128

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

Supresión de la Fianza como una de las Formas de Caución para Obtener 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

José Camacho Olvera

U.N.A.M. FACULTAD DE DERECHO

Cd. Universitaria, D. F. 1993

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

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 está 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.

I N D I C E

INTRODUCCION 1

CAPITULO I.- PRISION PREVENTIVA 3

1.- Generalidades 3

2.- Naturaleza Jurídica 8

3.- Fines 12

CAPITULO II.- ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA LIBERTAD PROVISIONAL 18

1.- En el derecho romano 18

2.- En el derecho español 23

3.- En Francia 29

4.- En Alemania 32

5.- En los Estados Unidos de Norteamérica 33

6.- En Italia 36

7.- En Inglaterra 38

8.- En Argentina 41

9.- En el derecho mexicano 48

a).- Constitución española de cadiz de 1812 48

b).- Constitución de 1857 48

c).- Código de procedimientos penales de 1880 49

d).- Código de procedimientos penales de 1894 50

e).- Código de procedimientos penales expedido en 1931 . 51

f).- Informe del proyecto constitucional de 1917 51

g).- Reformas a la fracción I del artículo 20 constitucional 56

CAPITULO III.- OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL ... 60

1.- Momento procedimental en que puede solicitarse 60

2.- Elementos que deben tomarse en cuenta para concederla. 61

a).- Las circunstancias personales del inculpado 61

b).- Determinación del término medio aritmético 62

c).- Modalidades 65

d).- Concurso material y concurso formal de delitos 68

3.- El monto de la caución 74

4.- Diversas clases de caución 77

5.- Elementos que deben tomarse en cuenta para incrementar el monto de la caución 83

a).- La especial gravedad del delito 84

b).- Las particulares circunstancias personales de la víctima 84

c).- Que el delito sea intencional y represente o cause a la víctima daño y perjuicio patrimonial 85

d).- Que tratándose de delitos preterintencional o imprudencial bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales 86

6.- Efectos y revocación 86

CAPITULO IV.- LIBERTAD BAJO PROTESTA 89

1.- Concepto 89

2.- Naturaleza jurídica 91

3.- Su justificación 92

4.- Requisitos para su procedencia 95

5.- Revocación 98

CONCLUSIONES 102

BIBLIOGRAFIA 104

INTRODUCCION

Una de las instituciones que señalan un plan de franco progreso hacia la consolidación de las verdaderas instituciones de la escuela moderna de defensa social, es la libertad provisional. Consiste esta según nuestro derecho en la posibilidad de que el inculpado, previa satisfacción de los requisitos especcificados por la ley, pueda obtener el goce de su libertad, sin dejar de estar sujeto al proceso, en tanto se dicta una resolución que defina su situación.

En este aspecto tenemos, que el cumplimiento efectivo de las restricciones a la libertad provisional se asegura a través de una obligación económica, en esto último versara nuestro tema, ya que como es sabido pocos son los casos en que los inculpados garantizan su libertad provisional mediante depósito efectivo, seguramente como consecuencia del alto costo del dinero. La hipoteca no se emplea jamás, quizá por el largo tiempo que requiere su otorgamiento. Tampoco es probable que se valgan en el futuro, de la prenda, que exige el avalúo y depósito del bien.

Pero en forma casi exclusiva los inculpados se valen de la fianza de compañía autorizada, lo que considero ha dado

margen a notorios abusos, por haberse convertido en realidad, "en la veta de oro" de las empresas afianzadoras, máxime que en la actualidad se permite en el mayor número de los delitos la concesión de este beneficio.

Resultando que en la practica estas fianzas son ineficaces, toda vez que este beneficio ha sido comercializado en perjuicio del inculpado, ya que éste tiene que pagar la prima correspondiente a la compañía autorizada, dando pauta para que estás realizen su negocio, ya que el inculpado no se obliga con el estado a entregarle suma alguna de dinero.

CAPITULO I.- PRISION PREVENTIVA

1.- Generalidades

La prisión preventiva es una medida cautelar plasmada en el artículo 18 constitucional, el cual señala: "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva... "

Esta medida, ha sido considerada dentro del Derecho Procesal Penal Mexicano como necesaria para asegurar u obtener el bien garantizado por la ley, en tanto el proceso se trámita.

A este respecto el maestro Juan José González Bustamante dice: "Las limitaciones impuestas por el Estado a la libertad de las personas son medidas necesarias que adopta el poder público, en beneficio de la colectividad, con el fin de asegurar la marcha normal del procedimiento. Se inspiran en el interés de que se llegue al conocimiento de la verdad, por medio de la investigación del delito y de las pruebas que se obtengan que han de servir al juez para el esclarecimiento de los hechos y para decidir las relaciones jurídicas planteadas en el proceso.

Esto no sería posible si el inculpado se sustrajese a la acción de la justicia y ocultase los objetos e instrumentos que le han servido para perpetrar el delito. El aseguramiento del presunto responsable es necesario porque no podría seguirse el proceso a sus espaldas, sin que tuviese conocimiento de las pruebas existentes en su contra para poder estar en condiciones de defenderse". (1)

Por su parte, el maestro Julio Acero bajo el rubro "La necesidad de represión del delito", dice lo siguiente: "En todos los tiempos y en todos los pueblos, desde las épocas precursoras de las culturas primitivas, hasta los apogeos de las modernas civilizaciones y desde las cuencas del Río Nilo hasta los márgenes del Hudson, se ha considerado imprescindible la persecución de determinados actos constitutivos de la delincuencia". (2)

El autor Argentino Arturo J. Zavaleta nos dice que la comisión de un hecho violatorio de una norma penal determina el movimiento de la pretensión punitiva del Estado, ésto es, del derecho y deber a la vez de aplicar a su

---

(1) GONZALEZ BUSTAMANTE. Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, 7a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983, pp. 109 y 110.

(2) ACERO, Julio. Procedimiento Penal, 6a. edición, Editorial Cajica, S.A., México, 1968, p. 13.

autor la ley represiva, pretensión que hace valer mediante el empleo en el caso, de un poder jurídico autonomo denominado acción penal, producida tal situación, se constituye entonces entre el Estado y el infractor una verdadera relación jurídica de naturaleza pública a cuya definición provee el proceso penal; más, como toda relación se forma por la confluencia de dos derechos, ocurre que al tiempo que nace el derecho del Estado surge otro correlativo, aunque diverso, a favor del imputado. El derecho a que su responsabilidad sea previamente establecida, graduada la sanción e impuesta con sujeción a los presupuestos fijados por la ley y no de otro modo, lo que vale tanto decir que el derecho del Estado de reprimir los hechos delictuosos, debe ejercerse, no de una manera arbitraria o discrecional, sino dentro del marco y con arreglo a las normas del derecho objetivo, material y formal. (3)

Los conceptos vertidos por los tratadistas que se han mencionado anteriormente, como se ve tienden a demostrar la necesidad que tiene el Estado y ha tenido en todos los tiempos de reprimir las sanciones delictuosas, conceptos que en sí nos demuestran la necesidad que tiene el Estado de reprimir la libertad de sus ciudadanos, en casos que se desplieguen conductas constitutivas de hechos delictuosos.

(3) ZAVALETA, J. Arturo. La Prisión Preventiva y la Libertad Provisional. Ediciones Arayú. Buenos Aires 1954, pp. 9 y 10.

Esta medida es necesaria, como ya se ha dicho, y en nuestro país es el fundamento del derecho punitivo, además de una necesidad de orden social. Sin embargo, para algunos autores es injusta, pues afirman que, mediante la prisión preventiva, se priva de la libertad al procesado sin que medie juicio, es decir, se le sanciona para determinar si se le debe sancionar, lo cual es violatorio de la garantía de previo juicio contenida en el artículo 14 Constitucional.

Opina Concepción Arenal que : "...imponer a un hombre una pena grande como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable, y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia." (4)

Cierto que la prisión preventiva es sólo 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. Pero no menos cierto que

(4) Citado por GARCIA RAMIREZ, Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, 5a. edición, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1989, pp. 577 y 578.

esta distinción constituye, apenas, un tecnicismo, que difícilmente entenderan y apoyarán quienes no obstante hallarse amparados por una presunción de inocencia se ven sujetos a la privación de un derecho como lo es la libertad.

Por otro lado, tampoco podemos ignorar que la legislación construye el proceso penal, y con éste la prisión cautelar o precautoria, a partir de una presunción o de una afirmación contrarias a la supuesta inocencia del sujeto: indicios racionales de criminalidad, presunta o probable responsabilidad, etcétera.

Es un hecho que actualmente resulta imposible prescindir en forma absoluta de la cárcel preventiva, no obstante las paradojas e injusticias que entraña. Lo impiden la buena marcha del procedimiento (preservación de cosas o personas para la emisión de la ejecución, en su día, de la sentencia), la satisfacción de los derechos e intereses del ofendido, la defensa social, etcétera.

