detenido por el tiempo que dure la tramitación del proceso, previa satisfacción de determinadas condiciones, establecidas en la ley"²⁸; medio que permite obtener la libertad entre tanto se pronuncia una sentencia definitiva en un proceso, mediante el empleo de una garantía que evita la sustracción a la acción de la justicia"²⁹; "situación personal en que se condiciona el disfrute de la libertad natural de un reo, ex - preso presunto responsable al cumplimiento de una determinada condición personal"³⁰.

Al comparar los anteriores conceptos se puede denotar al tomar en consideración los elementos más importantes de los anteriores conceptos de la libertad provisional, tenemos que todos los autores coinciden, en señalar que para obtener la libertad provisional se deben de cumplir ciertos requisitos, que dicha prerrogativa únicamente es de

²⁶ *Exposición de Motivos de la Iniciativa presidencial del 3 de septiembre de 1984*

²⁷ *Diccionario Jurídico, ed. 3ª, Edit. Espasa- Calpe, Madrid, 1991, p. 573.*

²⁸ PEREZ PALMA RAFAEL, *Guía de Derecho Procesal Penal*. Tercera Edición, Edit. Cárdenas, México 1991, p. 541.

²⁹ GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE, *Derecho Procesal Penal*, Novena Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1988, p. 845.

³⁰ GARCIA RAMIREZ SEGIO, *Derecho Penal y Derechos Humanos*, Cuarta Edición Edit. Porrúa S.A., México 1992, p. 111.

carácter transitorio, para el inculpado, presunto o reo, de ahí que haciendo un desglose de este concepto de libertad provisional, tenemos que es un ***derecho de carácter transitorio que tiene el individuo en todo juicio del orden penal***, sin embargo para poder darle un debido enfoque a lo que es la libertad provisional, es importante ubicar el entorno en donde se desarrolla la citada garantía, misma que se verificará en todo proceso penal el cual se inicia en la averiguación previa, la cual tiene por objeto "que el Ministerio Público practique todas las diligencias necesarias para acreditar los elementos del tipo penal y la presunta responsabilidad del diligenciado",³¹ de ahí que esta etapa se le conozca también como preliminar, teniendo tales actuaciones carácter administrativo, y la misma se inicia al momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de delitos del orden común y los mismos sean de *oficio* (artículo 262 C.P.P.D.F.), diferenciándose estos de lo que se persiguen a petición de parte, en los que el Organo Ministerial, no investigara tal ilícito siempre y cuando exista querrela como uno de los requisitos de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, toda vez que la querrela es un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia de que sea perseguido (artículo 264 del C.P.P.D.F.), en tal orden de ideas los delitos que se persiguen a petición de parte ofendida son los siguientes delitos(artículo 263 C.P.P.D.F.):

- 1).- Hostigamiento Sexual, estupro y privación ilegal de la

³¹ *Diccionario Jurídico Mexicano, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tercera Edición Editorial Porrúa, México, 1989. p. 299*

libertad con propósitos sexuales;

2).- Difamación y Calumnia; y

3).- Los demás que determine el Código Penal; violación de correspondencia previsto en el artículo 173; peligro de contagio cuando se trata de cónyuges, concubenarios o concubinas previsto en el artículo 199 bis; adulterio previsto en artículo 273; amenazas previsto en el artículo 282; lesiones previstas en el artículo 289; abandono de cónyuge previsto en el artículo 337; injurias, difamación o calumnias previstos en el artículo 360; robo previsto en el artículo 380; cuando se le imputare haber tomado una cosa ajena sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor y acredite haberla tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla; abuso de confianza previsto en los artículos 382 al 385; fraude previsto en los artículos 386 al 389 bis; excepto cuando su monto exceda del equivalente a quinientas veces el salario mínimo general vigente en el lugar y en el momento en que se cometido el delito; sean varios ofendidos; despojo de cosas inmuebles o de aguas previsto en el artículo 395, excepto en los dos últimos párrafos, asimismo los delitos de robo, fraude, abuso de confianza, extorsión, despojo cosas inmuebles o de aguas, daño en propiedad ajena cometidos por un ascendiente o descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad hasta el segundo grado; asimismo se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen incurrido en la ejecución del delito con los sujetos precitados, previstos en el artículo 399 bis); así para la persecución de los delitos sea

necesaria la querrela de parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja, para que proceda verbalmente su queja; para que se proceda en los términos de los artículos 275 y 276 del mismo ordenamiento instrumental; teniéndose como parte ofendida para dar por satisfecho el requisito de querrela necesaria a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado, y tratándose de incapaces a los ascendientes y a falta de éstos, a los hermanos o a los que representen a aquellos legalmente; cuando la víctima por cualquier motivo no pueda expresar el legitimado para presentar la querrela serán las personas previstas en el artículo 30 bis del Código Penal; y por lo que respecta a los entes morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario el acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o Asamblea de Socios o Accionistas ni poder especial para el caso concreto, y por lo que respecta a la querrela de personas físicas bastará un poder semejante salvo en los casos de estupro o adulterio, en los que sólo se tendrá por formulado directamente por algunas de las personas señaladas en el primer párrafo (artículo 264 C.P.P.D.F.) y cuando el ofendido sea menor de edad y mayor de dieciséis años podrá querrellarse el mismo o por quien este legitimado para ello. Tratándose de menores de esta edad o de otros incapaces, la querrela se presentará por quien ejerza la patria potestad o tutela (artículo 115 C.F.P.P.).

Ahora bien el ente ministerial únicamente puede retener al

inculpado de algún delito sin mandato judicial, cuando exista flagrancia, flagrancia equiparada y en supuesto de caso urgente (artículo 267 y 268 del C.P.P.D.F.) y 16 Constitucional, iniciando la averiguación previa bajo su responsabilidad, según proceda, decretará la retención del indiciado y si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merezca pena privativa de libertad, o bien ordenará la libertad del detenido cuando la sanción sea no privativa de libertad o bien pena alternativa,

Para evitar irregularidades el artículo 16 Constitucional reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha 3 tres de septiembre de 1993, establece en su párrafo séptimo "Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá de ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial, este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea delincuencia organizada (artículo 194 bis y 268 bis del C.F.P.P. y C.P.P.D.F. respectivamente), de ahí cuando fuera detenido el inculpado o este se presentara voluntariamente se procederá de la siguiente forma (artículo 269 del C.P.P.D.F.):

- 1.- Se hará constar día y lugar de la detención, así como en su caso el nombre y cargo de quien lo haya ordenado. Cuando la detención se hubiera practicado por una autoridad diversa al Ministerio Público, se asentará o se agregará en su caso, información circunstanciada suscrita de quien haya realizado o recibido al detenido.

2.- La imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante, acusador o querellante.

3.- Será informado de los derechos que en averiguación previa consigne en su favor la Constitución:

a).- No podrá declarar si así lo desea.

b).- Que debe de tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quiere o no pudiese designar defensor, se le designará uno de oficio.

c).- Ser asistido por su defensor cuando declare.

d).- Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa, para lo cual se le permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en la presencia del personal, el acta de averiguación previa.

f).- Que se le reciban los testigos y las demás pruebas que ofrezca las cuales se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediendo el tiempo necesario para su desahogo, siempre que no se traduzca en dilación de la averiguación previa y las personas cuyos testimonios ofrezcan se encuentren presentes en la oficina del Ministerio Público.

Quando no sea posible el desahogo de pruebas ofrecidas por el inculcado y su defensor, el juzgador resolverá en su oportunidad sobre su admisión y práctica de las mismas, y

g).- Que se le conceda de inmediato que lo solicite su libertad provisional bajo caución conforme a la fracción I del artículo 20 Constitucional y 556 del C.P.P.D.F.)

Para los efectos de los incisos b), c) y d) se le permitirá

comunicarse con las personas que solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de que se disponga o personalmente si se hallasen presentes.

4.- Cuando el inculpado fuere indígena o extranjero que no hable o entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber sus derechos. Si se tratará de un extranjero la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática que corresponda. Asimismo se hará constar por escrito los derechos antes mencionados dejándose constancia en el acta de averiguación previa, manteniéndose separados a los hombres de las mujeres en el lugar de la detención.

Después de haberse señalado lo más importante en una indagatoria, también es relevante hacer notar que no únicamente se puede conceder este beneficio en la indagatoria, sino también cuando al ser consignado el indiciado fuera puesto a disposición del Juzgado, quien de acuerdo al artículo 268 del C.P.P.D.F., tiene la obligación de ratificar la detención del inculpado, a efecto de verificar si fue efectuada la detención en flagrancia, flagrancia equiparada o en por caso urgente, para el caso de estar debidamente hecha la detención ratificara la detención y de lo contrario ordenará su libertad con las reservas de ley de conformidad con el párrafo último antes invocado, asimismo el Juez que conozca de la causa tendrá 48 cuarenta y ocho horas, para tomarle su declaración preparatoria (287 del C.P.P.D.F.), diligencia la cual se hará en público, debiendo tomarle su declaración de forma libre y espontánea y sin ningún tipo coacción dicho inculpado

(288-289 del C.P.P.D.F.), iniciando tal diligencia con sus generales, el grupo étnico o indígena al que pertenezca así como sus circunstancias personales (290 C.P.P.D.F.), acto seguido se le hará saber que tiene derecho a un abogado o persona de su confianza o en su caso si no lo hiciere el Juez ordenará uno de oficio; para acto después hacerle saber si tiene derecho a la libertad provisional de acuerdo a lo que establece el artículo 20 Constitucional y 556 del Código de Procedimientos Penales, asimismo se le hará de su conocimiento el delito por el que viene consignado, las personas que lo denuncian los testigos que lo acusan, para el caso que así lo desee se le examinará sobre los hechos consignados, siendo que si el inculcado no lo desea declarar se le respetará su voluntad dejando constancia de ello en actuaciones, para el caso de ser su deseo será examinado el inculcado, quien después para el caso de ser su deseo ser examinado será interrogado por el Ministerio Público y su defensa, siempre y cuando también así lo desee de acuerdo a la fracción II del artículo 20 del Pacto Federal indiciado que contestara aquellas preguntas que sean calificadas de legales por el Juez (291-293 del C.P.P.D.F.), asimismo el Juez tendrá un término de setenta y dos horas para dictar el auto de término constitucional en el cual se le podrá dictar auto de formal prisión o de sujeción a proceso y una libertad por falta de elementos, término que le comenzará a correr a partir del momento de que el inculcado le es puesto a disposición del Órgano Jurisdiccional, es de destacar que el Juez para el caso de no acreditarse debidamente los elementos del tipo penal por el o los que consignó el Ministerio Público de la indagatoria y encontrará que existe otro delito

de los hechos materia de la consignación tomando únicamente los elementos del tipo aun cuando con ello se modifique el pliego de consignación efectuado en la indagatoria, siendo importante señalar que el Juzgador no podrá excederse de lo solicitado por el Ministerio Público, toda vez que el Juzgador para el caso de hacerlo rebasaría la acusación del ente ministerial (artículo 304 bis del C.P.P.D.F.); por otro lado se abre el procedimiento a prueba ya sea en la vía sumaria, sumario u ordinario, y de ahí para el caso podrá solicitar su libertad el procesado desde que le es tomada su declaración hasta el momento en que se le dicte su sentencia de segunda instancia o para el caso de que se tratare de delitos de procedimientos sumarios hasta el momento en que estos causen ejecutoria, de entre todas las modalidades de la libertad provisional existen las siguientes:

Libertad provisional bajo protesta;

Libertad provisional sin caución; y

Libertad provisional bajo caución.

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO PROTESTA.

Por tanto empecemos a analizar la libertad provisional bajo Protesta desde nuestra legislación aplicable en el Distrito Federal siendo este el Código de Procedimientos Penales, el cual se encuentra en el capítulo tercero de la sección segunda, del Título quinto de dicho ordenamiento en el que se desprende que la libertad provisional bajo protesta es una modalidad, que tiene el inculgado para obtener su libertad provisional, y que para su otorgamiento se

requiere que:

Artículo 552.- Libertad protestatoria es la que se concede al procesado siempre que llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el acusado tenga su domicilio fijo y conocido en el lugar en que se sigue el proceso;
- b) Que su residencia en dicho lugar sea de un año cuando menos;
- c) Que a juicio del Juez no haya temor de que sustraiga a la acción de la Justicia;
- d) Que proteste presentarse ante el Tribunal o Juez que conozca de su causa siempre y cuando se le ordene;
- e) Que el inculcado no haya sido condenado por delito intencional y
- f) Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de 3 años de prisión. Tratándose de personas de escasos recursos el Juez podrá conceder éste beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de 5 años.

Artículo 553.- La libertad protestatoria se concede siempre bajo la condición de que el agraciado desempeñe algún trabajo honesto.

Artículo 554.- La libertad protestatoria se revocará:

- I.- Cuando se viole alguna de las disposiciones de los dos

artículos anteriores; y

b) cuando recaiga sentencia condenatoria contra el agraciado, ya sea en primera ó segunda instancia;

Artículo 555.- La libertad bajo protesta procede sin los requisitos anteriores en los siguientes casos:

I.- Cuando se hubiese prolongado la prisión preventiva del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

II.- Cuando habiéndose pronunciado sentencia condenatoria en Primera Instancia la cumpla íntegramente el acusado y este pendiente el recurso de apelación.

Este tipo de libertad provisional en la actualidad la encontramos en desuso toda vez que los Juzgadores tienen la desconfianza de que el inculpado al que se le otorgue tal beneficio, se sustraiga de la acción de la justicia, por tanto tal libertad nunca se solicita, encontrando un desuso total, siendo considerada tal libertad como letra muerta en el código instrumental por tanto debería de existir una iniciativa para derogar la libertad bajo protesta, toda vez que la misma al ser utilizada en la edad media, esta gozaba de gran relevancia toda vez quien se comprometía tenía que cumplir, no por el rechazo del seno social sino por la religión pues el que llegase a mentir cometía un pecado y la palabra de honor se convertía en un juramento religioso en ese entonces, situación que no se constata en la actualidad para darle la debida aplicación.

LIBERTAD PROVISIONAL SIN CAUCION.

Esta prerrogativa contemplada en el artículo 133 bis y 135 bis del C.P.P.D.F. y C.F.P.P. respectivamente, los cuales en común establecen:

Se concederá al inculpado la libertad sin caución alguna, por el Ministerio Público o por el juez, cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años, siempre que:

I.- No exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia;

II.- Tenga domicilio fijo con antelación no menor de un año, en el lugar de la residencia de la autoridad que conozca del caso;

III.- Tenga un trabajo lícito; y

IV.- Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional.

Agregando la legislación federal que siempre y cuando no se trate de delitos calificados como graves por tal legislación.

En primer término dicha garantía es una de las más usadas en la etapa de la averiguación previa y es discrecional de la autoridad investigadora le otorga la libertad provisional sin caución al indiciado siempre que el delito no tenga sanción mayor de tres años, consecuentemente estamos hablando de delitos que no se encuentran previstos como graves, además que se trate de delitos que tengan resultado formal no material, como lo sería un abuso sexual, portación de arma prohibida, resistencia a particulares entre otros, como

acabamos de observar dichos delitos no tiene un resultado material, el cual pueda necesitar garantizar la posible reparación del daño o algunas posibles multas, por tanto dicha garantía únicamente puede ser otorgada por delitos, menores; por otro lado también se observa otros requisitos como lo son: que no exista riesgo fundado de que pueda sustraerse de la justicia, cuando se desprende que al tratarse de delitos menores es de suponerse que el indiciado no tiene interés de sustraerse de la acción de la justicia, encontrándonos además que resida en el Distrito Federal, que tenga un trabajo lícito y que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional, circunstancias difíciles de acreditar en razón de ser imposibles de reunir y poder probar todo lo anterior en el mismo momento que se solicita dicha libertad, por tanto nos encontramos que dicho derecho subjetivo previsto en la norma precitada pocas veces es utilizado únicamente por la Representación Social de la indagatoria para actos de corrupción, sirviendo tal artículo para otorgar la libertad sin más requisito.

LIBERTAD PRVISIONAL BAJO CAUCION.

En la legislación instrumental en el Distrito Federal, se encuentra prevista en los numerales 556 al 574 del Código de Procedimientos Penales del dicha Entidad en los cuales se refiere:

Artículo 556.- Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial a ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite si se reúnen los siguientes requisitos:

I.- Que garantice el monto estimado de la Reparación del Daño; tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas a la Ley Federal del Trabajo

(Artículo 500 del L.F.T.- Cuando el riesgo traiga como consecuencia la muerte del trabajador, la indemnización comprenderá:

I.- Dos meses de salario por concepto de gastos funerarios; y

II.- El pago de la cantidad que fija el artículo 502

Artículo 502.- En caso de muerte del trabajador, la indemnización que corresponda a las personas a que se refiere el artículo anterior será la cantidad equivalente al importe de 730 días de salario, sin deducir la indemnización que percibió el trabajador, durante el tiempo que estuvo sometido al régimen de incapacidad temporal.).