También es incuestionable que la prisión cautelar debiera reducirse a la mínima expresión necesaria, no extremarse sin razón. Esa prisión es un instrumento del control social penal; por endo, le son aplicables las mismas consideraciones que a éste en su conjunto. Hay aquí un punto donde debe ocurrir el adecuado equilibrio entre los

intereses del individuo inculpado y los intereses de otro individuo, que es la víctima de la conducta ilícita, y la propia sociedad, amenazada o dañada.

En general, es tanto el daño que se causa a la persona privada de su libertad, que por ello se ha considerado que hasta donde sea posible debe evitarse tal situación. De ahí que se pensó en una medida provisional, en la que, sin perjuicio del proceso, el inculpado pueda disfrutar de libertad con algunas restricciones, siendo esa medida la libertad provisional bajo caución, que se encuentra consagrada en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2.- Naturaleza jurídica

Decir, como decimos, que la prisión preventiva es una medida precautoria de índole personal, no es ciertamente ninguna novedad. Lo que pasa que tradicionalmente se la ha venido considerando así.

Cuando se habla de medidas precautorias, en lo primero que se piensa es en el proceso civil, dado que es en esta disciplina en donde tales medidas han encontrado su más vasto y fecundo campo de aplicación. Ello no obstante, es un

hecho cierto y que no admite discución, que también en el proceso penal las medidas precautorias existen, se desarrollan y adquieren su propia fisonomía e importancia, pero en tanto en el proceso civil son las medidas precautorias sobre los bienes las que comúnmente se decretan y las que más demandan la atención del legislador, en el proceso penal, en cambio, son las medidas precautorias que afectan a las personas las que más se aplican y las que más trascendencia revisten, como que es la libertad individual, el bien más preciado del hombre, la que directamente se ve comprometida con ellas.

Las medidas precautorias, también son conocidas como medios de seguridad, medidas preventivas, cautelares o aseguratívas. Según Beling, "los medios de seguridad son medidas que, sin ser verdaderos elementos del procedimiento penal en sí, se agregan a éste para asegurar su adecuada realización, que sin éstos estaría en peligro", perteneciendo la prisión preventiva al grupo de los medios de seguridad que se manifiestan como "una acción corporal sobre el imputado". (5) Jiménez Asenjo, a su vez, observa què con el nombre común de medidas preventivas o cautelares y también aseguratívas,

(5) Citado por ZAVALETA, J. Arturo, Ob cit., p.75.

entiende la práctica y la doctrina procesal, todas aquellas acordadas por el juez instructor (o el tribunal resolutor, en su caso) para asegurar la efectividad de las resueltas de un proceso, agregando que ellas pueden ser personales o reales, según que recaigan sobre una persona o sobre determinadas cosas, las cuales quedan sujetas directa o inmediatamente al desarrollo o resueltas del tráfico procesal, y que entre las primeras se hallan la detencion y la prisión preventiva. (6) señala Mauricio R Ottolenghi que las medidas de que nos ocupamos no son verdaderos elementos del procedimiento penal en sí, aprovechan de la práctica y de la doctrina desenvuelta en torno de las medidas precautorias del proceso civil, ya que en el fondo, la finalidad a que tienden es la misma: "facilitar el desarrollo normal del proceso principal, impidiendo que, durante su substanciación, pueda el demandado realizar actos o maniobras que dificulten o hagan imposible la efectividad de la sentencia". (7) Tienen en común, además, uno de los rasgos característicos de toda medida precautoria: su provisoriedad. Refiriéndose a las medidas precautorias del proceso civil, dice Alcina que no tienen un fin en sí,

(6) Ibidem, p. 75.

(7) Ibidem, pp. 75 y 76.

sino que sirven a un proceso principal, y, en consecuencia, su existencia es provisoria, pués depende de la contingencia de éste. (8) Alcalá Zamora y Castillo y Ricardo Levene, a su vez, y aludiendo a las medidas aseguratívas del proceso penal, expresan que no existen formas de proceso cautelar penal autónomo, sino que todas son dependientes, es decir, supeditadas al respectivo proceso de conocimiento o de ejecución . (9) y Jiménez Asenjo, en el mismo orden de ideas, dice que todas las medidas preventivas son de caracter subsidiario y, por tanto, su vigencia está condicionada por la vida del negocio principal, cuya efectividad previenen: por consiguiente sólo viven en tanto tiene vida aquél y fenecen con el mismo, por el principio jurídico de que lo accesorio sigue a lo principal. (10)

El resultado, o la consecuencia inmediata de la imposición de esta medida precautoria que es la prisión preventiva, es la privación de la libertad física del individuo que es objeto de ella. Y no se trata de una simple privación de la libertad física, sino de una verdadera situación o estado caracterizado por la relatividad de su

(8) Ibidem, p. 76.

(9) Ibidem, p. 76.

(10) Ibidem, p. 76.

permanencia, dado que puede mantenerse hasta la terminacion del proceso en tanto no desaparezcan las causas que le han dado nacimiento.

3.- Fines

Es bastante difícil precisar o más bien decir que la prisión preventiva tenga por objetivo tal o cual cosa, por lo que nos concretaremos a tratar de explicar por qué de la misma, pero para ello hemos de referirnos al objeto que atribuye a la prisión preventiva Arturo J. Zavaleta, quien dice: Que la prisión preventiva tiene por objeto único asegurar la presencia del imputado, durante el juicio y garantizar la eventual ejecución de la pena, y que para él es la única finalidad de la medida agregando que lo que importa, lo que interesa, es la etapa del juicio, puesto que es en ella en donde el imputado habrá de ser condenado a sufrir la pena consignada por la Ley sustantiva por la norma penal infringida, la etapa, es en donde habrá de hacerse efectiva la pretensión punitiva del Estado, derecho éste, que exige un juicio previo de responsabilidad en el que se demuestre los fundamentos de la acusación y se desprenda la consecuencia; la obligación que tiene el imputado de sufrir la pena. Siendo esto lo que interesa al Estado, esto es, que aquél sobre quien pesan cargos suficientes de autoría no se

sustraiga al juicio en el que puede ser objeto de una sentencia condenatoria, lógicamente necesita valerse de un medio coercitivo eficaz, para asegurar el logro de tal finalidad, dado que la regla general en las legislaciones, es que los juicios se realicen con la presencia del inculpado, siendo esa regla por lo tanto a la que debemos atenernos. (11)

Desde luego, nosotros también estimamos que en parte el objetivo de la prisión preventiva radique en asegurar la presencia del inculpado, durante el juicio y garantizar la eventual ejecución de la pena, pero no creemos que sea el único objetivo como lo demuestra Arturo J.zavaleta, sino que más bien creemos que el objeto de la misma sea sumamente variado y así podemos observar y como lo señala Rodríguez y Rodríguez que entre la gran diversidad de imperativo o finalidades, se incluyen tanto propósitos generales como fines específicos, los cuales se podrían clasificar de la manera siguiente: "1. Propósitos generales: A. Indirectos : a). Garantizar una buena y pronta administración de justicia; b) Garantizar el orden público, restableciendo la tranquilida social perturbada por el hecho delictivo; c) Garantizar el interés social en la investigación de los delitos y d) Garantizar la seguridad de terceras personas

(11) ZAVALETA J. Arturo, ob cit., pp. 81 y 82.

y de las cosas. B. Directos: a) Asegurar el fin general inmediato del proceso que tiene a la aplicación de la ley penal en el caso de su violación; b) Asegurar el éxito de la instrucción preparatoria, así como el desarrollo normal del proceso, y c) Facilitar el descubrimiento de la verdad, mediante las investigaciones, búsquedas y pesquisas que no deben verse entorpecidas por el inculpado. 2. Fines específicos: A. Asegurar la presencia del imputado, durante el desarrollo del juicio, ante la autoridad que deba juzgarlo; B. Garantizar la eventual ejecución de la pena; C. Posibilitar al inculpado el ejercicio de sus derechos de defensa; D. Evitar su fuga u ocultamiento; E. Evitar la destrucción o desaparición de pruebas, tales como huellas, instrumentos, producto o cuerpo del delito; F. Prevenir la posibilidad de comisión de nuevos delitos por o contra el inculpado, y G. Impedir al inculpado sobornar, influenciar o intimidar a los testigos o bien coludirse con sus cómplices" (12)

Sin embargo ha sido sumamente discutida por los teóricos del derecho procesal penal. Esa finalidad, plural, se relaciona con el proceso y con la ejecución de la pena y, por ello, es de orden social; infortunadamente, colisiona con

(12) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús. La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en el Derecho Comparado. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 1981, pp. 29 y 30.

intereses del individuo y de la propia sociedad. Al respecto Ricardo Rodríguez plantea: "Cierto es que la detención preventiva es una pena real para el inculpado, pero al mismo tiempo es una medida necesaria, garantía indispensable que reclama la instrucción y, en su caso, para la ejecución de la pena; garantía que la sociedad exige como un derecho de interés general, cual es la represión de los delitos". Más adelante, agrega que, al regular la prisión preventiva, se debe procurar " conciliar el interés social con los derechos en lo que se relaciona con la libertad individual..." (13) Y Jesús Rodríguez y Rodríguez comenta: " ...la detención preventiva ha sido y sigue siendo una ocasión de confrontación, un lugar de conflicto, donde entrechocan dos intereses igualmente legítimos. Por un lado el interés humano, respecto a su libertad individual, y en sentido más amplio, de su interés del Estado en la prevención del crimen y la persecución de la delincuencia". (14)

(13) El Procedimiento Penal en México. 2a edición. Editorial Tipografía de la Vda. de F. Díaz de León. México 1900. pp. 352 y 353.

(14) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús, Op. Cit., p. 35.

Los procesalistas postulan, entre otras, las finalidades siguientes: la efectiva realización del proceso; el aseguramiento de la ejecución de la sanción privativa de la libertad; el impedir que el acusado oculte, altere o destruya los medios probatorios; el impedir que el acusado se ponga de acuerdo con sus cómplices, para subvertir el proceso mediante la distorsión de los medios probatorios; el impedir la comisión de nuevos delitos, por parte del acusado.

Un análisis, por somero que sea, revela que la determinación precisa de los fines de la prisión preventiva no es sencilla y tampoco es simple. Al menos las tesis hasta ahora anotadas por la doctrina, son palmariamente vulnerables.

En atención al primer objetivo: la efectiva realización del proceso, resulta válido afirmar que no es necesaria la prisión preventiva para llevar a cabo el proceso. Lo único necesario es que el sujeto acuda a la práctica de todos los actos procesales en que se requiera su presencia; y, para lograrlo, no hace falta tenerlo tras las rejas. Esto demuestra con la realidad judicial, en la que un porcentaje importante de procesos se realiza a pesar de que el inculpado se encuentre en libertad. Tales son los casos en que la punibilidad no es privativa de libertad o, siéndolo,

está prevista en forma alternativa con otra diversa, o los casos en que el sujeto recupera su libertad mediante caución o protesta.

En cuanto al aseguramiento de la ejecución de la sanción privativa de libertad, este objetivo se ve claramente reducido a los supuestos en que la punibilidad es necesariamente privativa de la libertad; y aún cuando con esta reducción, la ejecución penal no queda plenamente asegurada cuando el sujeto obtiene su libertad caucional o bajo protesta, pues en tal situación, se corre el riesgo de la fuga.

Por lo que respecta a la finalidad de impedir que el acusado oculte, altere o destruya los medios probatorios, pueden citarse, como objeción, los casos en que el sujeto tiene la firma convicción de su inocencia y, por lo mismo, más bien colabora para el esclarecimiento de la verdad a efecto de alcanzar su plena reinvindicación. También pueden mencionarse las hipótesis en que el sujeto, aún no sintiéndose inocente, presta de buena fe, la colaboración que se requiere.

Tampoco son admisibles como objetivos, el impedir que el acusado se ponga de acuerdo con sus cómplices, para subvertir el proceso mediante la distorsión de

los medios probatorios o el impedir la comisión de nuevos delitos por parte del acusado. Basta con pensar en que un gran número de sujetos, desde el interior de la prisión preventiva, controlan bandas de delincuentes; así por ejemplo, los narcotraficantes, los terroristas, los tratantes de blancas, etcétera.

Como puede advertirse, varias de las finalidades propuestas o aceptadas hasta el momento por especialistas, resultan débiles como justificantes, sólidas, de la prisión preventiva.

CAPITULO II.- ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

1.- En el derecho romano

Los antecedentes de la libertad bajo caución o fianza, se remontan á la época del Derecho Romano, por lo que nos interesa destacar esta legislación, por haber sido la que sentara los verdaderos principios en esta materia, pudiendo hacer su estudio a través de sus dos períodos que fuerón: el de la República y el del imperio, ya que distaban entre sí en los comienzos de la República, la liberación del imputado pudo lograrse haciendo extensiva al procedimiento penal

público, la constitución de fianza, la que sólo se empleaba primitivamente en el juicio privado. Teodoro Mommsen enseña que en Roma, desde los más remotos tiempos, era permitida la libertad bajo fianza del acusado tratándose de delitos privados, libertad que posteriormente se aceptó tratándose de juicios penales públicos, y a este respecto, en su "Derecho Penal Romano" dice: "...según una leyenda verdaderamente antigua, ya los magistrados patricios de la época anterior a los decemviros fueron constreñidos por los tribunos del pueblo a admitir una fianza pública (praedes vades) constituida por un acusado, y a seguir el proceso contra aquél dejándolo en libertad, pero parece que también se podía dejar sin efecto la prisión preventiva aún no constituyendo fianza. Esta protección tribunicia, que fué introduciéndose caso por caso, por regla general les era negada a los delincuentes comunes. (15)

Es sin embargo a partir de la Ley de las Doce Tablas que la institución de la libertad provisoria adquiere su verdadera fisonomía. Deja entonces de ser un favor, para convertirse en un derecho del imputado. (16)

(15) MOMMSEN, Teodoro. El Derecho Penal Romano. Traducción de alemán por Pedro Dorado, Editorial la España Moderna. Madrid. 1898. p. 328.

(16) Ibídem. p.328.

Se hallaba sujeta, sin embargo a las siguientes condiciones: a) a la prestación de una fianza; y, b) a que no se tratara de un crimen contra la seguridad del Estado.

"La Ley de las Doce Tablas" estableció: "que si el acusado presenta a alguno que responda por él, dejadlo libre (mittito); que un hombre rico preste caución por un hombre rico, pero todo hombre puede prestarla por un ciudadano pobre". (17)

"Si no comparecía cuando se le requería o no presentaba excusas atendibles, se le detenía y se le constituía en prisión. Cuando, por el contrario, no se lograr aplicaba la interdicción del agua y del fuego (agua et igni interdicere), que era un acto administrativo que consistía en negar a un individuo el derecho de permanecer dentro del territorio romano; en rehusarle permanentemente la protección jurídica que se concedía en general a todos los extranjeros que pisaban aquel suelo; y, en amenazarlo con que se le trataría como enemigo de la patria en caso de que violara tal prohibición, amenaza que se hacía extensiba a todo aquel que lo ocultare en su casa o le prestara ayuda. Tales medidas sin embargo, sólo se adoptaban cuando el inculpado no reuía su aprehensión."

(17) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, Ob cit., p. 300.

De lo anterior, es importante hacer sobresalir la situación que viene a prevalecer a favor del acusado, toda vez que la libertad era obtenida ya no a través de un juicio particular y como un favor de los magistrados patricios, convirtiéndose en un derecho para el imputado, misma que le era otorgada haciendo omisión de la gravedad del delito cometido; asimismo observamos que la Ley de las Doce Tablas establecía consideraciones semejantes a las que rigen en nuestro derecho positivo, por cuanto que la libertad podía obtenerse mediante fianza, y aún mas se le daba la facilidad de presentar un fiador.

Es de considerar que el procedimiento a seguir en relación a las obligaciones que adquiría el imputado con el estado, tiene relación y características semejantes a los procedimientos represivos que rigen para el inculpado en nuestros tiempos.

Por lo demás el exilio situaban al hombre fuera de la religión de la cual emanaban todos sus derechos, con ello se situaba fuera de su patria y todo esto es consecuencia de que la sociedad romana se declaraba sartisfecha con tal medida, toda vez que con ello se libraba del malhechor y la colocaba fuera de sus ataques, por ello se explica que la legislación romana permitiera al imputado sustraerse a la pena por medio de la fuga.

"Durante el Imperio, cuando el principio de la libertad individual fue menos respetado, cuando las creencias religiosas se eclipsaron, cuando la idea de la patria se volvió menos poderosa y la del exilio menos odiosa, cuando el proceso inquisitivo empezó a reemplazar el proceso acusatorio, el empleo de la prisión preventiva volvió a hacerse más frecuente y, como lógica consecuencia de ello, a restringirse de la libertad provisoria. Se consideraba erróneamente desde luego, el magistrado bajo cuyo poder quedaba el inculpado con la imputación del proceso inquisitivo, ofrecía muchas más garantías de imparcialidad que el particular acusador, siendo menos necesaria entonces dejar al acusado en completa libertad para controlar los actos de la instrucción, como venía aconteciendo con el proceso acusatorio". (18)

En suma, podemos decir que en los últimos tiempos del Imperio Romano, la prisión preventiva era la excepcion, nadie podía ser encarcelado sin estar convicto. Lo mismo sucedía en casos de crimen grave; por presunciones no eran suficientes para aprisionar al inculpado; la libertad provisional sólo era admitida en casos de crímenes no confesados.

---

(18) ESCALONA BOSADA, Teodoro, La Libertad Provisional Bajo Caución, 1a. edicion, Editorial Libros de México, S.A., México, 1969. p. 13.

2.- En el Derecho Español

a).- CODIGO DE ALARICO O BREVIARIO DE ANIANO

La época de la expedición fué el 2 de febrero del año 506 después de Cristo, en la Ciudad de Tolosa.