II.- Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele:

III.- Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones, que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso; y

IV.- Que no se trate de delitos que por su gravedad están

previstos en el párrafo último del artículo 268 de este código.

Es importante hacer un paréntesis a efecto de hablar de los alcances del precepto antes mencionado del cual se desprende los requisitos para el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución entre los cuales se sustenta de que no se trate de delitos que por su gravedad estén previstos en el párrafo último del artículo 268 de este mismo código a estudio, de donde tenemos que para el caso de que se tratase de un concurso real o ideal y todos los delitos tuviesen el derecho a la libertad provisional se le deberá otorgar dicho beneficio dejando únicamente para sentencia la sanción que pueda aumentarse tomando en consideración el delito de mayor entidad el cual deberá de aumentarse de acuerdo a las reglas previstas en el artículo 64 del código sustantivo de la materia.

Artículo 557.- La libertad bajo caución podrá pedirse en cualquier tiempo por el acusado, por su defensor o por el legítimo representante de aquel.

Artículo 558.- Cuando proceda la libertad caucional, reunidos los requisitos, el juez la decretará inmediatamente en la misma pieza de autos.

El maestro Pérez Palma refiere que “la libertad caucional como lo previene la fracción I del artículo 20 Constitucional, es inmediata y no admite la formación de incidentes, puesto que debe ser otorgada

en la misma pieza de autos³², por lo que deduce dicho autor tal precepto carece de sentido, por tanto resulta fuera de lógica jurídica el hecho de tramitarse en vía incidental y más aun establecerse la libertad provisional en un capítulo correspondiente a los incidentes cuando dicha libertad requiere de una inmediatez de acuerdo a la fracción I del artículo 20 de la Constitución General de la República.

Artículo 559.- En caso de que se niegue la libertad caucional podrá solicitarse de nuevo y ser concedida, por causas supervinientes.

Artículo 560.- A petición del procesado o su defensor, la caución a que se refiere la fracción III del artículo 556 se reducirá en la proporción que el Juez estime justa y equitativa por cualquiera de las circunstancias siguientes:

I.- El tiempo que el procesado lleve privado de su libertad;

II.- La disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito;

III.- La imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente aún con pagos parciales;

IV.- El buen comportamiento observado en el Centro de

³² PEREZ PALMA RAFAEL, *Guía de Derecho Procesal Penal Actualizada* 1997, Cuarta Edición, Editorial Cardenas Editor Distribuidor, México Distrito Federal, , p.579.

Reclusión de acuerdo con el informe que rinda el Consejo Técnico Interdisciplinario;

V.- Otras que racionalmente conduzcan al Juzgador crear seguridad de que no procurará sustraerse de la acción de la justicia

Las garantías a que se refieren las fracciones I y II del artículo 556 sólo podrán ser reducidas en los términos expuestos en el primer párrafo de este artículo cuando se verifique la circunstancia señalada en la fracción III del presente artículo. En este caso si se llegare a acreditar que para obtener la reducción de la caución recupero su capacidad económica para cubrir los montos de las garantías inicialmente señaladas, de no restituir estas en el plazo que el Juez señale para ese efecto, se le revocará la libertad provisional, que tenga concedida.

Artículo 561.- La naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado, quien al solicitar la libertad manifestará la forma que elige, para los efectos de la fracción V del artículo anterior. En el caso de que el inculpado, su representante o su defensor no hagan la manifestación mencionada, el Ministerio Público, el Juez o el Tribunal de acuerdo con el artículo que antecede fijará las cantidades que correspondan a cada una de las formas de la caución.

Por lo que respecta a la valoración que tiene que hacer el Juzgador para el otorgamiento de la libertad caucional es de vital importancia hacer resaltar el elemento subjetivo que engloba dicho

precepto, pues sobre el particular como lo refiere el maestro Pérez Palma, "la concesión de la libertad caucional debe consistir en un acto inmediato, sin formación de incidente, mecánico y casi irreflexivo; como además podrá ser anterior a la declaración preparatoria para la cual concede cuarenta y ocho horas el Juez generalmente ignorará quien es el detenido, cuales son sus antecedentes, su capacidad económica o el menor o mayor interés que pueda tener sustraerse a la acción de la justicia, el único dato cierto de que podrá disponer para fijar el monto de la fianza, es el de la gravedad del delito imputado, que resultará de las diligencias de la averiguación previa que el Ministerio Público le envíe, de aquí en realidad que el único elemento de que disponen los jueces para fijar el monto de la caución será este último, los restantes tendrán que imaginarlos o suponerlos"³³, encontrándonos que tal precepto es la fiel transcripción de lo que señalaba el pacto federal en la parte última de la fracción I del artículo 20, de lo que se puede establecer que si bien es cierto que la regla general establece el derecho o las limitantes también lo es que dicha norma derivada de la general deberá de establecer los mecanismos para tratar de integrar y darle la correcta aplicación al precepto antes aludido, a efecto de producir una correcta aplicación a la norma general la cual se aplicará por la norma instrumentada la cual no deberá de rebasar por lo señalado por la Constitución.

Artículo 567.- Al notificarse al indiciado el auto que le concede la libertad caucional se le hará saber que contrae las siguientes

³³ *Ibidem* 580-581.

obligaciones, presentarse ante el Ministerio Público o Juez, cuantas veces sea citado o requerido para ello; comunicar a los mismos los cambios de domicilio que tuviere y presentarse ante el Ministerio Público Juzgado o Tribunal, que conozca de su causa el día que se le señale de cada semana, en la notificación se hará constar que se le hicieron saber al indiciado las anteriores obligaciones, pero la omisión de este requisito no libra al indiciado de ellas ni de sus consecuencias.

En los casos a que se refiere el artículo 133 bis, el Juez al notificar el auto de sujeción a proceso le hará saber que ha contraído las dos primeras obligaciones señaladas en el primer párrafo de este mismo artículo.

REVOCACION DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

Artículo 568.- El juez podrá revocar la libertad caucional cuando a su criterio el procesado incumpla en forma grave con cualesquiera de las obligaciones previstas en el artículo anterior. Asimismo se revocará la libertad caucional en los siguientes casos:

I.- Cuando desobedeciere sin causa justa y comprobada, las órdenes legítimas del tribunal que conozca de su asunto, o no efectúe las exhibiciones dentro de los plazos fijados por el tribunal, en caso de habersele autorizado a efectuar el depósito en parcialidades;

II.- Cuando fuera sentenciado por nuevo delito intencional que

merezca pena privativa de libertad, antes de que la causa en que se le concedió la libertad esté concluida por sentencia ejecutoria;

III.- Cuando amenazare a la parte ofendida o algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su causa, o tratare de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, al juez, al agente del Ministerio Público o al secretario del juzgado o tribunal que conozca de su causa;

IV.- Cuando lo solicite el mismo inculpado y se presente a su juez;

V.- Si durante la instrucción apareciere que el delito o los delitos materia del auto de formal prisión, son de los considerados como graves, y

VI.- Cuando en su proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia;

Artículo 569.- En caso de revocación de la libertad caucional se mandará a reaprehender al procesado y, salvo la causa prevista en la fracción IV del artículo 568, se hará efectiva a favor de la víctima o del ofendido por el delito la garantía relativa a la reparación del daño; de las que versan sobre las sanciones pecuniarias y para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso, se harán efectivas a favor del Estado.

Artículo 572.- El Juez o tribunal ordenará la devolución de los depósitos o mandará a cancelar las garantías, cuando:

I.- Cuando el acusado sea absuelto; y

II.- Cuando se dicte al indiciado auto de libertad o de extinción de la acción penal.

. Cuando resulte condenado el acusado que se encuentre en libertad bajo caución y se presente a cumplir su condena, las cauciones para garantizar la reparación del daño y las sanciones pecuniarias, se harán efectivas, la primera a favor del Estado. La otorgada para garantizarlas obligaciones derivadas del proceso se devolverán al sentenciado o a quien indique éste, o en su caso se cancelarán.

Artículo 573.- Cuando un tercero haya constituido depósito, fianza, hipoteca o fideicomiso para garantizar la libertad de un inculpado, las ordenes para que comparezca éste se entenderán con aquél, sino pudiere desde luego presentar al inculpado, el Juez podrá otorgarle un plazo hasta de quince días para que lo haga, sin perjuicio de librar orden de reaprehensión, si lo estimare oportuno, si concluido el plazo constituido al fiador, no se obtiene la comparecencia del inculpado, se hará efectiva la garantía, en los términos del artículo 569 de este código, y se ordenará la reaprehensión del inculpado.

Artículo 574.- En los casos de revocación de la libertad caucional, se deberá oír previamente al Ministerio Público.

Artículo 574 Bis.- Lo previsto en este capítulo será aplicable en lo conducente a la libertad bajo caución que otorgue el Ministerio Público en la averiguación previa.

Es importante resaltar que la libertad provisional entraña tanto para el procedimiento como tanto para los sujetos que intervienen en este hecho, toda vez que libertad provisional consiste en la desaparición de la restricción que para la libertad individual supone la detención y la prisión preventiva, quedando la libertad individual sólo para los fines del procedimiento, teniendo la concesión de la libertad provisional como objeto principal que el indiciado a quien se le otorgo el beneficio siga recluido en el local ordinario de detención privado de su libertad personal y de esta forma evitar una situación más grave, como la que se da en las prisiones como lo es el contagio delictivo particularmente en los internos primarios que se encuentran sujetos a prisión preventiva, en virtud de que más que corregir al infractor lo empujan a seguir en la conducta antisocial ya que en esta prisiones en lugar rehabilitarse le pervierten, evitando una mejoría al no haber una clasificación o separación en la mayoría de los penales de los países, en lugar de proporcionarle una verdadera rehabilitación y readaptación social, esos centros de reclusión preventiva así como aquellos para cumplir una sanción siguen contribuyendo a que el delincuente se perfeccione en su arte, toda vez que el ambiente que se vive en esos

centros de reclusión no es el más adecuado para cumplir o purgar una sanción que amerite la comisión de un delito.

Ahora bien dentro de la averiguación previa también es importante señalar que existe otra limitante de la libertad caucional, como lo es al garantizar en esa etapa de preinstrucción que nosotros conocemos como averiguación previa, toda vez que el Ministerio Público al concederle la libertad provisional a un indiciado, lo previene para que este se presente ante la Representación Social las veces que sea requerido asimismo se presente ante el Órgano Jurisdiccional que le requiera su presentación, de tal manera se le apercibe al inculpado que para el caso de no comparecer el Juzgador tiene la facultad de ordenar su reaprehensión y hacer efectivas las garantías exhibidas en la indagatoria; por tanto existe esta prevención para lograr su presentación seguir gozando del beneficio de la libertad administrativa, y para el caso exhibir nuevamente garantías para garantizar ahora su libertad procesal, la cual tiene principio desde el momento en que al inculpado rinde su declaración preparatoria, de tal forma que si el inculpado en un momento determinado garantiza su libertad administrativa por medio de pólizas de fianza tendrá nuevamente que garantizar, pudiendo el Juzgador en base al expediente y a los antecedentes personales del reo modificar las garantías que para él sean pertinentes y suficientes para resguardar la libertad provisional, y con lo que hace a las garantías más adelante se hará un análisis detallado de las formas de caucionarse.

Es importante destacar que dentro de este capítulo quedo

debidamente configurado lo que se tiene en lo conducente a la libertad provisional analizada desde el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, ahora bien haremos una confrontación con la legislación instrumental del Estado de México y la legislación Federal en lo concerniente a la libertad caucional, y a efecto de inútiles reiteraciones al transcribir cada una de las legislaciones tanto federal como la local del Estado de México únicamente señalaremos las diferencias con la del Distrito Federal y en su momento se hará la crítica correspondiente:

De acuerdo a los requisitos que requiere el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución es importante establecer que en las tres legislaciones a estudio requiere de los mismos requisitos para su concesión como lo es: garantizar la reparación del daño, la posible sanción pecuniaria, y el cumplimiento de las obligaciones contraídas con el Juzgado, siempre y cuando no se trate de delito grave previsto en el catalogo correspondiente de los delitos clasificados como graves en las legislaciones correspondientes.

Es importante señalar que en las tres legislaciones a estudio se prevé los mismos requisitos con las circunstancias relacionadas con la disminución de los montos de las garantías señaladas para obtener la libertad caucional, así mismo en dichas legislaciones se establece la valoración que debe hacer el juzgador para fijar los montos correspondientes a las garantías para obtener el beneficio de la libertad provisional; además en las legislaciones en comento le dan

ese tono de asequibilidad al otorgamiento cuando le dan elección al indiciado para que establezca la forma en que va a garantizar los montos correspondientes, ahora bien es menester señalar que en la legislación del Estado de México trata de asegurar el cumplimiento de la reparación del daño al señalar que la reparación del daño podrá ser garantizada siempre en efectivo y los demás montos en cualquiera de las formas que establece la ley, de lo cual se desprende que las tres legislaciones a estudio se apegan a lo que establece el Pacto Federal, relacionado al otorgamiento de la libertad provisional; por otro lado es menester destacar que el otorgamiento de la libertad caucional es más amplia, toda vez que refiere que después de la sentencia de primera instancia cuando se tratare delitos que hubiesen sido sancionados con un pena menor a la de cinco años, se le otorgará el beneficio de la libertad provisional, el presente precepto evalúa muchas circunstancias como lo son:

- a.- Que el inculpado cuando se trate de sentencias recurribles ante el Tribunal de Alzada, tenga el acceso al beneficio para el otorgamiento de la libertad mientras dicha resolución queda firme;
- b.- Se le otorga dicho beneficio provisional al sentenciado previendo que para el caso de que sea menor la sanción a cinco años en su caso el sentenciado pueda acogerse a algún beneficio, de acuerdo a los que establece la suspensión condicional de la condena, trabajo en favor de la comunidad; y
- c.- Este beneficio es con la finalidad de tratar que el

delincuente no se vicia con el ambiente de la reclusión preventiva y a efecto de que pueda readaptarse más prontamente.

- d.- Por otro lado es importante notar que dicho sentenciado tiene la alternativa de poder tomar a su favor el derecho de la libertad provisional o también podría acogerse a alguno de los beneficios otorgados en el cuerpo de la sentencia, como trabajo a favor de la comunidad, o aquel denominado como el de suspensión condicional de la condena, pues como todavía estaríamos hablando de una sentencia la cual podría ser modificada por el Tribunal de Alzada, de acuerdo a las valoraciones realizadas a través de la norma general a efecto de verificar si efectivamente se encuentran acreditados los elementos del tipo penal previstos en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales

Por los demás requisitos que previenen las legislaciones para la concesión y la revocación que contienen las tres normas instrumentales, nos encontramos con los mismos requisitos, sin embargo las legislaciones en comento se refiere que cuando se trate de algún fiador que constituyo garantía éste se le da un plazo mayor al previsto en las legislaciones tanto federales como en la del Distrito Federal, asimismo la norma estatal al referirse al hacerse efectivas las garantías por la revocación de la libertad caucional, la reparación del daño se hace efectiva a favor del ofendido, las sanciones pecuniarias a favor del Estado y la concerniente a la del cumplimiento de las

obligaciones contraídas con el juzgado a favor del Estado, si bien es cierto que las tres coinciden en la forma que tendrán hacerse efectivas, también lo es que la norma instrumental del Distrito Federal se encuentra un tanto desactualizada toda vez que de acuerdo al Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal dicha garantía concerniente al cumplimiento de las obligaciones contraídas con el Juzgado se harán efectivas a favor de un fondo creado por la Ley del Fondo de la Administración de Justicia del Distrito Federal y no a favor del Estado, toda vez que se desincorporo del Gobierno del Distrito Federal el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

2.3. CONCEPTO DE LIBERTAD LIMITADA

La libertad limitada, la cual únicamente se valorará en la legislación local del Distrito Federal, encontramos como una restricción a los movimientos posibles de una persona, toda vez que se encuentra impedida jurídicamente para tal circunstancia, ahora bien es importante establecer que tal concepto emana de la libertad provisional toda vez que deben de cumplirse determinadas condiciones para su otorgamiento también se traducen en limitaciones que al mismo tiempo convierten en esa libertad provisional en una libertad limitada, ya que si no se cumple con ellas la libertad otorgada se le revocará, pues la ley dispone que al obtenerse la libertad provisional quedará a disposición de la autoridad ya sea el Ministerio Público o el Juzgador, siendo tales limitaciones las siguientes:

a).- que la conducta típica no sea de los delitos clasificados

como graves por la ley penal;

b).- que el sujeto a juicio debe presentarse en el momento en que lo solicite el Juzgador;

c).- que en caso de desacato de las disposiciones del Aquo se ordenará su reaprehensión y se harán efectivas las garantías exhibidas correspondientes a su libertad provisional;

Por tanto la libertad provisional que goza el procesado o indiciado se convierte en limitada desde el momento en que tiene que cumplir con ciertas obligaciones previstas por la misma legislación local, desprendiéndose que la garantía exhibida quede en lugar de la prisión preventiva del encausado, de lo anterior podemos deducir que la libertad limitada "es el estado temporal o definitivo que conservan algunos encausados que se encuentran sujetos a un juicio del orden penal.