Se explica su creación, por la exigencia de dar al pueblo hispano, Roma de la época, una legislación congruente y clara, frente al régimen de tipo personal, que imperaba para los conquistadores Germanos. Asimismo obedeció a la necesidad vital de aclarar la caótica legislación vigente y dar seguridad en el reclamo de los derechos en litigio.

La libertad provisional Bajo caución en aquella época, tuvo un uso meramente accidental, ya que la regla era en el sentido de no limitar más que excepcionalmente la libertad personal, que podamos referir a los delitos que atentaban contra el imperio. En España, durante la época visigoda, casi no se utilizó este tipo de libertad provisional. (19)

(19) ALTAMIRA Y CRENEA, Rafael, "Cuestiones de Historia del Derecho y de Legislación comparada", p. 100.

b).- FUERO JUZGO O FORUM IUDICUM.

Se organizó en el año 54 después de Cristo, en la primera codificación que edifica la nacionalidad española bajo la tutela jurídica, ya que el Fuero Juzgo adquiere aplicación para todos los ciudadanos que viven en territorio dominado por las leyes visigodas, la cual regula la libertad de los ciudadanos estableciéndola como regla general, a no se que se trate de casos que atenten contra el soberano o la organización política, por consiguiente protegía en primer término la libertad personal. (20)

c).- EL FUERO REAL.

Fué producto del Rey Don Alonso "El Sabio", publicado en 1255.

En el fuero Real, encontramos ya dispositivos categóricos que se refieren a la fianza y a las obligaciones de los fiadores, los plazos para presentar a juicio a un afiado, de lo que acontece cuando muere éste, etc., y la del fiador que puede defender en juicio a aquel a quien fió y presentarlo en término para litigar.

(20) J. OLIVERA MARTINEZ "Historia de la Civilización Ibérica", Edición Mundo Latino, Madrid. p. 104.

En efecto el Fuero Real, es ya una fuente indiscutible y un antecedente legal de la Libertad Provisional Bajo Caución, aunque sin las características y finalidades específicas de la misma, en la actualidad.

d) LAS LEYES DEL ESTILO

Se designan con el nombre de "Leyes del Estilo" a la: "recopilación de las declaraciones sobre las leyes del fuero Real y a la costumbre que se seguía para juzgar los pleitos en los Tribunales de la Corte, desde la época del Rey Don Alonso "El Sabio" hasta el reinado de Don Fernando "El Emplazado" y eran en realidad la exposición y el estilo de juzgar de aquellos Tribunales." Estas leyes constituyen una especie de recolección de jurisprudencia integrada por las más altas cortes de la época. En el año de 1310 aparecen publicadas las mismas, interpretando el contenido y alcance de diversas leyes comprendidas en el Fuero Real. Esta compilación, contiene algunas máximas que pueden considerarse como antecedentes de indiscutible importancia de la Libertad Provisional Bajo Caución pués las mismas se refieren a cuestiones, que en la actualidad están vigentes en las legislaciones modernas.

A la Ley LXV, que habla de la obligación del acusado de un crimen, de comparecer ante la autoridad y proponerle a

ésta, un fiador o una fianza a efecto de que dicha autoridad califique la solvencia e idoneidad.

La Ley LXVI, que consideramos de vital trascendencia en nuestro estudio, nos dice: "si alguno es emplazado sobre fecho que merezca muerte; si será preso, o se estará sobre su Raíz.- En el Título de Emplazamientos, hay una ley que comienza: Si algún hombre fuere demandado sobre alguna palabra, emplácelo el alcalde, entiéndose por sí, o por su carta o por su nombre o por su sello conocido, según dice la ley desde el título de los Emplazamientos que comienza: Si no fuere arraigado recáudenlo. Esto usan así desta guisa, que si el fecho es tal, porque entonces es fecho nuevo: y el que dicen, e acusan que lo fizo, que merezca pena de muerte, e perdimiento de miembro, prenderlo han, maguer sea raigado, o de fiadores."

" Más si el fecho no es de entonces fecho, que era ya de ante fecho, entonces se debe guardar esto, que responde sobre raíz si la ha, o sobre fiadores."

Los Juristas hispanos de la época, manejaban ya con bastante propiedad el principio de Flagrancia y de los fiadores que poseán bienes raíces para responder por el acusado y su libertad, si no será

aprehendido y confinado. (21)

Desprendiendose claramente que se habla de una "Sanción Hipotecaria" o "Fianza personal"

e) - LAS SIETE PARTIDAS.

Las leyes de las Siete Partidas, que junto con la Nueva y Novísima Recopilación estuvieron vigentes en México, hasta la promulgación del Código de Procedimientos Penales de 1880, contienen abundantes y variadas disposiciones, relacionadas con la libertad caucionada o libertad bajo fianza, entre las cuales se pueden citar por su importancia las siguientes: Las leyes que aparecen en la Partida Quinta, Título XII, Leyes XVII y XVIII y que se refieren a la obligación de un fiador a que el reo asista a juicio y no haga fuga, extendiéndose, hasta la sentencia de primera instancia; comprometiéndose asimismo a traer al presunto reo a juicio siempre que se le mande, o comparecer él en su nombre y defenderle. También corresponde al fiador, pagar lo juzgado y sentenciado contra el reo en todas instancias. La partida Siete, Título I, Ley XVI, hablan de la fianza que tiene lugar, cuando por no debérsele

(21) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XVIII, p. 388.

imponer al acusado pena corporal se le deja en libertad, quedando el fiador como custodio del presunto reo, con la obligación de presentarle en término legal o en el que señale el juez.

Las Leyes de las Siete Partidas concluidas por el Rey Alonso "El Sabio" en el año de 1265 son importantes antecedentes de las leyes nacionales, y su vigencia, como antes expusimos, se extendió hasta casi finales del siglo pasado.

f).- LA NUEVA RECOPILACION.

Esta obra legislativa surgida en el año de 1567 en la época de Felipe II, contiene entre sus normas, diversas disposiciones referentes a nuestro tema, entre las que podemos citar las siguientes:

La contenida en el libro III, Título IX, Ley Décimo Octava y, que habla de las justicias cuando sueltan a uno en fiado y no lo pueden aprehender nuevamente pasando sesenta días si no existe querella - es decir una especie de prescripción-, teniendo como condición esta cédula que se trata de delito leves. Así también la Nueva Recopilación no habla de lo que son las justicias: "Los encargados de decir y

aplicar las leyes como audiencias, jueces, alcaldes", etc.

En el Libro Cuarto, Título XVIII, Ley Décimo Sexta por igual encontramos otra disposición que regula la libertad del que estuviere preso por causa civil, , siendo dicha libertad bajo fianza; en el Libro V, Título XVI, Ley X, se menciona la prescripción de la fianza, cuando transcurre un año, contando desde el día en que se cumplió el plazo que se le hubiera concedido, para presentar al acusado.

g).- LA NOVISIMA RECOPILACION

La codificación del año 1806 así denominada, en realidad caso no introduce preceptos que se refieran a la libertad bajo fianza, ya que la materia se encuentra reglamentada en leyes anteriores, no obstante, podemos hacer referencia a la prescripción a favor del acusado libre bajo fianza en el término de sesenta días.

3.- En Francia.

La Libertad caucionada fué, ora una costumbre, ora un derecho. En 1315, bajo Luis El Turbulento; 1498, bajo Carlos VII; en 1507, bajo Luis XII, existían ordenanzas

reales que conferían a los magistrados la potestad de liberar a los encausados que prestaban "buena y suficiente caución de comparecer personalmente el día en que se iniciara la instrucción"

Con la sanción de la ordenanza de 1539, este Estado de cosas sufrió un cambio fundamental. La Libertad provisoria dejó entonces de ser el derecho común, para convertirse en una excepción. Ello debido al procedimiento secreto y al principio inquisitorio aplicados con la más cruel severidad, los que exigían el encarcelamiento previo del imputado como una de las condiciones escenciales de un sistema que comenzaba a puerta cerrada y terminaba en la tortura.

La Libertad caucionada se acordaba en las causas de pequeña importancia y no sujetas a confrontaciones. Sin embargo, algunas otras excepciones prevalecieron en la práctica. Los sacerdotes, los nobles, los personajes importantes, estaban ciertas veces (según el capricho o la complacencia de los jueces) exentos de la prisión preventiva, pero se trataba de un privilegio ilegal, arbitrio, y sólo autorizado por la tolerancia de los Parlamentos.

Recién a fines del siglo XVI, la libertad caucionada vuelve a recobrar su antiguo esplendor merced a los esfuerzos de los legistas y de la jurisprudencia. En esta época, sólo

se le denegaba en los casos de delitos reprimidos con pena corporal. Tratándose de penas pecuniarias, y por más elevado que fuera su monto, el imputado debia ser puesto en libertad bajo caucion aconteciendo lo mismo con los delitos castigados con las penas de azotes o del destierro. Poco a poco esta regla se extendió, y la propia pena de prisión dejó de ser un obstáculo a la libertad provisoria, en los casos de delitos leves y aún de delitos graves, si las pruebas acumuladas eran insuficientes o dudosas. Los nobles en razón a su rango, y los pobres imposibilitados de encontrar fiador, gozaban también del beneficio siempre que prestaran caución juratoria, habiendo establecido luego la costumbre que se la signara a todo imputado, por cárcel, la ciudad o la casa habitada.

La célebre ordenanza de 1670 conocida por Ordenanza de Luis XIV y que rigió en Francia por espacio de 120 años, no hablaba de la libertad provisoria bajo caución, pero permitía en determinados casos la liberación de los inculpados, lo que acontecía cuando la instruccion no estaba reglada por el procedimiento extraordinario. Se les exigía únicamente el compromiso de presentarse a todas las citaciones y elegir domicilio en el lugar.

La legislación de 1791 suprimió estas desposiciones, hizo revivir la libertad bajo caución, y restringió la

prisión preventiva. En materia correccional, el imputado era puesto en libertad, y en cuanto a los acusados de crímenes y, si no eran posibles de penas infamantes, podían ser liberados prestando caución, en cuyo caso eran dejados bajo la guarda de sus amigos fiadores.

Bajo el Código de Brumario y bajo la Ley de Termidor Año IV, la exigencia de la caución fué extendida a los delitos correccionales, rehusándose la libertad provisoria a los vagabundos. (22)

4.- En Alemania

Con los fragmentos del Imperio Romano, se formaron las nuevas nacionalidades. Cuando después surgió el feudalismo, de las selvas de Germania, el procedimiento penal era público, oral y formalista; condiciones que daban al acusado las necesarias garantías de defensa; pero la mas importante, fué la que restringiendo la detención preventiva, le concedía ampliamente la libertad provisional como consecuencia del sistema oral y público de aquel procedimiento. (23)

(22) ZAVALETA J. Arturo, ob. cit., p. 182.

(23) ALTAMIRA Y CRENEA, Rafael, ob. cit., p. 100.

5.- En los Estados Unidos de Norteamérica

La Constitución Norteamericana, ordena que no debe exigir fianza excesiva, copiando una declaración similar de la Declaración de Derechos Inglesa de 1689. La fianza es la prenda de dinero o propiedad, prestada por el acusado o sus fiadores, con el fin de garantizar su comparecencia al proceso. El Constitucionalista norteamericano C. Herman Priechett (24) afirma que "La concesión de la excarcelación suministra un medio por el cual un individuo puede obtener su libertad mientras espera su juicio. Además de consideraciones humanitarias y la presunción de que una persona es inocente hasta que se pruebe su culpabilidad, provee al acusado de una mejor oportunidad para preparar su defensa. La disposición constitucional ha sido interpretada como limitación al congreso, en la sanción de leyes referentes a la conceción de la excarcelación y a las cortes federales, al establecer la fianza en casos individuales."

En la misma obra el autor agrega: "la enmienda octava, no hace de la conceción de la excarcelación un derecho absoluto en todas las circunstancias. En la ley judicial de 1789 el Congreso dispuso que a una persona

(24) La Constitución Americana de Derechos del Debido proceso, pp. 705 y ss.

arrestada por infracción no capital le será concedida la excarcelación bajo fianza, admitiendo en consecuencia que ella puede ser rehusada en casos capitales a discreción del juez."

Respecto del monto de la fianza, las interpretaciones de la Suprema Corte de los Estados Unidos reiteran que se trata de fianza excesiva cuando se ha fijado: "en una cifra superior a una cantidad razonable calculada, para cumplir el propósito y asegurar la presentación del acusado a juicio."

Las reglas federales de Procedimiento Criminal, nos dice Pritchett: "detallan los factores que deben considerar el tribunal, al fijar la fianza en la siguiente forma: la naturaleza y las circunstancias del delito imputado, el peso de la prueba en su contra, la capacidad financiera del acusado para dar fianza y la personalidad del acusado." Asímismo hace el comentario del caso Stack Vs. Boyle (año 1951), refiriendo que el Presidente de la Suprema Corte, Vinson sostuvo: "inferir del hecho de la sola acusación la necesidad de fianza de cantidades desusadamente altas, constituye un acto arbitrario. Dicha conducta inyectaría en nuestro sistema de gobierno los mismos principios del totalitarismo contra el cual el congreso pretendía resguardar, mediante la sanción de la ley, en

cuya virtud han sido acusados los peticionarios."

Por su parte Andrew D. Weinberg. (25) "ciertamente se admite que un acusado que esté libre bajo fianza, está en la posibilidad de huir y no comparecer al juicio por sentencia, pero esto es un riezgo que ha sido considerado y la sociedad debe tenerlo, como el precio de un apropiado sistema de justicia." Inserta una declaración atribuida al Ministro de la Suprema Corte, Jackson, que se ha convertido en regla general para todo problema Constitucional sobre la Libertad Provisional Bajo Caución y que enuncia del siguiente modo: "... está protegido por la escencia constitucional y cuando nos excedemos con los acusados en la fianza nosotros nos privamos de esa protección." En los Estados Unidos de Norteamérica a este tipo de libertad se le designa con la palabra "bail". Como ya se menciono el bail o Libertad Provisional Bajo Caución, se puede otorgar según la Constitución Norteamericana, en la generalidad de los casos, excepto en los de asesinato, pero aún en éstos la Suprema Corte, o un juez de una Corte de Distrito de los Estados Unidos, puede conceder la fianza, aunque el castigo fijado por la ley al delito contemplado, sea la pena de muerte. Debe agregarse que el procedimiento Norteamericano es muy

(25) The Bil Of Rigghts Today Fredom an Protection, pp. 81 y ss. Capítulo X.

aproximado al inglés, del cual emana y que las reglas constitucionales de que se ha hablado se aplican en toda la Unión, independientemente de que, por el sistema federal que priva, es este país, cada entidad federativa reglamenta el derecho en forma diferente, acerca de las gestiones y de las autoridades capacitadas para conceder, pero sin apartarse de los principios generales que dicta la Constitución. Se puede constituir la garantía con depósito en efectivo o simplemente con lo que en México llamamos fianza, regulándose esta fase estatalmente. (26)

6.- En Italia

La libertad provisional en Italia se concede en forma amplia para todos los crímenes o delitos que estén sancionados con pena corporal. Sin embargo, los jueces están facultados para negarla a aquellas personas que carecen de ocupación lícita, a los vagos y mendigos y a cualquier persona sospechosa, gozando de atribuciones discrecionales para decretar o no la prisión preventiva. Deben tener en cuenta además, las condiciones físicas del inculpado, para decretar el arresto domiciliario y para suspender el mandamiento de detención o para mantenerlo, tratándose de

(26) The Encyclopedia Americana, pp. 49 y 50.

personas sospechosas de haber cometido delitos patrimoniales, como el robo, el fraude y la estafa. Consecuentes con el principio de defensa social, la libertad provisoria debe negarse atendiendo a las circunstancias de profesionalidad y de habitualidad en el delito como determinantes para mantener la prisión preventiva. Se niega igualmente a los reincidentes y a los acusados por delitos de rebelión, resistencia o desobediencia a la autoridad y principalmente a aquellos que trastornen la paz pública. Para afirmar el robustecimiento del estado fascista, los jueces fueron facultados para conceder o negar la libertad provisoria cuando existe la posibilidad que se demore o paralice la instrucción del proceso o cuando la conceción de la libertad sea de tal naturaleza que cause mal efecto en la opinión pública; en los casos en que exista temor de que el inculpado abuse de su libertad temporal o eluda las órdenes de comparecencia. Las personas indigentes, en delitos leves, están relevadas de dar fianza, siempre que demuestren tener hábitos de moralidad y buena conducta. El monto de la caución en caso de que el inculpado se fugue, queda afecto al resarcimiento del daño causado por el delito. (27)

(27) ZAVALETA J. Arturo, ob cit., pp. 139 y ss.

7.- En Inglaterra

Este país consagra en su legislación el derecho de libertad provisional en forma muy amplia. Sólo se limita tratándose de delitos muy graves y se deja al criterio del juez de paz o al oficial de policía, determinar si la persona debe quedar detenida, por temerse que se fugue o si por el carácter profundamente odioso del crimen cometido, el solicitante es indigno de obtenerla, o bien porque el delito sea de tal naturaleza grave que provoque la repugnancia social para el delincuente.

En los demás casos, la libertad provisional debe concederse de oficio y en casos dudosos puede hacerse la concesión del beneficio siempre que el magistrado lo estime conveniente.

Antes casi todos los magistrados del orden judicial podían conceder la libertad provisional bajo caución; pero poco a poco se fué restringiendo estra facultad; hoy se ejerce generalmente por los jueces de paz en los condados, y por los magistrados de policía en Londres.

La libertad provisional se decreta a solicitud del inculpado; pero a veces el magistrado mismo se la ofrece, en el caso, por ejemplo, de encontrar cargos leves contra él.