2.4. CONCEPTO DE LIBERTAD PROCESAL.

Al referirse respecto de la libertad procesal es importante primeramente establecer que ésta se delimita en el proceso y que entendemos por procedimiento, partiendo de tal premisa el maestro Rafael de Pina lo define como un conjunto de actos regulados por la ley, y realizados de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del juez competente", y como procedimiento "el conjunto de formalidades o trámites a que está

sujeta la realización de los actos jurídicos civiles, procesales, administrativos y legislativos”³⁴.

De lo anterior se puede inferir que la libertad procesal se puede solicitar en el proceso, diferenciándose de la premisa mayor como lo es la libertad Constitucional consagrada en nuestra carta magna, en la fracción I del artículo 20, pues señala que puede ser solicitada inmediatamente sin más requisito que garantizar el monto estimado de la reparación del daño, la posible sanción pecuniaria y las obligaciones contraídas con el Juzgado, a la autoridad respectiva en el momento solicitado, de ahí tenemos que dicha libertad puede ser solicitada en la indagatoria, siempre y cuando el indiciado garantice ante el Ministerio Público los anteriores conceptos, libertad también denominada como administrativa, la cual nos conlleva a que podrá gozar de tal beneficio en la investigaciones realizadas en la indagatoria, y para el caso de que fuera consignada tal averiguación por el ejercicio de la acción penal por parte de la Representación Social, dicha libertad duraría únicamente hasta el momento en que el Juzgador verifique la legalidad de la procedencia de la ORDEN DE APREHENSION y para el caso tendría que ordenar la presentación del indiciado, que en su momento quedo en libertad administrativa, quien tendrá que comparecer ante el Juzgador con la finalidad de que le sea tomada su declaración preparatoria y le sean fijados los montos para que siga gozando del beneficio de la libertad anteriormente administrativa, la cual se convierte en procesal al momento de ser sujeto a proceso,

³⁴ DE PINA VARA RAFAEL. *Diccionario de Derecho* Editorial Porrúa. Vigésima Edición. Edit. Porrúa, México 1994. p.420.

persona que para el caso de no comparecer el día y hora señalados se le revocaría su libertad administrativa y se le ordenaría su aprehensión tal como lo prevé el párrafo tercero del artículo 271 del Código de Procedimientos Penales; de lo anterior podemos inferir que la libertad administrativa y la libertad procesal se encuentran contenidas en la libertad constitucional, siendo que la libertad procesal es la que nos da la pauta respecto a las formalidades que se requieren para obtener tal beneficio, toda vez que el procesado adquiere tal calidad desde el momento en que se le dicta su auto de formal prisión o sujeción a proceso, misma libertad que concluye con la resolución que recaiga en contra de la conducta ilícita realizada por el procesado para adquirir su calidad de sentenciado, por tanto la libertad procesal puede solicitarse por medio de un procedimiento denominado incidente, contemplando nuestra norma procesal tres tipos:

- a) Incidente de Libertad por falta de elementos para procesar;
- b) Incidente de Libertad bajo protesta; y
- c) Incidente de Libertad bajo caución.

Por lo que respecta a la libertad que se fija en la averiguación previa es de hacer notar que el Ministerio Público tiene más facultadas para substituir o en su caso restringir esa libertad administrativa, toda vez que del precepto antes mencionado (artículo 271 del C.P.P.D.F.) tenemos que el indiciado podrá arraigarse en su domicilio siempre y cuando se tratare de delitos que por su gravedad no exceda la sanción de cinco años, se trate de delitos imprudenciales ahora denominados culposos, que se realice un convenio con el ofendido o sus

causahabientes ante el Ministerio Público de la forma en que reparará el daño, siendo que este tipo de arraigo no puede ser mayor de tres días, transcurrido dicho término el arraigado podrá desplazarse libremente, además del arraigo administrativo o arraigo domiciliario, también encontramos el arraigo judicial el cual tendrá que solicitarse al Organismo Jurisdiccional quien lo otorgará siempre y cuando al imputado no deba ser internado, en prisión preventiva, y existan elementos para suponer que podrá sustraerse de la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez fundando y motivando su petición el arraigo del imputado y por el tiempo que el Tribunal señale, esta situación también se da cuando el indiciado goza de su libertad caucional en la indagatoria "en la que se le restringe su libertad al apercibirse de "no poder ausentarse del lugar sin permiso", situación que limita el derecho que goza el inculcado, de lo anterior que este arraigo al darse cuando existe una libertad caucional lesiona las garantías individuales del inculcado al limitarle su libertad prevista en su artículo 11 Constitucional.

De lo que podemos concluir que la libertad procesal es la concesión que previa concesión fundada y motivada otorga la autoridad respectiva al presunto responsable, cumpliendo con los requisitos que para ello establece la ley.

2.5.CONCEPTO DE CAUCION.-

Para indicar lo referente a este rubro es importante primeramente abordar el concepto de caución desde un punto de vista

general, por tanto tomaremos el mismo definiéndolo como: " Seguridad que una persona da a otra de que cumplirá lo pactado prometido o fundado. En términos generales cualquier forma de garantía de las obligaciones", de acuerdo a lo que establece el maestro Pina de la Vara, sin embargo lo que nos compete son aquellas obligaciones derivadas de un proceso penal, de ahí tenemos que el inculpado en la averiguación previa y ante el Juez de conocimiento una vez que solicita su libertad tendrá que garantizarla, siempre y cuando no se trate de delito grave, y exhiba los montos fijados por el Juzgador:

- a).- En depósito en efectivo, hecho por el inculpado o por terceras personas en la Institución de crédito para ello;
- b).- En hipoteca;
- c).- En prenda;
- d).- En fianza; y
- e).- En fideicomiso de garantía formalmente otorgado.

Este tipo de garantías son las que se previene en nuestra legislación local en los siguientes numerales las cuales más adelante analizaremos:

Artículo 562.- La caución podrá consistir:

I.- En depósito en efectivo, hecho por el inculpado o terceras personas en Institución de Crédito autorizada para ello (Nacional Financiera S.N.C.). El certificado que en estos casos se expida se depositarán en la caja de valores del Ministerio Público, del Tribunal ó Juzgado, tomándose razón de ellos en autos. Cuando por razón de la

hora o por ser día inhábil, no pueda constituirse el depósito directamente en la Institución mencionada el Ministerio Público, o el Juez recibirán la cantidad exhibida y la mandarán depositar en las mismas el primer día hábil.

Cuando el inculpado no tenga recursos económicos suficientes para efectuar en una sola exhibición el depósito en efectivo el juez podrá autorizarlo para que lo efectúe en parcialidades de conformidad con las siguientes reglas:

a.- Que el inculpado tenga cuando menos un año de residir de forma efectiva en el Distrito Federal o en su zona conurbada y demuestre estar desempeñando empleo profesión u ocupación lícitos que le prevean medios de subsistencia;

b.- Que el inculpado tenga fiador personal que a juicio del juez sea solvente e idóneo y dicho fiador proteste hacer cargo de las exhibiciones no efectuadas por el inculpado. El juez podrá eximir de esta obligación, para lo cual deberá de motivar su resolución;

c.- El monto de la primera exhibición no podrá ser inferior al quince por ciento del monto total de la caución fijada, y deberá de efectuarse antes de que se obtenga la libertad provisional;

d.- El inculpado deberá obligarse a efectuar las exhibiciones por los montos y en los plazos que le fije el Juez;

d.- El inculpado deberá de obligarse a efectuar las exhibiciones por los montos y en los plazos que le fije el juez;

II.- En hipoteca otorgada por el inculpado o por terceras personas, sobre inmuebles cuyo valor fiscal no sea menor que el monto de la caución, más la cantidad necesaria para cubrir los gastos necesarios para cubrir los gastos destinados a hacer efectiva la garantía en los términos del artículo 570 del presente código.

III.- En prenda, en cuyo caso el bien mueble deberá tener un valor de mercado de cuando menos dos veces el monto de la suma fijada como caución; y

IV.- En fianza personal bastante, que podrá constituirse en el expediente.

V.- En fideicomiso de garantía formalmente otorgado.

Artículo 563.- Cuando la fianza personal exceda del equivalente a cien veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, el fiador deberá de comprobar que tiene bienes raíces, inscritos en el Registro Público de la Propiedad, cuyo valor no sea menor que el monto de la caución, más la cantidad necesaria para cubrir los gastos necesarios a hacer efectiva la garantía en los términos del artículo 570. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable cuando se trate de afianzadoras legalmente constituidas y autorizadas.

Artículo 564.- Cuando ofrezcan como garantía, fianza personal que exceda del equivalente a cien veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal o hipoteca se deberá de presentar el certificado de libertad de gravámenes, expedido por el encargado del Registro Público de la Propiedad, que comprenda un término de diez años, y constancia de estar al corriente en el pago de las contribuciones respectivas, para que el juez certifique la solvencia.

Artículo 565 El fiador propuesto, salvo cuando se trate de las mencionadas empresas afianzadoras, deberá de declarar ante el juez correspondiente, bajo protesta de decir verdad, acerca de las fianzas judiciales, que con anterioridad haya otorgado, así como la cuantía y las circunstancias de las mismas para que esa declaración se tome en cuenta al calificar su solvencia.

Artículo 566.- En el tribunal superior respectivo se llevará un índice en que se anotaran las fianzas otorgadas ante el mismo, o ante los Juzgados de su jurisdicción, a cuyo efecto estos en el término de tres días, deberán de comunicarle las que hayan aceptado así como la cancelación de las mismas, en su caso, para que también esto se anote en el índice. Cuando lo estimen necesario, los jueces solicitaran del Tribunal Superior datos del índice para calificar la solvencia de su fiador.

De las anteriores garantías antes señaladas iniciaremos el estudio de cada una, al respecto la ley procesal del Distrito Federal nos indica que la garantía podrá exhibirse en depósito en efectivo, la

cual tendrá que autorizarse ante la Institución de crédito autorizada para ello, ente que otorgará un certificado el cual será guardado en la caja del seguro del Juzgado, y señala tal precepto que para el caso de la hora o por tratarse de un día inhábil el Juez o el Ministerio Público tendrán la obligación de recibir el dinero en efectivo el cual tendrá que ser cambiado en la Institución autorizada por el certificado correspondiente, el cual será guardado en el Seguro del Juzgado o de la Agencia (562 C.P.P.D.F. y 404 C.F.P.P.), en la practica procesal en el Distrito Federal tenemos como tal Institución a Nacional Financiera Sociedad Nacional de Crédito, garantía que tiene plena eficacia en la practica jurídica.

Por otra parte con lo que hace a la hipoteca precisa la norma procesal que deberá cumplir una serie de requisitos como lo son:

- a) que el inmueble otorgado por el inculpado o terceras personas sobre inmuebles cuyo valor fiscal no sea menor que el monto de la caución; b) la cantidad necesaria para cubrir los gastos destinados a hacer efectiva la garantía.


Tipo de garantía que se encuentra en desuso por la serie de requisitos engorrosos, como lo sería en su caso un avalúo bancario que se efectuará respecto al bien inmueble a hipotecar, por otra parte deberá de exhibir un certificado de antecedentes registrales, los cuales determinarán si el inmueble en garantía no cuenta con gravámenes, para que sea suficientes a cubrir los demás requisitos, de ahí que tal figura se encuentre en desuso, por no encontrarse

acorde a esa celeridad procesal para poder ser utilizada.

Ahora bien con lo que respecta a la fianza es de hacer notar que nuestra legislación prevé demasiadas hipótesis las cuales se encuentran en desuso como lo son la fianza que podrían ser constituidas por una persona física, por tanto las fianzas que podrían constituirse por alguna persona física, casi no es vista en la práctica jurídica, sin embargo también prevé la legislación que dichas fianzas puedan ser garantizadas por afianzadoras legalmente constituidas y autorizadas, tipo de garantía que no requiere tantos requisitos o trabas para poder exhibirla pues con la simple exhibición de tal garantía por la Institución autorizada, por el certificado correspondiente se considerará acreditada la solvencia de tal afianzadora, de acuerdo a lo que señala en su numeral 12 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, de ahí que dicho tipo de garantía se encuentre constantemente en uso para garantizar la libertad provisional, pues toda vez que las afianzadoras piden un monto máximo del 12% con lo que respecta a la garantía real que solicita el Juzgado, también dicha garantía a criterio del Juzgador la acepta, aunque exista disposición expresa en el ordenamiento procesal del Distrito Federal para que quede a elección del encausado la forma de garantizar la libertad provisional, aludiendo el Juzgador en sus resoluciones que únicamente puede aceptar tal garantía en las obligaciones contraídas con el Juzgado, siendo una de las formas de oponerse legalmente a que el encausado goce de su libertad provisional, sin embargo tal forma de garantizar en muchos juzgados se realiza su exhibición por

Instituciones debidamente autorizadas.

Como otra forma de garantizar la libertad provisional tenemos la prenda la define nuestro Código Civil del Distrito Federal como "un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, de lo anterior se colige que tal bien puesto en prenda adquiere la calidad de una obligación real, la cual es preferente ante créditos personales, y la misma se constituye a efecto de garantizar la obligación, al respecto la legislación procesal nos señala que dicho bien debe de garantizar el doble de lo fijado como garantía, hipótesis que aveces resulta un poco difícil de ubicar en razón de que la gente a veces no cuenta con bienes para ofrecerlas como tal, por tanto la encontramos en desuso en la práctica jurídica.

Por último tenemos una figura denominada fideicomiso, misma que se define como aquella "operación mercantil mediante la cual una persona física o moral llamada fideicomitente, destina ciertos bienes a la realización de un fin lícito determinado, encomendado esta a una Institución de crédito", ³⁵ así mismo tal concepto proviene del latín fideicomissum de fides y comisus, comisión; en cuanto la fe se  apoya en una propiedad moral que atribuida a una persona, da lugar a la confianza de otra de lo que podemos inferir que la raíz del negocio fiduciario radica en la confianza que el transmitente deposita en la palabra empeñada por el adquirente de obrar conforme al fin

propuesto, en el caso a estudio es cumplir con las obligaciones que le son impuestas al indiciado en razón de la libertad provisional, siendo el fideicomiso una operación netamente bancaria que permite a una persona llamada fideicomitente destinar ciertos bienes a un fin lícito y determinado encomendando a este fin a una Institución Fiduciaria, de lo anterior podemos inferir que dicho fideicomiso se constituye o se destina a favor del Organo Jurisdiccional quien podrá hacer efectivo a favor del Estado o de las Instituciones creadas, la garantía derivada de bienes ya sean del inculpado o por un tercero, que haya respaldado la solvencia del inculpado para el caso de que éste incumpliera las obligaciones que contrae desde el momento en que el inculpado obtiene su libertad provisional, como podemos para formalizar el fideicomiso requiere ciertas formalidades previstas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en sus numerales 346 al 359, ahora bien respecto a las formalidades que se señalo tenemos entre otras, tendrá que existir una institución expresamente autorizada por la Ley General de Instituciones de Crédito la cual se constituirá como fiduciaria, así como la inscripción respectiva que debe realizarse al tratarse de bienes inmuebles; figura por demás formal que reviste demasiados requisitos y la cual se encuentra inaccesible a la mayoría de los presuntos delincuentes que en común encontramos una carencia de medios económicos para garantizar tal derecho que se constituye en nuestra carta magna.

Del análisis de las formas de garantizar la libertad provisional

³⁵ Ibidem. p. 289.

nos encontramos que en base a los montos para fijar las garantías las cuales deberá de exhibir para obtener su libertad provisional también encontramos una forma de negar por parte del Juzgador la libertad provisional del inculpado; pues al no valorar adecuadamente las circunstancias personales del inculpado no las hace asequible al mismo inculpado, ni a los terceros que pueden proporcionarlos en lugar de los inculpados de ahí tenemos que los Juzgadores y el Organo Investigador hacen un uso inadecuado de las formas de garantizar la libertad provisional, pues además de fijar montos por demás imposibles de exhibir por el inculpado, a veces los mismos son fijados mediante un solo tipo de garantía como lo es su mayoría en efectivo el cual se hará en la institución autorizada al día hábil siguiente, de ahí tenemos que existe otro uso discrecional en la concesión de la libertad provisional.