En dicha nación la caución puede consistir en una suma de dinero depositado y en la promesa u obligación del acusado y de un tercero. El juez tiene amplias facultades para fijar el monto pero no debe exigir una cantidad considerable; aunque puede elevarla, según la gravedad del crimen y la situación del inculpado. Si el monto es excesivo, la legislación inglesa permite que mediante el "Habeas corpus" se reclame su fijación.

En los caso que se deseche la petición de libertad provisional, el inculpado puede apelar ante un juez del Banco de la Reyna y si la caución fuere injustamente rechazada, puede perseguir directamente al juez ante la Corte Superior, encontrando en fin una última garantía en el acta "Habeas Corpus". En virtud de este acto todo hombre arrestado puede exigir del alcaide de la prisión una copia del mandato de detención que debe serle entregada dentro de seis horas. El acusado dirige una queja al Canciller o a un juez del Banco de la Reyna, quien libra una orden de "Habeas Corpus" y el mandamiento "writ", y ordena al juez que al arrestado o acusado, le haga conducir inmediatamente. Es necesario para decretar aquella providencia que los parientes del acusado afirmen bajo juramento que está sometido a un regímen de violencia tan riguroso, que no le es posible intentar su queja. El inculpado es conducido ante la Corte; el debate se abre públicamente, y dicho Tribunal confirma la detención

preventiva y decreta la libertad provisional. Si el detenido ha sido puesto en libertad por decisión de la Corte, no puede se arrestado de nuevo sopena de quinientas libras por daños y perjuicios.

El acta de "Habeas Corpus" establece en principio que toda persona perseguida deberá ser juzgada en la sesión inmediata y admitida a prestar caución y que sin un detenido no ha sido juzgado en la primera sesión, tendrá el derecho de permanecer en libertad hasta su comparecencia ante el jurado. Esta disposición no se encuentra en otras legislaciones.

Existen otras garantías acordadas al acusado, y que representan las facultades concedidas a ciertos magistrados. Todo juez presidente de tribunal tiene en el distrito de su jurisdicción, el derecho de admitir que el detenido preste caución. Los jueces de la corte suprema pueden dejar en libertad al inculpado, si presumen que es inocente facilitándole desde el principio del informe todos los medios que sean necesarios para dispersar las sospechas que pesan sobre él; le concede la asistencia de un defensor, aunque puede defenderse por sí mismo si goza de libertad provisional; de esta manera dos cauciones funcionan al mismo tiempo, la del acusador y la del acusado. A medida que el primero acumule sus cargos, el inculpado los discute pero los testigos han sido oídos antes de su aprehensión, y se le da

conocimiento de las declaraciones escritas, tan pronto como esté a disposición de su juez, y es llamado con frecuencia a dar explicaciones; de todo este procedimiento resulta cómo la prueba se perfecciona y se desenvuelve rápidamente con las debidas seguridades. (28)

8.- En Argentina

La materia de la Libertad Provisional Bajo Caución reviste en la República Argentina una enorme diversidad, por cuanto a las distintas legislaciones locales que la manejan en forma discordante, lo que hace decir al escritor, Arturo J. Zavaleta "es necesario uniformar el procedimiento penal en nuestro país". (29)

Por lo que solamente haremos referencia a algunos de los Códigos cuya exégesis se debe al autor antes mencionado. En el Código de la capital federal, las disposiciones relativas a la Libertad Provisional Bajo Caución, se encuentran en el Título Décimo Octavo, del Libro Segundo, con el rubro de Libertad Bajo Fianza, dice Zavaleta, relacionando además el artículo 504 que figura en otro título del Código.

(28) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Ob cit., p. 452.

(29) ZAVALETA J. Arturo, Ob cit., pp. 257 y ss.

Lo denomina Codigo de Obarrii 1889, quizá en memoria del autor, mismo que según nos informa: "ha sufrido modificaciones substanciales en la materia que nos ocupa." El jurisconsulto antes citado, relata una alteración del Código original en el artículo 376 y del año de 1987 Ley 3508, que consistió en la sustitución del término "máximo por la palabra promedio."

En la actualidad tenemos conocimiento, que las últimas modificaciones insertas en el código, son las contenidas en los decretos ley: 13,911/62 y 2021/63, artículo 389 y 376, 377 y 380, respectivamente, que establecen: "podrá decretarse la libertad provisoria del procesado no reincidente, bajo alguna de las cauciones determinadas en este título, en los siguientes casos: 1) Cuando, su prisión preventiva se hubiese decretado con relación a un hecho único, aunque cayere bajo más de una sanción penal, si al mismo no correspondiera pena privativa de libertad, cuyo máximo fuese superior a seis años; 2) Cuando su prisión preventiva se hubiese decretado con relación a uno o más hechos independientes, aunque a estos correspondiera pena privativa de libertad cuyo máximo fuese superior a seis años, si, por las características parrticulares de los mismos y las condiciones personales del procesado, pudiere corresponder, a primera vista, condena de ejecución condicional; 3) Cuando hubiese agotado en detención o prisión preventiva, que

según el Código Penal fuesen computables para el cumplimiento de la pena, la pedida por el Agente Fiscal, que a primera vista resultase adecuada", artículo 370. "La naturaleza de los delitos previstos en el Código Penal o en leyes especiales, no alterará el régimen común de la libertad provisoria estableciendo en el artículo anterior, salvo que se trate de los delitos de Corrupción, Prostitución, Rapto Calificado, Matrimonio ilegal Calificado, Robo con violencia en las personas, Robo de automotores, Extorsión, Venta, Entrega o Suministro de alcaloides, Rebelión en el caso del artículo 226 del Código Penal, Sedición en el caso del artículo 229 del Código Penal, Asociación Ilícita o cualquiera de los comprendidos en el de ley 788/63; o de cualquier otro delito que, en el caso concreto, represente una manifestación de delincuencia asociada organizada", artículo 377. "En ninguno de los casos previstos en el artículo 377, procederá la libertad provisoria", artículo 386. "El Ministerio Fiscal y el Juez deberán expedirse sucesivamente en las peticiones de libertad provisoria bajo caución, dentro de veinticuatro horas. El acusador particular no será oído en el incidente, en primera instancia; pero podrá recurrir de las resoluciones que concedieran la libertad provisoria", artículo 389. Este Código y el de la mayoría de las provincias argentinas limitan como se ve, la procedencia de la libertad provisional bajo caución cuando se trata de diversos tipos de infracciones penales y tanto Zavaleta, como Jorge A Claria

Olmedo (30) critican esta actitud en su legislación. Por otro lado el procesalista citado con anterioridad en segundo lugar, sostiene que el artículo 18 de la Constitución Federal sanciona como Garantía el derecho que estudiamos, aunque en nuestra opinión sería conveniente que en forma expresa quedara estatuido como lo hacen las constituciones provinciales, de Buenos Aires, Catarma, Salta y San Juan, según nos dice el propio autor. (31) Por cuanto se refiere al artículo 304 del Código de Procedimientos Penales, prevé una situación que por fortuna no se registra casi nunca en nuestro país, o sea la de que en los casos de sentencia absolutoria el Juez sin perjuicio del recurso deberá conceder la libertad bajo caución del absueldo (aunque sí debemos decir que en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Jalisco, artículo 364, existe una disposición que puede dar origen o que ha dado origen a gravísimas consecuencias, al consentir que las sentencias definitivas, que pueden ser condenatorias o absolutorias, sean apelables en ambos efectos, no permitiendo la excarcelación en estos casos de la persona a cuyo favor se dictó la sentencia absolutoria). En el Código de la Provincia

(30) CLARIA OLMEDO, Jorge A. Derecho Procesal Penal, Tomo V.

(31) RUBIANES, Carlos J. "La Excarcelación". 1964. pp. 32 y ss.

de Córdoba, el artículo 345 establece: "podrá concederse excarcelación al inculpado que se encuentra en prisión preventiva, salvo las excepciones del artículo siguiente: primero cuando la ley reprima el delito atribuido con pena privativa de la libertad que no exceda de 4 años; segundo, cuando excediendo de ese término se estima "Prima Facie" que procederá la condena condicional." Los casos en que no podrá concederse dicha excarcelación son aquellos en que el solicitante tenga una condena anterior, salvo que haya corrido el término del artículo 53 del Código Penal (prescripción seguramente) y segundo a los que se hallaren encarcelados o en libertad provisional en otro proceso, artículo 346 instituyéndose asimismo la posibilidad de la concesión, aunque no se encuentre privado de su libertad el beneficiario, según piensa Zavaleta. Tilda esta legislación, en virtud de que es una potestad del tribunal conceder la libertad y además porque el límite máximo de 4 años, es menor que el de la generalidad de las leyes Argentinas. Censura la facultad que se concede al juez para negar o revocar la libertad caucionada cuando se tengan motivos para sospechar que el inculpado eludirá la acción de la justicia, situación que de igual modo condenaremos, al estudiar dicha facultad en los Códigos Mexicanos, porque con ese pretexto se atenta contra el principio de la libertad que en nuestro país tiene una jerarquía a derecho fundamental del ser humano; las formas

de caución pueden ser: juratoria, personal y real, artículo 349; y, para precisar el monto, este ordenamiento coincide en sus términos con los códigos mexicanos al decir: : la cantidad y calidad de la caución será determinada, teniendo en cuenta la naturaleza del delito, la condición económica y antecedentes del imputado, la importancia del daño causado y el monto de las reparaciones que puedan corresponder" (artículo 350); en cualquier estado del proceso puede ser solicitada por el inculpado o su defensor, la libertad (artículo 355); el artículo 358, establece la posibilidad de revocación cuando el imputado no cumpla las obligaciones impuestas por el Juez.