2.6. CONCEPTO DE DELITOS GRAVES.

En este apartado hablaremos de los delitos graves, primeramente nuestro cuerpo legislativo tanto federal como local en la reforma de 1994 los incluyo dentro de un apartado, para así clasificar a los delitos considerados como graves, aquellos ilícitos que afectan de manera importante los valores fundamentales de la sociedad, en este catalogo se incluyeron aquellos delitos a los cuales no podrían otorgársele el beneficio de la libertad provisional, de ahí tenemos que es uno de los requisitos para la concesión de la libertad provisional, previsto en el artículo 556 del la ley adjetiva de la materia en el Distrito Federal y en nuestro Pacto Federal en la fracción I del artículo 20,

ilícitos que por su gravedad en su mayoría no tienen una penalidad menor de cinco años seis meses, y para ejemplificar debidamente haremos un cuadro comparativo respecto al delito, los numerales que lo previenen así como su sanción correspondiente, partiendo también del término aritmético el cual fue sustituido mediante esta fórmula, como se puede observar del presente cuadro, de la legislación procesal que nos rige en el Distrito Federal.

DELITO	PREVISTO	SANCION	TERMINO MEDIO ARITMETICO
HOMICIDIO POR CULPA GRAVE °	ARTICULO 60 párrafo tercero	De 5 años a 20 veinte años	Doce años y seis meses.
TERRORISMO	ARTICULO 139 párrafo primero	De 2 dos años a 40 cuarenta años	Veintiún años
SABOTAJE	ARTICULO 140 párrafo primero	De 2 dos años a 20 veinte años	Once años
EVASION DE PRESOS	ARTICULO 150 y 152	De 6 seis meses a 9 nueve año; de 7 siete a quince años; y un tercio más si se trata de servidor público	a).- cuatro años, nueve meses; b) once años; y c) un tercio más de las penas anteriores si se trata de servidor público
ATAQUES A LAS VIAS DE COMUNICACIÓN	ARTICULO 168 y 170	De 15 quince a 20 veinte años y de 20 veinte a 30 años.	a).- Diecisiete años y seis meses y Veintidós años seis meses.

CORRUPCION DE MENORES	ARTICULO 201	De 3 años a 8 años y 5 cinco a 10 diez años	Cinco años, seis meses y siete años y medio
TRATA DE PERSONAS	ARTICULO 205 párrafo segundo	De 2 dos años a 9 años	Cinco años y 6 seis meses.
EXPLOTACION DEL CUERPO DE UN MENOR DE EDAD POR MEDIO DEL COMERCIO CARNAL	ARTICULO 208	De 6 seis años a 10 diez años	Ocho años
VIOLACION	ARTICULO 265, 266 y 266 bis	265 De 8 ocho a 14 catorce años y 3 tres a 8 ocho años; 266 II una mitad más	a) Once años b) Cinco años seis meses c) Una mitad más de la sanción que les corresponda.
ASALTO	ARTICULO 286 párrafo segundo y 287	a) De diez a treinta años; y b) b) de quince a veinte años.	a) veinte años; y b) diecisiete años seis meses.
HOMICIDIO	ARTICULO 302, con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323;	a) 307 de ocho a veinte años; b) 320 de veinte a cuarenta años.	c) catorce años; y d) treinta años.

SECUESTRO	ARTICULO 366 exceptuando el párrafo antepenúltimo.	I) de diez a cuarenta años; y II) de quince a cuarenta años.	I) veinticinco años; y II) veintisiete años seis meses.
ROBO CALIFICADO	ARTICULO 370, párrafo segundo y tercero cuando además se realice con cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 377, 381 fracciones VIII, IX y X y 381 bis;	I) 370 párrafo segundo en relación con el 372 de dos años seis meses a nueve años; en relación con el 381 de dos años tres días a nueve años; y en relación con el 381 bis de dos años tres días a catorce años; II) 370 párrafo tercero en relación con el 372 de cuatro años seis meses a quince años; en relación con el 381 de cuatro años tres días a catorce años; y en relación con el 381 bis de cuatro años tres días a veinticinco años. III)377 de cinco años	I) 370 párrafo segundo en relación con el 372 cinco años nueve meses; en relación con el 381 cinco años seis meses un día; y en relación con el 381 bis ocho años un día; II) 370 párrafo tercero en relación con el 372 nueve años nueve meses; en relación con el 381 nueve años un día; y en relación con el 381 bis catorce años seis meses un día. III)377 ocho años seis meses

		a doce años;	
ROBO CALIFICADO	ARTICULO 371 párrafo último	De cinco años a quince años	Diez años.
EXTORSION	ARTICULO 390	De dos a ocho años	Cinco años
DESPOJO	ARTICULO 395 último párrafo	De dos a nueve años	Cinco años seis meses.

De lo anterior podemos inferir que el legislador reunió en este catálogo, todos los delitos que en su mayoría considero que no ameritaban el beneficio de la libertad provisional los cuales su sanción como mínima en el término medio aritmético es de cinco años, de lo que podemos inferir una mejor regulación con lo que hace a este principio de considerar delitos graves, reforma que suplió el término medio aritmético en el que a criterio del Juzgador a veces tomaba en consideración calificativas o no, y en este apartado se encuentra debidamente regulada tal beneficio del que goza todo inculpado en el proceso penal.

CAPITULO III

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

CAPITULO III

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

3.1. RESOLUCIONES JUDICIALES

Para iniciar a establecer lo que es una resolución judicial tenemos que darle un marco referencial en el cual nos apoyaremos dando un concepto general, contemplado en la Teoría General del Proceso, de ahí encontramos que el Jurista Ovalle Favela nos define como resolución judicial "los actos procesales por medio de los cuales el Organo Jurisdiccional decide sobre las peticiones y los demás actos de las partes y los otros participantes"³⁶; de tal concepto de una interpretación armoniosa tenemos que existen varios requisitos para que exista una resolución judicial como lo son:

Actos procesales, Organo Jurisdiccional, resolución de peticiones y los demás actos de las partes y los otros participantes de lo que tenemos que debe existir una vinculación mediata entre todos los elementos descritos con antelación, y al no encontrarse alguno de estos no estamos hablando de una resolución judicial, de ahí iniciaremos con la parte correspondiente a cada inciso de los anteriormente descritos.

- a) Actos procesales.- Como actos procesales tenemos aquella como aquella actuación realizada dentro de un

³⁶ OVALLE FAVELA JOSE. *Teoría General del Proceso*. Quinta Edición, Editorial Harla 1991. México D.F. p.284-285.

proceso, ya sea penal, civil, familiar, mercantil, el cual se inicia mediante la hetercomposición la cual conocemos como "aquella resolución de un conflicto de intereses por el órgano jurisdiccional competente en un caso concreto"³⁷, de lo que podemos señalar que al existir pretensiones distintas por las partes existe una litis la cual es resuelta por el Organismo Jurisdiccional competente, toda vez que es el Organismo Jurisdiccional el que resuelve a quien le asiste el derecho respecto a los intereses que pretende hacer valer cada parte hasta el momento en que se emite una sentencia actuación judicial que pone fin a un proceso, esto se observa en un procedimiento civil, contrario al procedimiento penal el cual se encarga de regular la conducta de la sociedad, toda vez que este se hace según el Maestro Carnelluti, "para castigar los delitos...los cuales perturban el orden"³⁸ señalando que existe una fórmula en el procedimiento penal la cual es delito y el castigo premisas que consideran como dos hechos equivalentes cuya equivalencia restablece el orden social, lo anterior es lo que se encarga de tomar en consideración el Organismo Jurisdiccional para sancionar una conducta ilícita la cual se sanciona con las penas y medidas de seguridad que el Juzgador considere pertinentes para así restablecer el orden social (artículo 24 del C.P. del D.F.) y con dicha resolución también pone fin al proceso penal; de lo anterior se

³⁷ DE PINA VARA RAFAEL *Ob. Cit.* p. 308.

³⁸ CARNELUTTI. FRANCESCO *Como se hace un proceso*. Tercera Edición, Editorial Colofón México

puede concluir que en el proceso civil o penal existen actuaciones por parte del Organo facultado para hacerlo las cuales se encuentran encaminadas a emitir una resolución con la finalidad de restablecer el Estado de Derecho.

- b) Ahora bien por lo que respecta al Organo Jurisdiccional o poder judicial este se comprende como aquel poder designado por el Estado que se encarga de mantener el Imperio de Derecho, de ahí tenemos que la función judicial entraña el ejercicio de una actividad específica del Estado, la de la administración de Justicia, teniendo encargados de tal función a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Unitarios de Circuito, los Tribunales Colegiados de Circuito, así como los Tribunales del Orden común como auxiliares de este poder.
- c) Ahora bien con lo que respecta a la resolución de peticiones y los demás actos de las partes y los otros participantes tenemos como tal el acto emitido por la autoridad competente debidamente fundado y motivado rigiéndose bajo el principio de legalidad, así como de las formalidades que reviste el procedimiento, de acuerdo a nuestro Pacto Federal; existiendo varios tipos de clasificaciones respecto a las resoluciones judiciales, como lo es el *sistema bipartita* siendo este el más sencillo toda vez que enumera dos casos, el primero lo es la *sentencia* y los segundos los *autos* los cuales el maestro Ovalle Favela define

respectivamente señalando "la resolución judicial más importante es la sentencia en la que el Juzgador decide sobre el litigio, sometido a proceso" y los autos "son aquellas resoluciones en las que el Juzgador provee sobre los diversos actos procesales de las partes y los demás participantes"³⁹, siendo que este criterio es adoptado por el Código Federal de Procedimientos Penales, en su numeral 94 en su primer párrafo al señalar que: "*las resoluciones judiciales son: sentencias si terminan la instancia resolviendo el asunto en lo principal y autos en cualquier otro caso*", por otra parte existe otra clasificación la cual es un sistema tripartita como se encuentra en nuestras legislaciones adjetivas en materia penal del Distrito Federal y en materia civil de competencia federal, en las cuales agregan a las resoluciones judiciales a los decretos, definiéndolos "*como simples determinaciones de trámite*"(artículo 71 del C.P.P.D.F. y artículo 220 del C.F.P.C.), y por último en este sistema tripartita existe una subclasificación como se establece en nuestro código procesal en materia civil en el Distrito Federal al señalar en el artículo 79, además de prever los decretos distingue tres clases de autos como lo son los provisionales, preparatorios y definitivos y dos tipos de sentencias como lo son las **interlocutorias**, *mismas que resuelven un incidente y definitivas cuando resuelven el litigio principal.* de tales

³⁹ OVALLE FAVELA. *Ob. Cit.* p.285.

conceptos podemos los tipos de resoluciones judiciales que existen

3.1.1. FACULTAD DISCRECIONAL.

Ahora bien respecto a las resoluciones judiciales ya sean en autos, sentencias, tenemos que en los mismos el legislador le otorga una facultad discrecional al Juzgador para proveer lo conducente, sin embargo para conocer adecuadamente en que consiste esa discrecionalidad primeramente es necesario establecer debidamente que entendemos como tal concepto: de ahí que el diccionario de la lengua señala como adjetivo la palabra discrecional la cual significa "que se hace libremente", de ahí tenemos que la facultad discrecional que tiene el Juzgador en atención a la norma es aquella en que deja a la experiencia y a los principios jurídicos del Juzgador la aplicación o más bien la medida de aplicación de la norma, podemos existir que existe una discrecionalidad para el Juzgador al momento de aplicar las normas jurídicas ya sean sustantivas o procesales, cuando se le deja abierto el cumplimiento de una determinada norma, tal es el caso que se prevé en los delitos culposos al señalar en el artículo 60 del Código Sustantivo de la materia al señalar "*en los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico, del delito doloso...*" como se desprende de tal transcripción el Juzgador en este numeral puede imponer como mínimo la prisión preventiva que previene el 25 la cual será de tres días, concediéndosele un rango de aplicación de la norma

hasta la cuarta parte de las penas asignadas por el tipo básico, de lo que se desprende que puede imponérsele al encausado hasta una sanción máxima o mínima según lo estime justo el Juzgador tomando en consideración el artículo 52 de la misma norma precitada, y como tal tenemos entre otros el párrafo segundo del artículo 390 del Código Penal del Distrito Federal en los que encontramos esa discrecionalidad con la que se conduce el Juzgador en su actuar respecto a las resoluciones judiciales.

3.1.2. RESOLUCIONES TASADAS.

Por otra parte tenemos la contrapartida respecto a las resoluciones en las que el legislador tiene esa facultad discrecional, de tal forma existen también resoluciones tasadas aquellas resoluciones en que el legislador estimó necesariamente la aplicación a la letra del contenido de la norma, encontrando por lo regular tales circunstancias en las mismas formalidades del procedimiento, las que se deben acatar al estricto apego a la norma, lo anterior lo señaló el Juzgador con la finalidad de establecer reglas sobre las que se debe llevar a cabo el procedimiento, y que exista una igualdad procesal para las partes que intervienen en todo proceso, ya sea penal, civil, laboral, administrativo, entre otras materias, a efecto de que no se transgredan las garantías de los gobernados.

3.1.3. RESOLUCIONES JUDICIALES ATENTO A LA LEGISLACION PROCESAL DE LA MATERIA.

En nuestro Código Procesal Penal vigente en el Distrito Federal encontramos conductas motivadas tanto del órgano como de las partes, con trascendencia jurídico-procesal, dividiéndose estos actos de iniciativa, desarrollo y decisión. Los actos de iniciativa son propios de las partes y los de desarrollo y decisión del órgano.

El maestro Arilla Bas, señala "como actos de iniciativa son, la denuncia, la querrela, necesaria y la exitativa. Los actos de desarrollo se enderezan a la integración del objeto, ya sea jurídico (litis) o histórico (prueba), así como los actos de decisión, se subdividen en actos de resolución, de comunicación, de intimidación y cautelares"⁴⁰; de lo anterior existen ese tipo de resoluciones emitidas por el órgano jurisdiccional que son las que nos importa conocer adecuadamente, encontrando que las mismas se dividen en el sistema tripartita como lo son en decretos o simples determinaciones de mero trámite, sentencias si terminan la instancia, resolviendo el asunto principal y controvertido y autos en cualquier otro caso (artículo 71 del C.P.P.D.F.), y en materia federal no hay otras resoluciones que los autos y las sentencias, resoluciones que para ser validas necesitan ajustarse a los requisitos exigidos por la ley, las cuales al ser emitidas por el órgano se comunican con las partes por medio de lo que conocemos como notificación, debiéndose notificar todas aquellas resoluciones que sean apelables a las partes de forma personal (artículo 80 del C.P.P.D.F.) y las cuales comenzarán a correr los

⁴⁰ ARILLA BAS, FERNANDO. *El Procedimiento Penal en México*. Décima Edición, Editorial Kratos, 1986, p. 15 .

términos al día siguiente de que ocurra esta, no contándose los días festivos, ni los sábados y domingos, así mismo para el caso de que haya designado domicilio para oír y recibir notificaciones encontramos también que si la persona hubiese cambiado de domicilio debe informar en donde se efectuó tal, siendo que si no cumple con esta prevención el Juzgador podrá notificarlo en lugar visible del Tribunal; por otra parte cuando el Juzgador efectúa una notificación a otro órgano lo realiza por medio de oficios, y si para el caso esta autoridad se encontrará fuera de su Jurisdicción solicitara exhorto o requisitoria para hacer del conocimiento de tal autoridad la solicitud del Juzgador requirente (artículo 38-58 del C.P.P.D.F.); asimismo los autos de intimidación consisten en la advertencia que hace el órgano jurisdiccional a las partes o a los terceros para que ejecuten o se abstengan de ejecutar, determinada conducta apercibiéndolos que para el caso de desobediencia pueden ser sancionados con una medida de apremio (artículo 33 del C.P.P.D.F.) y cautelares son las decisiones encaminadas a imponer medidas de aseguramiento real (cateos, registro de correspondencia, aseguramiento de los objetos y efectos del delito, embargos precautorios) y personales (detención y prisión preventiva); las actuaciones judiciales tienen que estar revestidas de ciertas formalidades como lo son de acuerdo a lo dispuesto en los numerales 12 al 17, 268 bis parte final y 19 Constitucional, entre otros, de tal forma que las resoluciones judiciales vienen a constituir la voluntad del Juzgador, siendo nulas tales resoluciones sino se encuentran revestidas de las formalidades que prevé la legislación procesal.

3.2. INTEGRACION DE LA NORMA

Con lo referente a la integración de la norma es importante establecer que la ley creada por el poder legislativo, ya sea local o federal no va a contemplar todas las hipótesis para poder dar solución a los problemas o conflictos respecto a la aplicación de alguna norma en especial, de lo anterior se desprende que al tratarse de derecho objetivo creado por el legislador, entendiendo como tal "el conjunto de normas que forman el sistema jurídico positivo de una nación"⁴¹ y al tratar de aplicar el ese derecho objetivo ante caso particular es de donde emana el derecho subjetivo, siendo éste "un interés jurídicamente protegido, como lo señala Ihering, sin embargo para Chiovenda, lo define como una voluntad concreta, de la ley subjetivizada, es decir considerada desde el punto de vista de aquel que puede pedir su actuación"⁴²; por tanto podemos concluir que el derecho subjetivo es una norma jurídica que otorga un poder jurídico específico, de una norma que faculta a determinado individuo, encontrando éste como aquel interés que tiene el gobernado derivado de la aplicación de la norma, por tanto encontrando una vinculación directa de lo que es el derecho objetivo del subjetivo; habiendo quedado precisado lo conducente al derecho de los gobernados y al Estado de derecho en que se encuentran en cuanto a la aplicación de ese derecho encontramos que las resoluciones judiciales pueden ser de tres formas: a) resoluciones basadas en la ley, b) resoluciones en

⁴¹ DE PINA VARA RAFAEL. *Ob. Cit.*, p. 357.

⁴² *Ibidem* p.242.

ausencia de la ley, y c) resoluciones en contra de la ley; ahora bien respecto a este tipo de resoluciones la que nos es importante analizar en este punto es la segunda, toda vez que ante las lagunas de la ley, o ausencia de la ley, el Juzgador debe resolver el asunto depositado en sus manos, pues no le es valido que al no existir norma jurídica el Juzgador este impedido para resolver tal controversia, toda vez que si "la ley tiene lagunas, el derecho no puede tenerlas";⁴³ de tal forma que cuando el legislador se da cuenta que las reglas interpretativas son impotentes, para ofrecerle la pauta de la solución que busca, es cuando el Juzgador tiene que tomar la embestidura de legislador para darle solución a la controversia depositada en él para darle solución, he aquí cuando el Organo Jurisdiccional se da cuenta que la Jurisprudencia, la costumbre, la doctrina, como fuentes formales, son insuficientes para resolver el problema, entonces hace uso de la analogía y en su caso de los principios generales del derecho para darle solución a ese problema, en nuestra Constitución encontramos la integración contemplada en el numeral 14 en los párrafos tercero y cuarto de la Constitución General de la República.

3.3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad lo encontramos dentro de Nuestra Carta Magna en sus numeral 16 Constitucional al referir en su texto "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o

⁴³ GARCÍA MAYNES, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho*, Cuadragésimo Tercera Edición, Edit. Porrúa. México D.F.1994. p.366.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

posiciones, sino en virtud de **mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive** la causa legal del procedimiento...”, de lo anterior encontramos cuatro causas importantes para establecer el principio a estudio en este rubro, como lo es de legalidad, siendo estos: a) mandamiento por escrito, b) emitido por autoridad competente, y c) debidamente fundado y motivado; siendo elementos torales, para acreditar ese principio de legalidad, por otra parte es muy general este principio, al hablar de autoridad, por tanto a efecto de tratar de entender debidamente este principio respecto al caso concreto que nos ocupa hablaremos únicamente de mandamiento emitido por autoridad judicial, de ahí que concretamente hablaremos de las resoluciones judiciales en materia penal, de lo anterior tenemos que el Ministerio Público o el Organo Jurisdiccional al emitir un acto deben de tener la embestidura que requiera ese ente, actuar dentro de las formalidades que la misma ley le confiere, así mismo esas resoluciones deben de tener una fundamentación y una motivación para que gocen de plena vida jurídica, de lo anterior tenemos que si falta alguno de los elementos antes citados podríamos asegurar que el acto emitido por esa autoridad es inexistente o bien viciado de nulidad y por consecuencia de carece de eficacia jurídica, respecto a los alcances que puede tener un acto emitido por una Autoridad Judicial; ahora bien es importante señalar en la materia penal el legislador facultó al Ministerio Público a perseguir las conductas que considerará ilícitas, otorgándole el Monopolio del ejercicio penal, para que el Organo Jurisdiccional las sancionará, de tal forma que los pedimentos que realice el Organo Investigador, deben de estar debidamente

fundados y motivados toda vez que el Organismo Investigador al ser perito en la materia, tiene la obligación de fundar y motivar adecuadamente todas sus resoluciones, entre los que encontramos el ejercicio de la acción penal, ya sea solicitando una orden de aprehensión, comparecencia o poniendo a disposición del ente jurisdiccional al presunto responsable ya, sea por flagrancia, flagrancia equiparada, o en su caso por caso urgente, de ahí que tal pedimento es realizado mediante un pliego de consignación el cual establece los motivos por los cuales ejercita acción penal en contra del indiciado, de ahí que en dicho pedimento debe de fundar para el caso de la orden de aprehensión los artículos 16 Constitucional y 132 del Código de Procedimientos Penales relativos a tal asunto, por lo que hace a la orden de comparecencia debe acreditar los extremos que requiere el artículo 133 del mismo ordenamiento precitado, y para el caso de la detención con detenido debe acreditar los extremos del artículo 267(flagrancia y flagrancia equiparada) y al tratarse de "caso urgente" debe acreditar los extremos del artículo 268 de la misma ley, así en todos los pedimentos acreditar que se encuentran reunidos presuntivamente de acuerdo a la regla establecida en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, esto únicamente por lo que hace en el primer momento a la recepción de las constancias con la solicitud del Ministerio Público ya sea de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, en este momento tal ente ministerial, para el caso de no fundar o motivar adecuadamente su pedimento se le negará su solicitud, teniendo como consecuencia la negación de la orden de aprehensión, por no acreditarse los

extremos de los artículos precitados o en su caso cuando se hace una detención en el auto de término constitucional se resuelve que se decreta la libertad por falta de elementos para procesar, así verificándose la seguridad jurídica a favor de gobernado, pues el Organo Investigador tiene la obligación de acreditar los extremos en su totalidad de los pedimentos que hace al Organo Investigador, toda vez que al no hacerlo esta incurriendo ya en una deficiencia técnica imputable al ente ministerial o en una imprecisión al momento de realizar su petición al Juzgador, siendo que el Juzgador no puede excederse de la petición realizada por el ente ministerial en razón, de que se excedería en el uso de la facultad que lo embiste en razón de que se convertiría en órgano persecutor de delitos y órgano de sancionar delitos, atribuyéndose para caso de hacerlo de funciones que no le confieren al Organo Investigador por el ente ministerial de observar ese principio de legalidad que nos confiere el artículo 16 Constitucional, de ahí que ese principio se rija tanto para el Ministerio Público como para el Juez todas sus actuaciones, situación que favorece al inculpado, dado que en materia penal el Juzgador debe suplir la deficiencia de la defensa a favor del inculpado, por la trascendencia que reviste el proceso penal.

3.3.1. FUNDAMENTACION.

Esta parte del principio de legalidad contiene lo que nosotros conocemos como fundamentación, el cual el maestro Burgoa sostiene que "los actos que originen la molestia de que habla el artículo 16 Constitucional deben basarse en una disposición normativa general es

decir que esta prevea la situación concreta para lo cual sea procedente realizar el acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice"⁴⁴,asimismo respecto a la fundamentación nuestro máximo tribunal ha señalado que *"las autoridades no tienen más facultades que las que la ley les otorga, pues si no fuera así, fácil sería suponer implícitas todas las necesarias para sostener actos que tendrían que ser arbitrarios por carecer de fundamento legal"*⁴⁵. De lo anterior podemos deducir que tal concepto a estudio restringe a las autoridades ya sea administrativas o judiciales a emitir actos, los cuales únicamente pueden estar en el parámetro de lo que se encuentra permitido por la ley; por otra parte en la materia que nos ocupa, siendo esta el Derecho Penal, es bien importante que la conducta ilícita que se encuentre en estudio, o ya sea la actuación judicial que se realice dentro del procedimiento este contemplada en nuestra ley, es bien importante establecer que dentro del procedimiento penal existen rangos para establecer los lineamientos a seguir al sancionar una conducta ilícita, la cual debe estar contemplada dentro de nuestra legislación sustantiva, y si para el caso la conducta ilícita no se encuentra dentro de nuestra legislación sustantiva esa conducta es atípica, toda vez que nuestro derecho penal como o señala nuestra Constitución es aplicable la ley a la letra, quedando prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de

⁴⁴ BURGUA, IGNACIO. *Ob Cit.*, p.602.

⁴⁵ *Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, tomo XIII, página 514, corroborando este criterio con la Segunda Sala de la Suprema Corte ha sostenido que "Los actos de autoridades administrativas que no este por ley alguna importan violación de garantías, (Tesis 112 del Informe de 1982.) además la Jurisprudencia afirma que "las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite" (Apéndice 1985, tesis 68, Materia General.*

razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable, al delito que se trata.

Por último podemos señalar que alcance del principio de legalidad recae bajo los siguientes principios:

- a) En que el órgano del Estado de que tal acto provenga, esté investido con facultades expresamente consignadas en la norma jurídica (ley o reglamento) para emitirlo;
- b) En que el propio acto se prevea en dicha norma;
- c) En que su sentido y alcance se ajusten a las disposiciones normativas que lo rijan;
- d) En que el citado acto se contenga o derive de un mandamiento escrito, en cuyo texto se expresen los preceptos específicos que lo apoyen.

3.3.2. MOTIVACION

Ahora bien por lo que respecta a la motivación, esta se encuentra sustentada al "existir una norma jurídica, el caso o situación concretos respecto de los que se pretende cometer el acto autoritario de molestia, sean aquellos a los que alude la disposición legal fundatoria, esto es el concepto de motivación empleado en el artículo 16 Constitucional, indica *que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por la ley*; de lo anterior podemos concluir que un acto debidamente motivado debe estar razonado en base al precepto legal

invocado, de lo contrario este acto carece de vida jurídica, así mismo trasladándonos al ámbito penal tenemos que la motivación es uno de los elementos torales para poder acreditar una conducta ilícita, pues no basta tanto por la autoridad administrativa (Ministerio Público) o por la autoridad jurisdiccional que únicamente se enuncien los preceptos violados por una conducta ilícita, pues al respecto es importante que exista una debida motivación por parte de la autoridad la cual se sacia mediante la precisión de las circunstancias de lugar, tiempo y ejecución del hecho delictuoso, para garantizar la defensa del inculpado, requisito necesario que debe contener todo acto de molestia de autoridad, y para el caso contrario carece de ese principio de legalidad consagrada en Nuestra Carta Magna.

3.3.3. JURISPRUDENCIA

El maestro García Maynes en su obra Introducción al Estudio del Derecho señala que "la palabra jurisprudencia posee dos acepciones distintas. En una de ellas equivale a ***ciencia del derecho, o teoría del orden jurídico positivo***. En la otra sirve ***para designar el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales***"⁴⁶.

Ahora bien la Ciencia del Derecho ó teoría del orden jurídico "implica el conocimiento del derecho y, en este sentido, se ha tomado para significar no un conocimiento cualquiera, sino el conocimiento más completo y fundado del mismo, es a saber el científico, la ciencia

⁴⁶ GARCÍA, MAYNES. *Ob.Cit.* p. 68.

del derecho ha corrido entre tratadistas y legisladores"⁴⁷; y como segunda definición tenemos a la jurisprudencia como "la practica normal del derecho llevada a cabo coactivamente, por los órganos del estado constitucionalmente ordenados al restablecimiento del derecho, a su cumplimiento forzoso previa declaración concreta del mismo, en donde se vincula especialmente la formación de la jurisprudencia, porque la aplicación del derecho incumbe a los tribunales como órganos específicos de esa función y de aquí que la jurisprudencia se refiera "per eminentiam" (por eminencia) a la actividad de los jueces y tribunales"⁴⁸

De los anteriores conceptos tenemos que sobre el particular se menciona el más relevante para el tema que nos ocupa es como parte de la ley en cuanto la aplicación e integración que se hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya sea que funcionando en pleno o funcionando a través de los Tribunales Colegiados, quienes al emitir cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario adquieren el carácter de obligatoriedad, sin embargo también pueden constituirse tesis aisladas, las cuales tendrán únicamente el carácter de criterios para ser tomados por los inferiores, no siendo obligatorio compartir el mismo criterio por las demás autoridades a menos que se trate de una jurisprudencia, la cual requiere ciertas formalidades para que se tenga como tal; por tanto podemos señalar que la interpretación que da el Máximo Tribunal a través de sus Tribunales Colegiados y la Suprema Corte funcionando en pleno son los criterios que deben de tomar en

⁴⁷ F. CLEMENTE DE DIEGO. *La Jurisprudencia como fuente del derecho*. S/Edición, Madrid 1925. Pag. 46.

⁴⁸ Ibidem. Página 57.

consideración para interpretar las leyes o como integradoras de sus lagunas, sin embargo en material penal únicamente como interpretadoras de nuestras normas, aplicando a la letra las disposiciones de orden penal y al respecto tenemos que en materia de la Integración en la norma penal tenemos que apoyarnos a lo que refiere la Jurisprudencia visible en el Semanario Judicial de la Federación; Epoca : 6ª; Volumen : XLIX; Página : 58; mediante el rubro INTERPRETACION Y JURISPRUDENCIA. Interpretar la ley es desentrañar su sentido y por ello la Jurisprudencia es una forma de interpretación judicial, la de mayor importancia, que tiene fuerza obligatoria según lo determinan los artículos 193 y 193 bis de la Ley de Amparo Reformada en vigor, según se trate de Jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia funcionando en pleno o a través de sus Salas. En síntesis: la Jurisprudencia es la obligatoria interpretación y determinación del sentido de la ley, debiendo acatarse, la que se encuentra vigente en el momento de aplicar aquella a los casos concretos, resulta absurdo pretender que en el período de validez de una cierta Jurisprudencia se juzguen algunos casos con interpretaciones ya superados y modificados por ella que es la única aplicable. Tesis relacionada con jurisprudencia 143/85; el anterior criterio es valido para establecer la aplicabilidad y la obligatoriedad de la norma interpretada por la Corte; así mismo respecto a la forma de interpretación que debe regir en nuestra legislación penal tenemos el criterio del máximo tribunal que refiere: "LEYES PENALES, INTERPRETACION DE LAS.- La ley penal es de estricta aplicación, pero cuando adolece de algunas fallas, debe

interpretarse en la forma más favorable para el reo⁴⁹; aunando su criterio la Primera Sala de acuerdo a la tesis que señala: INTERPRETACION DE LA LEY. Si se admite que los países de legislación escrita se debaten irremediabilmente entre la tragedia jurídica de la inmovilidad (que por su naturaleza es la característica de ley preceptiva), y la perenne movilidad de la sociedad que dentro de esa ley se desenvuelve, entonces tendrá que admitirse también que no es posible aceptar, como medio o sistema interpretativo de una ley, aquel que descansa sobre la vieja tesis construida sobre el criterio inmóvil, meramente letrista y gramatical, porque ello equivaldría a entorpecer la evolución social siempre en constante progreso, sino el que deriva de la nueva tesis móvil y progresiva que permite interpretar los preceptos legislativos, hasta donde su texto lo admite, alrededor de las modernas ideas advenidas al campo de la ciencia jurídica y de las recientes formas y necesidades aparecidas en la vida social⁵⁰; de lo que se desprende que nuestro derecho penal únicamente es a la letra, no admitiendo más que la hermeneutica, sin que se rebase esa interpretación a efecto de saciar las lagunas que carece la norma.

3.4. INTEGRACION E INTERPRETACION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

Por lo que hace a la integración en nuestro derecho positivo mexicano primeramente diremos que el derecho señala como

⁴⁹ *Semanario Judicial de la Federación*; Epoca : 5ª; Tomo : LXXV; Página : 382

⁵⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, Epoca : 5ª; Tomo : CIV; Página : 984;

integración “aquella actividad del Juez que se realiza para cubrir una laguna de la ley con la norma supletoria adecuada seleccionada de entre las establecidas por el legislador por ese carácter”⁵¹; así mismo el órgano legislativo federal en nuestra carta magna señaló en el artículo 14 Constitucional en los párrafos tercero y cuarto: “*queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón penal alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata*”; del anterior texto el maestro García Maynes en su obra “Introducción al Estudio del Derecho” señala que no es propiamente una regla de interpretación, sino una norma que prohíbe la aplicación analógica de penas, relativamente a hechos no considerados como delictuosos, señalando que dicho párrafo se basa en el postulado más importante del derecho penal, diciendo “*que no hay delito sin ley, ni pena sin ley (nullum crimen, nulla poena sine lege)*”⁵² de lo anterior tenemos que nadie podrá ser castigado sino por aquellos hechos que la ley haya definido como delictuosos, ni con otras penas que las establecidas legalmente; al respecto el maestro Cuello Calón señala que en “esta maxima se contiene una doble garantía individual, no ser penado más que por los hechos previamente definidos por la ley como delitos, garantía criminal, (nullum crimen sine previa lege poenali)”⁵³, de lo anterior se puede concluir que en la materia penal en nuestro país debe ser aplicable exactamente, no significando en dicho numeral de nuestra carta

⁵¹ DE PINA VARA, RAFAEL *Ob Cit.* p. 326-327.

⁵² GARCÍA MAYNES, *Ob. Cit.* p.379.