En la provincia de Mendoza, la libertad caucionada se delinea en el artículo 35 de su Constitución, que reza a la letra: "Cuando el delito que motiva la prisión o detención del encausado tenga pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de 6 años, deberá decretarse la libertad provisoria bajo fianza o caución personal, real o juratoria, salvo las limitaciones que la ley establezca respecto a la reincidencia. Corresponderá asimismo la libertad provisoria, bajo fianza o caución personal, siempre que, prima facie, a juicio del juez debiera recaer en el proceso sentencia de ejecución condicional." En la provincia de Mendoza, como pueder verse, es obligatoria para los tribunales la concesión del goce del derecho que estudiamos. El artículo 36 de

dicha constitución prevé que en los casos en que se dicte, lo que en México llamamos libertad por falta de méritos, deberá concederse la libertad provisoria con garantía o sin ella, a juicio del juez, según la naturaleza y gravedad del hecho incriminado.

Jorge A. Clariá Olmedo, considera que el término medio aritmético es el más indicado en lo que toca a la concesión de la libertad que estudiamos, opinión que impera en nuestro país y que en lo personal juzgo como la fórmula más correcta y adecuada en este sentido y pienso que en base a los principios que regulan la aplicación de las sanciones en el derecho Argentino, son pertinentes las observaciones que hacemos al reseñar a los códigos nacionales en cuanto atañe a los casos de concurso o de concurrencia de varios delitos, ya que si hay un mínimo y un máximo de penalidad, y en los casos de concurso o concurrencia, debe aplicarse la pena correspondiente al delito más grave que podrá aumentarse, de acuerdo con el contenido objetivo de las normas, no es otro que el término medio aritmético de ese delito más grave al que debe estarse en cuanto a la procedencia de la libertad.

9.- En el derecho mexicano

a).- Constitución española de cádiz de 1812

En la Constitución de 1812 aparece la libertad bajo fianza como un derecho garantizado en aquellos casos en los que el delito no amerite pena corporal para evitar los efectos de la prisión preventiva y así encontramos que el artículo 295. dispone: "no será llevado a la cárcel el que de fiador en los casos en que la ley no prohiba expresamente que se admita fianza": y el artículo 296. establece: "En cualquier estado de la causa en que aparezca que no se puede imponer al preso pena corporal, se le pondra en libertad dando fianza".

b).- Constitución de 1857

La Constitución de 1857 no reglamento la Libertad Provisional, estableción que "Solo habra lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que el acusado no se le puede imponer tal pena se pondrá en libertad bajo fianza" (artículo 18 de la Constitución Política de 1857).

Como se puede observar, la redacción de este precepto es confusa, pues por un lado, sólo el delito sancionado con pena corporal origina prisión; pero en seguida, el mismo artículo ordena: "En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, es decir la pena corporal, se pondrá al sujeto en libertad bajo fianza" De lo anterior, podría entenderse que cuando un sujeto no merecía pena corporal se le mantenía en prisión mientras no otorgara la caución respectiva, lo cual resultaría una total aberración, sin embargo de tal redacción no sería posible llegar a una conclusión diversa.

c).- Código de procedimientos penales de 1880

El Código de Procedimientos Penales de 1880, para el Distrito Federal y Territorios de Baja California, cuyo antecedente inmediato es el proyecto de Código de Procedimientos criminales para el Fuero Común de 1872, estatuye en su artículo 260: "toda persona detenida o presa por un delito cuya pena no sea más grave que la de 5 años de prisión, podrá obtener su libertad bajo caución, previa audiencia ante el Ministerio Público, siempre que tenga domicilio fijo y conocido, que posea bienes o ejerza alguna profesión, industria, arte u oficio y que, a juicio del juez no haya temor de que se fugue" He aquí que tal Código deja

al arbitrio del juez la concesión o negativa del beneficio de la libertad provisional, como lo requiere todo principio jurídico.

d).- Código de procedimientos de 1894

En el Código de Procedimientos Penales de 1894, la Libertad Provisional Bajo Caución, se encuentra comprendida, en los artículos del 440 al 453. Su importancia es relevante, ya que, en primer lugar su vigencia se extendió hasta el año de 1929, fecha en que fue derogado, al expedirse el Código de organización, competencia y de procedimientos en materia penal para el Distrito Federal y territorios, lo que trae como resultado que el Código de Procedimientos Penales de 1894, hubiese reglamentado la libertad provisonal bajo caución, sujeto a dos constituciones que trataron en forma distinta esta importante sección del derecho procesal, pues mientras la Constitución de 1857 omite insertar como garantía el beneficio, la Constitución de 1917 como lo veremos, consagra entre las garantías individuales de todo acusado en el procedimiento criminal, la de que éste pueda obtener tal privilegio, convirtiéndolo, en un auténtico derecho subjetivo público. Por otro lado, este ordenamiento procesal penal, es el modelo que adoptan los Códigos de Procedimientos Penales aplicables en la actualidad, es decir, el de 1931 del

Distrito Federal y Territorios Federales de 1934. Encontramos pues que el Código de 1894, enuncia en el capitulo tercero la libertad provisional bajo caución, siendo los de 1931 y 1934, una copia casi al carbón de aquél.

e).- Código de procedimientos penales expedido en 1931

En uso de las facultades que le fueron concedidas al poder ejecutivo a cargo del presidente de la República Licenciado Pascual Ortiz Rubio por decreto de 2 de enero de 1931 el congreso de la Unión, se expidió el Código Penal, promulgándose éste el 13 de agosto del mismo año. Consecuentemente por decreto de misma fecha, se publica en el Diario Oficial de la Federación de fecha 29 de agosto de 1931, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, quedando derogado el Código de 1894. Sin embargo este último sirvió de base fundamental para los nuevos Códigos de 1931 y 1934.

f).- Informe del proyecto constitucional de 1917

Al consagrase en el texto Constitucional la Libertad Provisional Bajo Caución, el Constituyente de 1917 le dio

carácter privilegiado formulándola como una protección a la libertad individual y ciñendo su objeto a conceder la libertad a los procesados en todos aquellos casos en que su concesión no dañe a la buena marcha de la administración de justicia.

Investigando las causas que decidieron al legislador para la creación de la fracción I en los términos consignados en la Constitución de 1917 consultamos el informe del C. Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Sr. Don Venustiano Carranza, rendido ante el Congreso Constituyente de la Ciudad de Querétaro, el que, en lo conducente, dice: "El artículo 20 de la Constitución de 1857, señala las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; pero en la práctica esas garantías han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, al lado de ellas, se han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales que dejan por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los jueces y aún de los mismos agentes o escribanos suyos.

Conocidas son de Ustedes, señores Diputados y de todo el pueblo mexicano, las incomunicaciones en muchas ocaciones por meses enteros, unas veces para castigar a presuntos reos políticos, otras para amedrentar a los infelices sujetos a la acción de los tribunales del crimen y

obligandolos a hacer confesiones forzadas, casi siempre falsas, que sólo obedecian al deseo de librarse de la estancia de calabozos inmundos en que estaban seriamente amenazada su salud y su vida.

El procedimiento criminal en México ha sido hasta hoy, con ligerísimas variantes, exactamente el mismo que dejó implantado la dominación española, sin que se haya llegado a templar en lo más mínimo su dureza, pues esa parte de la legislación mexicana ha quedado enteramente atrasada, sin que nadie se haya preocupado en mejorarla. Diligencias secretas y procedimientos ocultos de que el reo no debia tener conocimiento, como si no se tratase en ellos de su libertad o su vida restricciones del derecho de defensa impidieron al mismo reo y a su defensor a asistir a la recepción de pruebas en su contra, como si se tratase de actos indiferentes que de ninguna manera podrían afectarlo y, por último, dejar la suerte de los reos caso siempre entregada a las maquinaciones fraudulentas y dolosas de los escribientes, que por pasión o por vil interés alteraban sus propias declaraciones, las de los testigos que deponian en su contra, y aún las de los que se presentaban a declarar en su favor.La ley concede al acusado la facultad de obtener su Libertad Bajo Caución, durante el curso del proceso; pero tal facultad quedó siempre al arbitrio caprichoso de los jueces, quienes podian negar la gracia con sólo decir que tenian temor de que el

acusado se fugare y se sustrajera a la accion de la justicia.