⁵³ CUELLO CALÓN, EUGENIO. *Derecho Penal Parte General*. Edición Décimo Séptima, Barcelona 1975 Editorial Bosch. p. 166.

magna que no pueda ser interpretada nuestra ley penal únicamente específica que no admite integración de la norma, ya que esta por definición carece de lagunas, de lo anterior nuevamente el maestro García Maynes nos indica que “además de la prohibición del argumento analógico, suele considerarse que la aplicación de las leyes penales se encuentra sujeta a dos principios a saber 1º En caso de obscuridad de la ley, es decir cuando haya duda acerca de su sentido, debe de interpretarse en la forma más favorable al acusado; y 2º La interpretación extensiva sólo es lícita en favor del reo”⁵⁴. De lo anterior podemos señalar al respecto lo que previene nuestra norma en el numeral 304 bis A, del Código de Procedimientos Penales, en el cual se faculta al Juzgador de dictar el auto de formal prisión o el auto de sujeción a proceso, por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación y considerando los elementos del tipo y la probable responsabilidad correspondientes aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones, o resoluciones anteriores, de lo anterior tenemos que la reclasificación de tipo penal se efectúa cuando del sumario se desprende que no acreditan en sus extremos el tipo penal por el que consigna el Organo Investigador, teniendo como base que si en cambio se acreditan los extremos de otro delito, en este caso el Juzgador toma en consideración todos los elementos aportados por el ente ministerial, lo anterior siempre se realiza a favor del inculpado, nunca excediendo la acusación que le compete al Ministerio Público, toda vez que de hacerlo, se convertiría en parte y juzgador, rebasando

⁵⁴ GARCÍA MAYNES. *Ob. Cit.* p. 380.

la acusación del Organó técnico, quien tiene la obligación de fundar y motivar debidamente sus actos en razón de tener el monopolio del ejercicio de la acción penal, siendo aplicable el criterio del Máximo Tribunal el cual a la letra dice: *ACUSACION. EL JUEZ NO DEBE REBASARLA. De acuerdo con el artículo 21 constitucional, la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, que es el único capacitado para establecer las modalidades del delito por el que se acusa, y en consecuencia, si la autoridad judicial rebasa la acusación, viola el citado artículo 21. Primera Sala*⁵⁵; de lo anterior podemos apreciar que respecto a la aplicación del artículo 14 constitucional se aplica no únicamente en las consignaciones con detenido sino también todas las resoluciones que determinan la imposición de una sanción, siendo siempre lo más favorable al reo.

De lo anterior podemos concluir que nuestro Derecho Positivo Mexicano no admite más que la debida interpretación que el Poder Judicial Federal da a la norma, como parte de la integración de la norma, en base a ese principio ó máxima jurídica " *no hay delito sin ley, ni pena sin ley (nullum crimen, nulla poena sine lege)*; encontrando apoyo lo anterior en la siguiente ejecutoria: "*INTERPRETACION DE LA LEY. Las leyes deben ser interpretadas en los casos en que su sentido es obscuro, lo que obliga al legislador a desentrañar su significado, haciendo uso de los distintos sistemas de interpretación, que la doctrina ha elaborado, pero no es procedente pretender que deban interpretarse aquellas normas cuyo es absolutamente claro,*

⁵⁵ *Semanario Judicial de la Federación, en el Volumen : XXXIX, página : 14. Amparo directo 3056/60. Pedro Rodríguez Gómez. 8 de septiembre de 1960. Unanimidad de 4 votos.*

*pues a ello se opone la garantía establecida en el cuarto párrafo del artículo 14 Constitucional, que manda que las sentencias deben ser conforme a la letra de la ley, ya que lo contrario lleva al Juzgador a desempeñar el papel de legislador creando nuevas normas, a pretexto de interpretar las existentes, lo que carece de todo fundamento legal*⁵⁶.

⁵⁶ *Semanario Judicial de la Federación; visible en el Tomo CXXIV, página 73, Amparo directo 6230/54. Jefe del Departamento del Distrito Federal, 5 de Octubre de 1955.*

CAPITULO IV

LA INAPLICABILIDAD DE LA FRACCION I DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL

CAPITULO IV

LA INAPLICABILIDAD DE LA FRACCION I DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL

4.1. ANTECEDENTES PENALES

Es importante establecer que los antecedentes penales forman parte de la adición que sufrió la fracción I del artículo 20 Constitucional, toda vez que el Congreso Constituyente estimó prudente poner como una restricción más, el hecho de que al tener un inculpado antecedentes era suficiente para poderle negar una prerrogativa consagrada en nuestra Carta Magna como lo es la libertad provisional, al establecerse en lo conducente *"en caso de delitos no graves a solicitud del Ministerio Público, el Juez podrá negar la libertad provisional cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley"*.

Analizaremos lo que son los antecedentes penales para poder evaluar y aportar un punto de vista respecto a esas restricciones que se contemplan en la libertad provisional; de ahí partimos que la definición de los antecedentes penales, que hace el Jurista Díaz de León son aquellas "anotaciones y datos que constan en registro de la autoridad, acerca de los delitos y faltas cometido por los diversos infractores. La certificación de los antecedentes, en los

correspondientes procesos criminales permite al Juzgador conocer los grados de peligrosidad del indiciado, así como su calidad de reincidente⁵⁷; de lo anterior se desprende que los antecedentes penales, además de ser una restricción para otorgar la libertad provisional, sirven conjuntamente para verificar la reincidencia y el grado de peligrosidad del inculcado, circunstancias que valorará el Juzgador en términos de los numerales 20 al 23 del Código Penal del Distrito Federal, relacionados con la reincidencia a efecto de que el encausado en caso de ser sentenciado con una sanción privativa de libertad pudiese estar en aptitudes para acogerse alguno de los beneficios contenidos en los sustitutos de prisión; por lo que hace al grado de peligrosidad del inculcado se toman en consideración todos los elementos que prevé el numeral 52 del Código Penal a efecto de determinar la sanción que le corresponda, verificando la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente; y con esta modificación que tuvo la fracción I del artículo 20 Constitucional, viene a establecer una nueva circunstancia, como lo son *antecedentes penales* los cuales serán tomadas en consideración para otorgar o negar una libertad provisional.

Respecto a la reincidencia es importante establecer que para que se tengan como reincidente a un procesado debe de cubrirse en sus extremos lo que dispone el artículo 20 del Código Penal, que establece, hay reincidencia siempre y cuando que **el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier Tribunal de la**

⁵⁷DIAZ DE LEON MARCO ANTONIO. *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, tomo I. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México 1990, p. 209.

República, o del extranjero, cometa un nuevo delito, sino ha transcurrido desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma un término igual al de la prescripción de la pena; de lo anterior tenemos que el Juzgador debe de allegarse de todos los medios de convicción para acreditar si efectivamente el encausado que tiene a su disposición es reincidente; ahora bien, para tener debidamente acreditada la reincidencia es importante tener la certeza de que los ingresos que tenga el encausado, por alguno haya sido condenado y además de su cumplimiento al momento de realizar un nuevo ilícito no haya transcurrido el término medio aritmético, que señala el artículo 105 del Ordenamiento Sustantivo de la materia exigiendo como mínimo tres años.

Por otra parte debe existir sentencia ejecutoriada y la fecha del término para cumplir con la sanción impuesta, con el fin de acreditar la reincidencia para los efectos que señalan respecto a los sustitutos de prisión, lo anterior en apoyo a lo que se señala en la siguiente tesis jurisprudencial: *"REINCIDENCIA, PROCEDENCIA DE LA. Para que válidamente se pueda tener a un acusado como reincidente, es requisito indispensable que la sentencia por la que se le condenó con anterioridad haya causado ejecutoria previamente a la comisión del nuevo delito."*⁵⁸; no bastando únicamente el informe de las autoridades administrativas para que se pueda tener como ciertos todos los antecedentes que señale la autoridad administrativa, ya sea la Procuraduría General de Justicia, o la Dirección General de

⁵⁸ *Semanario Judicial de la Federación. Instancia Primera Sala; Apéndice 1985; Parte : II; Tesis : 219;p.481.*

Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal pues debe existir la certeza jurídica de lo anterior para poder tener por acreditados tales ingresos, y que esos ingresos hayan causado ejecutoria, más aún se señale cuando fue cumplida la sentencia; en relación a lo anterior, tenemos que el criterio de los Tribunales Federales señalan al respecto que los *"ANTECEDENTES PENALES DEL REO. No bastan los informes de las oficinas de policía para comprobar las condenas que haya sufrido con anterioridad el proceso, sino que debe demostrarse por las copias certificadas de las sentencias respectivas; pero tratándose de los antecedentes a que se refiere el artículo 255 fracción II del Código Penal, bastan los datos proporcionados por las referidas oficinas si tal era la disposición de ese artículo en la época en que se cometieron los hechos y se pronunciaron las sentencias recurridas"*⁵⁹. El anterior criterio lo podemos calificar como hermético, pues nuestra Legislación Penal no exige que se deba acreditarse los ingresos por medio de las copias de los expedientes, al que fue sometido en proceso un inculpado, pues no siempre el Juzgador cuenta con el expediente a su disposición, además existen otros medios confiables para acreditar cualquier ingreso a prisión, existiendo otros criterios menos rigoristas como el siguiente: *"ANTECEDENTES PENALES DEL REO. Los informes de las autoridades policíacas no bastan para comprobar los malos antecedentes del reo, aun cuando del informe de la Jefatura de Policía*

⁵⁹. Criterio que se encuentra visible en la Quinta Epoca; Instancia: Primera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tomo: CXVI; Página: 1184; Amparo penal directo 4257/48. 5 de junio de 1953. Unanimidad de cuatro votos

*se desprenda que el quejoso fue un sujeto con anterioridad a proceso, si no aparece que en su contra hubiese recaído sentencia condenatoria*⁶⁰. Podemos observar de esta última tesis no señala que deba existir copia certificada de la sentencia que le recayó al encausado, más bien nos exige que el Juzgador se cerciore que le hubiese recaído sentencia condenatoria, sin hacer alusión a lo que establece el artículo 20 del ordenamiento sustantivo, pues el mismo requiere que tal sentencia hubiese causado ejecutoria; de las anteriores tesis tenemos el hecho de ser insuficiente los antecedentes que se remiten por las autoridades administrativas, por tanto como se señalo anteriormente debe existir la certeza para acreditar tal circunstancia, y que efectivamente esa sentencia haya causado ejecutoria, pues al respecto el numeral 20 del Código de mérito refiere que se trate de delito sancionado y que haya causado ejecutoria. Es importante establecer que en la practica profesional cuando se informa por parte de la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal al Juzgado que solicita tales ingresos, los informes de los anteriores ingresos, estos no son suficientes para tener por acreditados los datos que se señalen en ellos, primeramente los mismos no cuentan con una plena confiabilidad, toda vez que al respecto debe hacerse una comprobación de los mismos, por una certificación correspondiente del informe enviado, o en su caso pedir al Juzgado en que aparezcan los antecedentes, el informe en el cual remita copia certificada de la

⁶⁰ *Semanario Judicial de la Federación Quinta Epoca; Instancia: Primera Sala; Tomo: CXVII; Página: 509; Amparo penal directo 428/49. 30 de julio de 1953. Unanimidad de cuatro votos*

sentencia y en su caso donde esta haya causado ejecutoria y se haya cumplido la sanción o informe respecto al antecedente que se tiene por el informe correspondiente, sin embargo los Juzgadores que rinden los informes, éstos son incompletos, toda vez que no señalan cuando causo ejecutoria ni cuando cumplió el reo su sanción, circunstancia que es de vital importancia para sancionar una reincidencia, provocando con ello que no se acredite tal hipótesis al no reunir los requisitos en sus extremos de la reincidencia.

Ahora bien, es importante establecer que la reincidencia para los efectos del aumento de la sanción, o para negarle beneficios que pudiera hacerse acreedor el encausado, no puede ser aplicada de oficio, aun cuando lo determine expresamente el Código Sustantivo, toda vez que el Ministerio Público debe hacer la correspondiente petición la cual debe ser debidamente acreditada en todos sus extremos, lo anterior encuentra sustento en la siguiente ejecutoria *"REINCIDENCIA. NO PUEDE DECLARARSE DE OFICIO. Si la sentencia reclamada condena al reo como reincidente aumentándole la pena por tal motivo, sin que el Ministerio Público haya hecho valer expresamente esa circunstancia, debe concederse el amparo para el efecto de que en la nueva sentencia que ha de dictar la responsable, no se tome en cuenta la reincidencia del quejoso y se elimine el tanto de pena aplicado por tal concepto"*⁶¹; de lo anterior podemos concluir que los antecedentes penales que tenemos de los sentenciados, no son sumamente confiables, y no están debidamente actualizados;

⁶¹ *Semanario Judicial de la Federación; Instancia: Primera Sala; Fuente : Apéndice 1985; Parte : II, Tesis : 218; Página : 480.*

provocando esto, una inseguridad jurídica por parte del Organo Jurisdiccional que los aplica ya sea para negar una libertad provisional, hacía el procesado, por tanto debería de existir una base de datos confiable, la cual debe ser actualizada al momento, y más aun pueda ser consultada de una forma pronta y expedita sin que se tenga que hacer de una forma rudimentaria y a veces incompletos.

Del análisis de los antecedentes penales desde el punto de vista de la reincidencia para ser valorada en la sentencia, podemos señalar que tal figura para que pueda ser tomada en consideración, requiere que se compruebe que efectivamente un reo ha sido condenado por sentencia ejecutoriada, debidamente acreditada, siempre y que no haya transcurrido desde el cumplimiento de la condena un término igual al de la prescripción de la pena; para que tales antecedentes penales se puedan acreditar debidamente en la negativa de otorgar la libertad provisional a un encausado por parte del Ministerio Público ante el Organo Jurisdiccional tendría que acreditar del texto de la fracción I del artículo 20 Constitucional lo siguiente: *"cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley"*; del cual de una simple interpretación armoniosa se deben de acreditar los siguientes extremos: **a) que exista una sentencia donde haya sido condenado un reo**, obviamente que haya causado ejecutoria, toda vez que de lo contrario causaría una incertidumbre que no fuera ejecutoriada dicha sentencia y le causaría agravios a dicho inculpado cuando no hubiese causado estado dicha resolución en la cual fue condenado, y por otra parte **b)**

que dicha sentencia ejecutoriada recaiga en un delito calificado como grave, de lo cual podemos anotar respecto a la legislación adjetiva del Distrito Federal, y de todas de las demás entidades, que se trate de ilícitos establecidos en el capítulo de los delitos graves, los cuales tienen vigencia desde el 3 de Septiembre de 1994, como se desprende del Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de Septiembre del 1993; de lo anterior podemos ver que el alcance de dicho inciso es limitado, pues se tomarán en cuenta únicamente aquellos delitos cometidos a partir del 3 de Septiembre de 1994, dado que los anteriores delitos que hubiese cometido algún inculpado no podrían ser calificados como graves, aunque los mismos ilícitos actualmente estuvieran contemplados en el apartado de **delitos calificados como graves**, dado que existía un **término medio aritmético** en lugar de los delitos calificados como graves para otorgar la libertad provisional; aunque tales ilícitos no hubiesen tenido alguna reforma en los numerales previstos y sancionados, toda vez que si se homologara un delito anterior cometido antes del 3 tres de septiembre de 1994, como delito grave, por el hecho de que el mismo rebasará en ese momento el término medio aritmético, se violaría el artículo 14 Constitucional en perjuicio del inculpado, dado que nuestra Carta Magna en lo conducente señala: *"en los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable"*, lo cual crea una incertidumbre, toda vez que los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia del los delitos calificados como graves no podrán tenerse como graves, pues para el caso se

deberá de aplicar la norma anterior, teniendo únicamente a dichos delitos como aquellos que rebasan el término medio aritmético, sin que en ese momento se les hubiese otorgados la libertad provisional.

4.2. EL RIESGO PARA EL OFENDIDO O PARA LA SOCIEDAD.

Para iniciar este tema es importante dejar como precedente que respecto al punto que nos ocupa, siendo este el de la libertad provisional además de los requisitos formales establecidos por la ley, multireferidos existe una restricción relacionada con el ofendido y con la sociedad, señalando nuestra Constitución en su fracción I del artículo 20: *"el Juez podrá negar la libertad provisional cuando...el Ministerio Público aporte elementos al Juez para establecer que la libertad del inculcado representa por su **conducta precedente** o por las **circunstancias y características del delito cometido**, un riesgo para el ofendido o para la sociedad"*, de lo anterior, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal le otorgo al ente ministerial de la adscripción a los Juzgados en materia penal, el Acuerdo número A/008/96, en el cual se establece las reglas a que deberán de sujetarse los Agentes del Ministerio Público para negar la libertad provisional bajo caución durante la averiguación previa, y para solicitar los órganos jurisdiccionales, la negativa de su otorgamiento, la cual se cita en razón de que especifica: tres hipótesis en el artículo PRIMERO en el cual señala las siguientes hipótesis:

I.- Cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad con sentencia ejecutoriada por algún delito calificado como grave por la ley:

II.- Cuando por la libertad del inculpado represente por su conducta precedente un riesgo para el ofendido y para la sociedad, y

III.- Cuando la libertad del inculpado represente, por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

Del texto anterior nos importa las fracciones II y III toda vez que nos hablan de ese riesgo para el ofendido o para la sociedad, tema central en este punto, de lo cual tenemos en el mismo texto de dicho acuerdo que se desprende en dos partes, como lo son:

SEGUNDO. Se entenderá que la libertad del inculpado representa por su ***conducta precedente, un riesgo para el ofendido o para la sociedad***, entre otros, en los supuestos siguientes:

a).- Cuando haya sido previamente condenado por sentencia ejecutoriada por delito doloso no calificado como grave por la ley en la que se haya hecho uso de la violencia;

b).- Cuando el inculpado con anterioridad se hubiese sustraído a la acción de la justicia en cualquier entidad federativa, o en el Distrito Federal dejando de cumplir con las obligaciones procesales a su cargo;

- c).- Cuando existan elementos que hagan presumir validamente que el inculpado pertenece a cualquier forma de organización criminal; y
- d).- Cuando el inculpado haga uso ilícito de estupefacientes o psicotrópicos.

De tales hipótesis, la señalada en el inciso a) no en todos los ilícitos el uso de la violencia implica una conducta precedente suficiente para establecer un riesgo para el ofendido, toda vez que estamos analizando en especial la conducta ilícita a estudio, pues resultaría fuera de lógica jurídica el hecho valorar otra conducta diversa a la desplegada y en la cual se le finca un proceso al inculpado de acuerdo al numeral 52 del Código Punitivo del Distrito Federal; misma circunstancia que se actualiza en el inciso b), toda vez que si realizó una conducta ilícita y se encontraba gozando de una libertad en otra entidad, y gozaba del beneficio de la libertad provisional y por causas ajenas al agente, se situó en la hipótesis de la revocación de la libertad provisional correspondería a tal autoridad reaprehenderlo y si hubiese cometido alguna conducta ilícita en ese lapso esa misma autoridad gozaría de poderle negar el beneficio nuevamente de la libertad provisional, al haber realizado una falta grave cuando gozaba de dicha libertad provisional; por tanto podemos decir que la hipótesis prevista en ese inciso resultaría insuficiente para poder precisar que existe una conducta precedente suficiente para poder establecer que es un riesgo para la sociedad o para el ofendido otorgar la libertad provisional.

El inciso c) podemos ubicar esta hipótesis con una valoración subjetiva e imprecisa, pues dejaría al inculcado en una inseguridad jurídica dado que una **presunción** no puede ser suficiente para tener a un inculcado como miembro de una organización criminal, toda vez que como presunción encontramos la definición en el numeral 245 de la ley adjetiva de la materia del Distrito Federal en la cual se establece como **presunción o indicio** como “las circunstancias y antecedentes que teniendo relación con el delito puedan razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados”, de lo cual podemos inferir que para que se pueda fundar una presunción deben quedar establecidos los hechos determinados de esa organización criminal, lo cual constituiría un ilícito, ya sea que se encuentre regulado en la Ley de Delincuencia Organizada o en su caso se trate de una Asociación Delictuosa, de lo anterior podemos anotar que efectivamente no se satisface debidamente una presunción la cual no hace prueba plena para acreditar algo y si en cambio presupone un hecho para negarle un derecho al inculcado, el cual todavía no ha sido sancionado respecto a la conducta ilícita que se le finca. En ese orden de ideas al no existir algo cierto no se le puede negar un beneficio, el cual requiere ciertos requisitos, establecidos en el artículo 20 Constitucional y 556 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

La hipótesis d) tenemos que la misma se encuentra encaminada a valorar circunstancias personales del inculcado, mismas que se aprecian de una forma **subjetiva** dado que no es posible determinar que el uso de estupefacientes o psicotrópicos sea suficiente para

determinar la conducta precedente que acredite la existencia de un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

Por otra parte el artículo tercero de dicha circular establece:

TERCERO. Se entenderá que la libertad del *inculpado por las circunstancias y características del delito cometido, representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad* entre otros los supuestos siguientes:

- a) Cuando la víctima o el ofendido del delito sea cónyuge o concubinario, o bien tenga parentesco consanguíneo, por afinidad o civil con el inculpado y el delito se hubiera cometido con motivo de ello;
- b) Cuando el móvil del delito hubiera sido la venganza;
- c) Cuando el delito derive del cumplimiento de amenazas en contra de la víctima o el ofendido;
- d) Cuando se hubiera cometido el delito bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos con excepción de aquellos que por prescripción médica consuman dichas sustancias;
- e) Cuando tratándose del delito de fraude, los inculpados se hubieran valido de estructuras comerciales o de cualquier otro medio que permitan presumir su actuación en forma organizada, en contra de diversos sujetos pasivos, a través de ofertas transmitidas al público, y
- f) Cuando por la cantidad de inculpados respecto de un mismo delito, y otros indicios se acredite que fue cometido en

Pandilla o se demuestre la asociación delictuosa en su comisión.

Como se puede apreciar al tener la transcripción del artículo TERCERO del acuerdo de mérito, en relación al inciso a), b) y c) podemos señalar que tales incisos son tomados de lo que es la revocación de la libertad provisional, que se encuentran plasmadas en el artículo 568 de la ley adjetiva de la materia, por lo tanto al encontrarlas como causales para oponerse a una libertad provisional resultaría ilógico que se encontraran plasmadas en la revocación de la libertad provisional, situación que tiene mayor sustento jurídico toda vez que para que se situé en algún enunciado de lo previstos en la revocación de la libertad, se tiene que desplegar una conducta por el inculpado, no una mera suposición que deja nuevamente en una inseguridad jurídica al inculpado, pues se le esta privando de un derecho por un mero enunciado en el cual se ubica el inculpado, que es insuficiente para acreditar el riesgo para el ofendido o para la sociedad por circunstancias y características del delito cometido, por lo que respecta a la exteriorización de conductas previstas en el inciso e) y f) tenemos que la hipótesis de ilícitos los cuales podrían ser plasmados en el numeral 268 del código procesal insertándolos como delitos graves podrían dar ese respaldo jurídico para poder negar una libertad provisional, sin necesidad de enmarcarlos como una facultad discrecional de la que puede hacer uso el Organo Jurisdiccional.

Y por último respecto a dicho acuerdo en el artículo cuarto, que se transcriben tres hipótesis que complementan los numerales de

mérito sin que se señale cuando se cubren los extremos de dichas hipótesis, quedando nuevamente a criterio tanto del Ministerio Público como del Juzgador.

CUARTO. Para efectos de los artículos segundo y tercero de este acuerdo, se considerará que existe un riesgo para el ofendido o para la sociedad cuando se reúnan los siguientes requisitos:

- I) Quede en peligro real y efectivo los bienes jurídicos del ofendido o la seguridad pública;
- II) Se acredite la existencia de ese peligro, y
- III) En las circunstancias existentes, no haya otro medio más practicable y conveniente que la prisión preventiva para conjurar el riesgo.

Por ende se puede establecer que para acreditar que la libertad del inculpado representa por su **conducta precedente** o por las **circunstancias y características del delito cometido**, un riesgo para el ofendido o para la sociedad"; se necesita más elementos que los plasmados en el acuerdo A/008/96, el cual no reúne los requisitos exigidos para poder acreditar los extremos que requiere la reforma contemplada por el artículo 20 Constitucional en su fracción I.

Lo que se tiene contenida en esa circular, podemos determinar que es insuficiente para poder acreditar los aspectos tendientes a valorar la peligrosidad del inculpado, lo cual si es posible valorar de acuerdo al artículo 296 bis del Código de Procedimientos Penales, y no la circular de referencia, pues el Acuerdo se contrapone a la ciencia

de la psicología que permite determinar el estado peligroso de un sujeto para el ofendido o para la sociedad, toda vez, que para esa ciencia es necesario determinar dicha circunstancia en base a tres parámetros como lo son: la *capacidad criminal*, la *adaptabilidad social* y el *índice del estado peligroso*, circunstancia que se valora en los estudios de personalidad que se le realiza a todo interno que se encuentra en prisión preventiva, mismo estudio que es enviado al Organismo Jurisdiccional de acuerdo al numeral 7º que establece la Ley de las Normas Mínimas, toda vez que dichos marcos de referencia no pueden ser apreciados en base a hipótesis que señala el acuerdo de referencia.

Siendo el estudio psicológico o de personalidad el cual se le practica a todo inculcado es parte a valorar en la fracción V del artículo 52 del Código Sustantivo de la Materia, toda vez que da como resultado las condiciones sociales económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron a delinquir, lo cual va encaminado a determinar el grado de culpabilidad del agente, así como la gravedad en que desplegó la conducta ilícita imputada, teniendo que dicho numeral maneja la teoría Finalista dado que se preocupa por las tres esferas de la conducta, como lo apunta el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, pues al respecto señala "(1) la *selección de los medios* para su obtención, (2) Siempre que nos proponemos *un fin* retrocedemos mentalmente desde la presentación del fin para seleccionar los medios con que poner en marcha la causalidad, para que se produzca el resultado querido, en esa selección no podemos menos que representarnos también los resultados concomitantes...y la

producción del *resultado*(3)" ⁶²resumiéndose en ***medios, fin y resultado***, de lo anterior pudiéndose apreciar que se contrapone con la teoría causalista, la cual se involucra más al utilizar un orden punitivo atento a la conducta y a la culpa, en tal orden de ideas es importante precisar que la circular A/008/96, es ineficaz para valorar las circunstancias que tienen que apreciarse para que el Ministerio Público se apoye en la misma señalando que la concesión de tal libertad produzca o represente un peligro para el ofendido o para la sociedad, toda vez que de aplicarse causaría un menoscabo en los derechos del inculpado, por ser insuficiente para acreditar esas circunstancias personales con que cuenta un inculpado de una forma superficial y sistemática al tratar de encuadrarlo en simples hipótesis, carentes de fundamentación y motivación.

4.3. LA NECESIDAD DE REFORMAR LA FRACCION I DEL ARTICULO 20 DEL PACTO FEDERAL.

Siendo este punto la parte total del presente trabajo, es importante abordarlo con la debida cautela, primeramente señalando que la libertad provisional se establece en nuestra norma constitucional como una garantía constitucional, toda vez que dicha fracción previene:

Art. 20. En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

I.- *"Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad*

⁶²ZAFFARONÍ EUGENIO RAÚL. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Segunda Edición. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1988. p. 362.

provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En casos de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público el Juez podrá negar la libertad provisional cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave, por la ley o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije deberán de ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para establecer el monto de la caución el Juez podrá tomar en cuenta la naturaleza y modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo, los daños y perjuicios causados al ofendido, así como la sanción pecuniaria que en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional”;

De tal fracción podemos apreciar que el legislador puso una garantía de seguridad jurídica, en la cual se tomo gran énfasis en el principio de inmediatez para que fuera otorgada dicha libertad provisional, tomando en consideración que la prisión preventiva como apunta el Maestro García Ramírez “propicia la corrupción, la

desadaptación social del recluso, aunque la ley proclame lo contrario”⁶³, primeramente por la sobrepoblación y en segundo término porque esta población, aun los que se encuentran de forma preventiva, muchas de las veces ya están desadaptados socialmente y con cierto resentimiento hacia la sociedad, y sí con los mecanismos legales ingresa a prisión preventiva inculpados que todavía tienen probabilidades de ser encausados a la sociedad con el hecho de estar sometidos a un procedimiento penal, dicha prisión preventiva sería perjudicial para el interno con posibilidades de ser readaptado al juntarlo con los que se encuentran resentidos con la sociedad, por tanto debe establecerse que la libertad provisional sea un “derecho” y no un “beneficio” pues como señala el maestro García Ramírez, “me parece improcedente el debate, nuestra ley procesal no previene “beneficios” en el sentido de “favores” o “gracias” que hace la autoridad al individuo. Se trata siempre, de derechos que éste tiene; empleamos la palabra beneficio pues como locución de amplio alcance, que en este caso implica un derecho que acarrea bienes, - hace - bien; beneficia al titular, si fuese solamente una “gracia”, mal podría reconocerse al sujeto la facultad de impugnar la negativa a través de recuso ordinario – o de remedio extraordinario – amparo-.”⁶⁴; tomando en consideración lo anterior tenemos que una de las normas de carácter supremo como lo son los tratados internacionales quedando establecido en nuestro numeral 133 del Pacto Federal, se señala en nuestro inciso 2) del artículo 14 del Pacto Internacional de

⁶³ GARCIA RAMIREZ SERGIO *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición México 1992. p.125.

Derechos Civiles y Políticos, del año de 1966, "toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"⁶⁵; en tal orden de ideas debe tenerse al inculpado de un delito ciertos derechos y no coartarle los mismos, con la restricción de su libertad provisional, pues el mismo pacto internacional supracitado establece en su numeral 9 "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe de ser la regla general"⁶⁶; por lo anterior no debe dejarse a la ligereza discrecional del Juzgador el poder otorgar o negar una libertad provisional por las circunstancias accesorias a valorar por el Juzgador, pues si bien es cierto que la "prisión preventiva es cautelar, no punitiva a diferencia de la prisión penitenciaria, que es ya la consecuencia jurídica del delito cometido y esclarecido en los términos de cierta sentencia"⁶⁷, también lo es que al negar a un inculpado su libertad provisional por las circunstancias accesorias a valorar por el Juzgador materia del presente análisis, estaríamos sentenciando anticipadamente a un inculpado al cual no se le ha fincado el juicio de reproche correspondiente, de lo anterior atendiendo a lo que es la libertad provisional debe quedar establecido como un derecho que tiene todo inculpado al cumplir con los requisitos que establezca la norma procesal penal y no dejar a criterio por demás discrecional del Juzgador el otorgamiento de la libertad provisional, pues resultaría

⁶⁴ *Idem.* pp 107-108.

⁶⁵ ZAMORA PIERCE *Ob. Cit.* pp.399.

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ GARCIA RAMIREZ *Ob. Cit.*, p. 104.

quebrantada esa seguridad jurídica que se encuentra plasmada en el numeral 20 de nuestra Carta Magna.

Por tanto, como ha quedado establecido la reforma sufrida en la fracción I de nuestro artículo 20 Constitucional al establecer "en caso de delitos no graves a solicitud del Ministerio Público, el Juez podrá negar la libertad, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos, para establecer que la libertad del inculpado representa por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido un riesgo para el ofendido o para la sociedad"; como podemos observar y quedo analizado en los puntos 1 y 2 del presente capítulo, dicha reforma no cumple con los alcances que tuvo la Iniciativa de ley, que envió el titular del Poder Ejecutivo Federal la cual previno "*...la reforma de mil novecientos noventa y tres adoptó con una mejor técnica jurídica una de las formulas seguidas hasta el año de mil novecientos noventa y dos, por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el sentido de que aun rebasándose el término medio aritmético de cinco años de prisión era procedente la libertad provisional bajo caución, siempre que no se tratará de delitos que hoy en su mayoría, están enumerados dentro de la lista de delitos graves del artículo 268 de dicho código...es frecuente que el ciudadano común observe cómo el delincuente habitual o el reincidente, que denotan un enorme riesgo social obtienen su libertad inmediata sólo por el hecho de que el delito que cometieron no es clasificado como grave. Es inevitable así que se*

*genere un sentimiento de frustración y resentimiento y una sensación de impunidad y pérdida de confianza en las instituciones encargadas de la procuración de justicia. En esta virtud, se estima que el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución o su negativa no debe reducirse a un solo supuesto legal de aplicación automática e inmediata pues debe de crearse formulas que complementen a la ya existentes, en las que el Poder Judicial posea un papel relevante para la determinación de la concesión o no, de la libertad bajo caución...para aquellos delitos no considerados por la ley como graves, el juez, bajo su responsabilidad y a solicitud del Ministerio Público, pueda negar el otorgamiento de la libertad provisional cuando el inculpado haya sido condenado por algún delito; enfrente algún procedimiento penal en su contra, o bien cuando el Ministerio Público razone al Juzgador las circunstancias personales del inculpado que ameriten la negativa. **Con ello se evitaría que queden libres los delincuentes que representen un peligro para la convivencia social, aun cuando los delitos cometidos no son calificados como graves por la ley, al considerarse la reincidencia o habitualidad en la conducta delictiva, la naturaleza y características del delito imputado y sus modalidades naturaleza y extensión del daño causado o cualquier otro elemento que justifique la negativa de la libertad provisional susceptible de ser valorado por el juez...**"⁶⁸; como se desprende de dicha iniciativa el Ejecutivo quiso negar el beneficio a los delincuentes reincidentes o habituales, circunstancia*

⁶⁸ *Diario de los debates, del día martes 19 de marzo de 1996; de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos; Año II, 2º Periodo Ordinario LVI Legislatura, Num. 2. p 44-45.*

que no quedo actualizada en la reforma que sufrió la fracción del artículo que nos ocupa del Pacto Federal, toda vez que sí la necesidad era negar el beneficio a los reincidentes lo hubiera establecido en la reforma, y más aun si se trataba de los delincuentes habituales; pues la reforma estampada y publicada en mayo de 1996 nos estableció: el Juez podrá negar la libertad provisional cuando... haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave, por la ley; reforma que únicamente puede hacer que se niegue el beneficio a unos cuantos, esto es a los inculpados que hayan cometido algún delito grave, tomando en consideración que los delitos graves, los cuales existen o tienen vigencia a partir del 3 tres de septiembre de 1994 para los efectos de la libertad provisional, y aquellos inculpados que hubiesen cometido algún delito grave tomando en consideración la vigencia de la fecha en que entró en vigor la reforma que sufrió la fracción I del artículo 20 Constitucional, a ningún inculpado se le hubiese podido aplicar, toda vez que esa restricción surte efectos a partir de que el delincuente cumple la sanción, que como mínimo en la mayoría de los delitos graves, la mínima oscila en un lapso de cuatro años sin tomar en cuenta que grado de culpabilidad que tomo el Juzgador para aplicarle la sanción de acuerdo al artículo 52 del Código Penal del Distrito Federal, reforma que sólo se hubiera podido aplicar hasta el 3 tres de septiembre de 1997, toda vez que a partir de septiembre de 1994, fue cuando se crearon los delitos graves, ya que anteriormente estos se tomaban en consideración de acuerdo al término medio aritmético para concederle el derecho a la libertad provisional.

Por lo tanto, dicha reforma es letra muerta pues el Ministerio Público no podría oponerse a que se le otorgara la libertad provisional a un inculpado por sus ingresos anteriores; y por otra parte es incongruente que el Ministerio Público pudiese oponerse a la libertad provisional de algún inculpado en primer momento por no contar con la certeza de que hubiese sido condenado por algún delito grave, toda vez que los archivos con que cuenta su Superior Jerárquico, como lo es la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal no son confiables ni son suficientes para determinar algún ingreso de un inculpado, y más aun no se tiene al momento esa información para no violar el principio de inmediatez que señaló el legislador originalmente en la concesión de la libertad provisional.

De lo anterior podemos apreciar que esta reforma a estudio no es aplicable en las agencias del Ministerio Público, ni en los Juzgados Penales del Distrito Federal; y por otro lado por lo que respecta a la última parte de la reforma a estudio, esto es que "...el Juez podrá negar la libertad provisional cuando...el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido un riesgo para el ofendido o para la sociedad, basándose o respaldándose en el Acuerdo A/008/96, emitido por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, el cual carece de técnica jurídica, pues únicamente se concreta en señalar hipótesis, que más bien parecerían fueran tomadas de la revocación de la libertad provisional, enunciados que no podrían valorar el peligro que podría representar la libertad provisional al

inculpado pues carecen de alguna técnica que sólo puede palpar la ciencia de la psicología o psiquiatría, toda vez que de forma inmediata tendría que valorarse la capacidad criminal de un inculpado y esto sólo sería viable teniendo su estudio de personalidad, más aun con la reforma sufrida al artículo 52 del Código Penal en el año de 1994 se situó un Derecho Penal de Autor y no orden punitivo atento a la conducta y a la culpa, de lo cual con esta reforma provocando la aplicación de una teoría mixta, la cual deformaría la teoría finalista que se ha tomado en nuestra legislación mexicana, por lo tanto es pertinente tomar en consideración que la reforma sufrida al artículo 20 Constitucional en su fracción I y que entrará en vigor el 2 de julio de 1996, carece de fundamentación y motivación, para poder oponerse a una libertad provisional, pues si el legislador creyó que debería restringirse el beneficio de la libertad provisional, pudo haber creado más delitos graves, para que de una forma automática sin que exista el criterio del Juzgador se pudiera otorgar o negar la libertad provisional, pues ya es suficiente ese criterio discrecional que tiene el Juzgador para fijar los montos de una libertad provisional, dado que muchas veces se pasa por alto si es asequible al encausado los montos que tiene a bien fijar a si como las modalidades que le acepte de la caución; por tanto es menester del legislador que preocupe por devolver la seguridad jurídica que gozaba la fracción I del artículo 20 Constitucional, pues en todo caso debe de poner las hipótesis que previene en el acuerdo que fue creado por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en un apartado de causas de revocación de la libertad provisional, esto sería ampliando las hipótesis del

artículo 568 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, pues como lo refiere la fracción I del artículo 20 Constitucional en su parte final "...La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional."; pues de ser contrarió dicha reforma iría en contra de lo que es la Seguridad Jurídica, como garantía, toda vez que como tal tenemos ese conjunto de principios de legalidad y de certidumbre jurídica elevados al rango de preceptos constitucionales, entre los que destacan "la irretroactividad de la ley", "la garantía de audiencia"; "la garantía de la exacta aplicación de la ley en materia penal" entre otras; principios todos ellos que se enmarcan en otro principio que da certeza a su vigencia y que se conoce como principio de Supremacía Constitucional consignado en nuestro artículo 133 de nuestra Ley de Leyes.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La libertad provisional debe tenerse como un "derecho" y no como un "beneficio" toda vez que beneficia al titular, si fuese solamente una "gracia", mal podría reconocerse al sujeto la facultad de impugnar la negativa a través de recurso ordinario, por tanto dicho derecho debe concederse de forma automática al cumplir con los requisitos exigidos por la ley.

SEGUNDA.- Como ha quedado establecido en la Constitución de 1857, existe el precedente que la institución de la Libertad Provisional se convirtiera en una garantía individual, estando el Juez obligado a concederla sin establecer distinciones entre los delincuentes ocasionales o reincidentes.

TERCERA.- La libertad provisional es un derecho que constituye un sano principio de seguridad y justicia para el inculpado, en razón de que la prisión preventiva no debe establecerse como una regla, debiendo tomar en consideración que tal libertad permite a muchas personas tal vez inocentes, pero de pronto aparentemente complicadas en una transgresión, evitar los enormes trastornos de una prisión inmerecida, mientras demuestra su inculpabilidad, por ende el espíritu del Congreso Constituyente de 1917, para el otorgamiento de este derecho no dio atención a los caracteres individuales del

procesado, sino que se extendió de manera ligerísima en calidad de concesión inmediata y como tal irreflexiva a toda clase de detenidos sin más trámites o condiciones, que la de hallarse la conducta ilícita imputada dentro de la penalidad máxima indicada y proporcionar el depósito o fianza correspondientes.

CUARTA.- Tomando en consideración la reforma sufrida al artículo 20 Constitucional podemos apuntar, que la única justificación para la prisión preventiva a un inculpado, puede ser el hecho de que éste se sustraiga la acción de la justicia, provocando con esto una impunidad, pues es una grave restricción para un ser libre, en razón de no saber decisivamente en teoría si será culpable o inocente, pudiendo resultar al final lo último y así evidenciar la injusticia de la vejación sufrida.

QUINTA.- La libertad provisional no debe quedar a la facultad discrecional del Juzgador otorgarla, en razón de ser una prerrogativa para el inculpado, por ende, siempre y cuando se cubran los requisitos que prevé la ley, debe otorgarse la misma, y al acreditarse de esta forma la falta de necesidad de que continúe el encarcelamiento mientras se ventila y se aclara definitivamente la responsabilidad del encausado, debe cesar la prisión preventiva, sin perjuicio de la prosecución del proceso.

SEXTA.- La reforma sufrida en el artículo 20 Constitucional respecto a la negativa de otorgar la libertad provisional cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley, no tiene aplicabilidad, toda vez, que en la mayoría de los delitos cometidos por delincuentes habituales o reincidentes, por el momento no se sitúan en la hipótesis de la reforma en comento, debido a que la mayoría de los delitos graves tiene como penalidad en lo común como mínimo cuatro años, y hasta éste momento, ningún sentenciado de delito grave se encuentra en posibilidades de cometer una conducta ilícita, debido a que la existencia de los delitos graves entraron en vigor el 3 tres de septiembre de 1994, por lo tanto, primeramente necesitan cumplir su sanción que en la mayoría de los delitos será como mínimo cuatro años, para así estar en posibilidades nuevamente de cometer un delito, y de esta forma pudiese el Ministerio Público oponerse a la libertad provisional del inculpado; observándose de lo anterior que no quedo debidamente plasmado el espíritu del legislador de la iniciativa que dio el ejecutivo para negar el derecho a la libertad provisional a delincuentes reincidentes y habituales.

SEPTIMA.- El acuerdo A/008/96 creado por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, no tiene aplicabilidad para establecer cuándo debe oponerse a la libertad provisional del inculpado, al considerar el Ministerio Público que el otorgamiento de ese derecho por la conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, son un riesgo para el ofendido o

para la sociedad, toda vez que en el momento de solicitar la libertad provisional el inculpado o su defensor no se ha acreditado la responsabilidad del reo y más aun no es posible determinar la capacidad criminal de un inculpado de simples hipótesis señaladas en el Acuerdo de mérito.

OCTAVA.- Tomando en consideración que los órganos creados para la procuración de justicia, no cuentan con la información debidamente actualizada para poder acreditar el ingreso de un inculpado, en el momento que se necesita, como lo sería, al oponerse a la libertad provisional del encausado, debe tenerse la reincidencia, como una hipótesis más, dentro de la revocación de la libertad provisional, en razón de que al situarse esta regla en específico, en el artículo 568 del Código de Procedimientos Penales, no transgrediría ningún derecho, y si en cambio tendría sustento jurídico la acreditación de que el delincuente sea reincidente o habitual y poder solicitar de esta forma su reaprehensión con una acreditación plena de la hipótesis señalada.

NOVENA.- Del análisis de la reforma a estudio, que entrará en vigor el 2 de julio de 1996, podemos advertir que la misma puede ser utilizada por el Juzgador a efecto de negar arbitrariamente un derecho como lo es la libertad provisional, en base a esa discrecionalidad con que cuenta el Aquo, violentando de esta forma la garantía de seguridad jurídica que se contemplaba en dicha fracción hasta antes de la reforma sufrida a la fracción I del artículo 20 del Pacto Federal.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ARILLA BAS, FERNANDO. El Procedimiento Penal en México. Décima Edición, Editorial Kratos, 1986.
- 2.- BARRITA LOPEZ, FERNANDO A. Prisión Preventiva y Ciencias Penales. Editorial Porrúa, México 1992.
- 3.- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. Derecho Constitucional Mexicano, Décima Edición, Editorial Porrúa, México 1976.
- 4.- BURGOA IGNACIO, Las Garantías Individuales; Vigésimo Octava Edición. Editorial Porrúa; México 1996.
- 5.- CALZADA PADRON FELICIANO, Derecho Constitucional, Cuarta Edición, Editorial Harla, México 1994.
- 6.- CARNELUTTÍ. FRANCESCO Como se hace un proceso. Tercera Edición, Editorial Colofón México 1996.
- 7.- COLIN SANCHEZ GUILLERMO. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Décimo Tercera Edición, México 1992
- 8.- CUELLO CALÓN, EUGENIO. Derecho Penal Parte General. Edición Décimo Séptima, Barcelona 1975 Editorial Bosch.
- 9.- DIAZ DE LEON MARCO ANTONIO. Diccionario de Derecho Procesal Penal, tomo I. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México 1990.

10.- FLORESCANO, ENRIQUE, GIL SANCHEZ ISABEL, Historia General de México, tomo 1, S/Edición, El Colegio de México, México 1981.

11.- GARCÍA MAYNES, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho, Cuadragésimo Tercera Edición, Editorial Porrúa. México D.F.1994.

12.- GARCIA RAMIREZ SERGIO, Derecho Procesal Penal, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1983.

13.- GARCIA RAMIREZ SERGIO Proceso Penal y Derechos Humanos, Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición México1992.

14.- GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE, Derecho Procesal Penal, Novena Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1988.

15.- GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Décima Edición, Editorial Porrúa, México 1988.

16.- OVALLE FAVELA JOSE. Teoría General del Proceso, Quinta Edición, Editorial Harla. México D.F. 1991.

17.- PEREZ PALMA RAFAEL, Guja de Derecho Procesal Penal. Tercera Edición, Edit. Cárdenas, México 1991.

18.- PEREZ PALMA RAFAEL, Guía de Derecho Procesal Penal Actualizada. Cuarta Edición, Editorial Cardenas Editor Distribuidor, México Distrito Federal, 1997.

19.- RAMIREZ FONSECA, FRANCISCO. Derecho Constitucional Mexicano. S/Edición, México 1990.

20.- SOTO PEREZ RICARDO, Nociones de Derecho Positivo Mexicano, Octava Edición Editorial Esfinge, S.A., México 1970.

21.- ZAFFARONÍ EUGENIO RAÚL. Manual de Derecho Penal, Parte General. Segunda Edición. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1988

22.- ZAMORA PIERCE JESUS, Garantías y Proceso Penal, Sexta Edición, Edit. Porrúa, S.A., México 1993.

JURISPRUDENCIA

1.- Semanario Judicial de la Federación; Epoca : 5ª; Tomo : LXXV; Página : 382

2.- Semanario Judicial de la Federación, Epoca : 5ª; Tomo : CIV; Página : 984;

3.- *Semanario Judicial de la Federación*, en el Volumen : XXXIX, página : 14. Amparo directo 3056/60. Pedro Rodríguez Gómez. 8 de septiembre de 1960. *Unanimidad de 4 votos*

4.- *Semanario Judicial de la Amparo directo Federación; visible en el Tomo CXXIV, página 73, 6230/54. Jefe del Departamento del Distrito Federal, 5 de Octubre de 1955*

5.- *Semanario Judicial de la Federación. Instancia Primera Sala; Apéndice 1985; Parte : II; Tesis : 219; p.481.*

6.- *Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, tomo XIII, página 514, corroborando este criterio con la Segunda Sala de la Suprema Corte ha sostenido que "Los actos de autoridades administrativas que no este por ley alguna importan violación de garantías, (Tesis 112 del Informe de 1982.) además la Jurisprudencia afirma que "las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite" (Apéndice 1985, tesis 68, Materia General).*

7.- *Semanario Judicial de la Federación; Tomo: CXVI; Página: 1184; Amparo penal directo 4257/48. 5 de junio de 1953. Unanimidad de cuatro votos.*

8.- *Semanario Judicial de la Federación Quinta Epoca; Instancia: Primera Sala;; Tomo: CXVII; Página: 509; Amparo penal directo 428/49. 30 de julio de 1953. Unanimidad de cuatro votos*

9.- *Semanario Judicial de la Federación; Instancia: Primera Sala; Fuente : Apéndice 1985; Parte : II; Tesis : 218; Página : 480*

10.- *Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia, Ejecutoria Tomo XIII, amparo penal en revisión, Talavera Carlos, 28/03/23.*

LEGISLACION

1.- **CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS; Editorial Porrúa; México 1998.**

2.- **CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS; Editorial Sista; México 1993.**

3.- **CODIGO PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL; Editorial Sista; México 1998.**

4 .- **CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL; Editorial Sista; México 1998.**

5.- CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES;
Editorial Sista; México 1998.

6.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN EL ESTADO
DE MEXICO; Editorial Sista, México 1998.

7.- CODIGO CIVIL EN EL DISTRITO FEDERAL; Editorial Porrúa;
México 1998.

8.- LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES Y FIANZAS; Editorial
Porrúa; México 1998.

9.- LEY GENERAL DE TITULOS y OPERACIONES DE
CREDITO; Editorial Porrúa; México 1998.

10.- LEY FEDERAL DEL TRABAJO; Editorial Porrúa; México
1998.

8.-

OTRAS FUENTES

1.- *Diccionario Jurídico Mexicano, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tercera Edición Editorial Porrúa, México, 1989.*

2.- DE PINA VARA RAFAEL. Diccionario de Derecho Editorial Porrúa. Vigésima Edición. Edit. Porrúa, México 1994.

3.- F. SEIS S.A. Nueva Enciclopedia Jurídica, S/Edición, Editorial Barcelona, 1981.

4.- Diccionario Jurídico, ed. 3ª, Edit. Espasa- Calpe, Madrid, 1991.

5.- GUTIERREZ ALVIS Y AMPARO Diccionario de Derecho Romano. S/Edición. Editorial. Reus S.A. Madrid 1982

HEMEROGRAFIA

Diario Oficial de la Federación Publicado el día 31 treinta y uno de enero de 1917.

Diario de los debates, del día martes 19 de marzo de 1996; de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos; Año II, 2º Periodo Ordinario LVI Legislatura, Num.2.

Diario Oficial de la Federación Publicado el día 3 tres de septiembre de 1993.

Diario Oficial de la Federación Publicado el día 26 veintiséis de junio de 1996:

Diario Oficial de la Federación Publicado el día 13 trece de diciembre de 1996.

Exposición de Motivos de la Iniciativa presidencial del 3 de septiembre de 1984.

Suplemento de Estudios Parlamentarios del Congreso, La Constitución de 1917, Edit. Estudios Parlamentarios del Congreso, Año 2, Núm. 7, 1ª Epoca, Enero-Febrero 1997, p. 57-58.