La comisión dictaminadora encargada del estudio del artículo 20 Constitucional al presentar su dictamen se expreso así: El artículo 20 del proyecto de Constitucion contiene inovaciones trascendentales que transformarán por completo el sistema de enjuiciamiento en toda la República, haciendola más liberal y más humana. En virtud de estas reformas, quedará destruido para siempre el secreto con que se seguían los procesos en todos los tribunales, privándose así al acusado de los elementos para defenderse ampliamente, si el acusador, ya sea la sociedad por medio del Ministerio Publico, o por un particular, tiene libertad completa para acumular los datos que haya contra el acusado, es la mayor inequidad que a éste se le pongan trabas para su defensa cuando ya la privación de su libertad lo coloca en una sutuación muy desventajosa respecto de la parte acusadora; el artículo establece la publicidad para todas las diligencias de un proceso; autoriza al acusado para presenciarlas, con asistencia de su defensor si así le conviene y obliga a los jueces a recibir todas las pruebas y facilitar todos los datos que necesite el acusado. Pero además contiene el proyecto tres grandes innovaciones en el más alto grado; prohibe que se obligue al acusado a declarar en su contra por medio de la incomunicación o por cualquier otro medio; fija el maximo del tiempo dentro del cual debe dictarse la

sentencia en juicios del orden criminal, y pone la Libertad Bajo Caución al alcance de todo acusado cuando el delito que se le impute no tenga una pena mayor de cinco años. Las razones que justifican esa reforma estan consignadas con toda claridad en el informe del C. Primer Jefe que acompaña al presente proyecto de Constitución.

En una de las numerosas iniciativas que la Comision ha recibido, se ataca a la fracción I del artículo 20 arguyéndose que, como la mayoria de los acusados del pais son pobres, sejuramente no podrán obtener la Libertad Bajo Caución, sino con fianza personal, y como el proyecto no determina los casos en que debe aceptarse esta garantia, en lugar del depósito pecuniario o de la hipoteca, quedara a juicio de los Jueces la gracia de que se trata. La Comisión no estima fundada esta objeción ya que tiene como indudable, que acreditandose la idoneidad de un fiador no puede quedar al criterio de un Juez restringirla si no debera admitirla en todo caso" (32) La fracción I del artículo 20 de la Constitución de 1917 en definitiva fue aprobada en los siguientes términos:

(32) Congreso de la Union, Cámara de Diputados. LOS DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO. México a traves de sus Constituciones. Tomo IV, 2a. edición, Editorial Manuel Porrúa, México, 1978. p. 207.

Artículo 20. En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en Libertad, Bajo Fianza hasta de diez mil pesos, segun las circunstancias personales y la gravedad del delito que se impute siempre que dicho delito no merezca se castigado con una pena mayor de cinco años de prisión, y sin más requisitro que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla.

g).- Reformas a la fracción I del artículo 20 Constitucional.

En el año de 1947, 9 de diciembre, siendo Presidente de la República el Licenciado Miguel Alemán, remite una iniciativa para reformar la fracción I del artículo 20 Constitucional, fundado en dos argumentos. "El primero y que es el menos importante aduce, que debe disponerse en forma distinta al monto de la fianza, aumentando la cantidad a que puede ascender, cuando se trate de delitos patrimoniales y con motivo de proteger los intereses de los ofendidos, y el segundo - que siguiendo el derrotero trazado por el criterio que sustentó, por primera vez en el año de 1933 el entonces Ministro de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación,

señor Licenciado Don Salvador Urbina, que después se constituyó en Jurisprudencia en el sentido de que no debe ser el máximo de la pena correspondiente al delito imputado la que sirva como base, para establecer la procedencia de la libertad provisional bajo caución, sino el término medio aritmático de dicha pena, que origina el advenimiento a la actual situación de la Garantía, que desde el punto de vista técnico, en nuestra opinión es inobjetable, dado que el designio de la misma es la de no someter a un acusado a vejámenes innecesarios cuando no se ha determinado su plena responsabilidad en la comisión de un acto ilícito, atendiendo también al principio de "IN DUBIO PRO REO" pues como sucede y ha sucedido constantemente a muchos acusados, en las sentencias se les absuelve después de haber estado privados de su libertad durante un largo tiempo, no obstante, que no existía un basamento real para tal privación, quedando comprendida hasta la fecha como sigue:

"En todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías:

I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza, que fijará el juez tomando en cuenta 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, y sin más requisito 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.

En ningún caso, la fianza o caución será mayor de $250.000.00 a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cauce a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocacionado"

Tal reforma se publicó en el Diario Oficial el día 2 de diciembre de 1948.

Por último, por Decreto publicado en el Diario Oficial de 14 de enero de 1985, se reformó la fracción I para quedar como sigue:

"Artículo 20. En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser

sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepcion durante dos años de salario mínimo general vigente en el lugar 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, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en 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 anteriores.

En los términos de su único artículo transitorio, el decreto mencionado entró en vigor a los seis meses de su publicación en el Diario Oficial.

CAPITULO III.- OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

1.- Momento procedimental en que puede solicitarse

En cuanto al momento procedimental en que sea pertinente solicitar y obtener la libertad, el texto constitucional es claro, más es contrariado por la ley secundaria y la práctica de los tribunales. En efecto, en los términos del artículo 20, fracción I, resulta que la liberación del inculpado debe ser inmediata, esto es, no se supedita a ningún otro acto procesal, con la salvedad de que sólo puede discernirla el juez, cosa que supone, simplemente la iniciación del procedimiento judicial, lo cual ocurre cuando se dicta el auto de radicación, de inicio o de cabeza de proceso. Por ello, carece de fundamento el sistema de nuestros códigos procesales, conforme a los cuales la libertad caucional procede hasta el momento en que el inculpado a rendido su declaración preparatoria

(arts. 290, fracción II, Código de procedimientos penales para el Distrito Federal y 154 Código federal de procedimientos penales). Dado que el juez puede tomar la declaración preparatoria hasta cuarenta y ocho horas después de que el que el procesado queda a su disposicion, durante ese lapso éste se ve impedido para solicitar y obtener la libertad caucional, como podría hacerlo conforme a la Constitución. Debemos señalar que los jueces, en la práctica de los tribunales, atienden siempre a la disposición procesal, con olvido de la norma constitucional. (33)

2.- Elementos que deben tomarse en cuenta para concederla.

Del contenido en el texto de la fracción I, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se colige que para conceder la libertad caucional habrán de tomarse en cuenta los siguientes :

a).- Las circunstancias personales del inculpado.

En efecto, cuando se exige que el juzgador, para otorgar la libertad provisional tome en cuenta las

(33) ZAMORA PIERCE, Jesús, Garantías y Proceso Penal, 5a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, p. 182.

"circunstancias personales" del imputado, se refiere a toda la constelación de elementos que pertenecen al sujeto y que estan descritas en el artículo 52 del Código Penal, como son: la edad, la educación, la ilustración, las costumbres, la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a cometer el hecho delictivo, sus condiciones económicas y en las que se encontraba en el momento del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad.

b).- Determinación del término medio aritmético.

Anteriormente se presentaban algunos casos en los que no se concedía la libertad, porque el máximo de la pena señalada en el Código Penal excedía de cinco años, a pesar de que el término medio aritmético no los rebasaba. La Suprema Corte de Justicia, en tesis en la que fué ponente el Ministro Salvador Urbina, sostuvo, invocando los artículos 52 y 118 del Código Penal, que se debía tomar en consideración el término medio aritmético. En esta epoca, tambien se afirmo que antes de la sentencia no se podia determinar

concretamente la pena que correspondía al sujeto en el caso concreto, por lo que, en justicia, debía tomarse el término medio aritmético. Considerando lo anterior fue como aun antes de la reforma del artículo 20 constitucional, en la práctica se condedió la libertad caucional atendiéndose al término medio aritmetico.

En la actualidad se sigue invariablemente el criterio del término medio aritmético, en virtud de que el artículo 20 constitucional fracción I fue reformado y en él mismo se consagró la idea del termino medio aritmético.

Así pues, todo inculpado tendra el derecho a disfrutar de la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando el término medio aritmético de la pena del delito a imponerse no exceda de cinco años y si se trata de delitos del orden patrimonial esa garantía será cuando menos tres tantos del daño ocasionado o de lucro obtenido.

Así calcular el término medio aritmético de la pena, conforme al cual procederá o no la libertad, es, normalmente una labor simple: se suma la pena mínima y la máxima fijadas por el Código para un delito determinado y el total se divide entre dos. A continuación, no hay mas que hacerse el razonamiento siguiente: si es de cinco años o menor, procede la libertad caucional. No obstante, algunos casos presentan

dificultades especiales, de ellos se han tenido que ocupar los tribunales y la Suprema Corte de Justicia. Algunos han sido resueltos mediante lo que hoy son ya Jurisprudencias definidas y, consecuentemente, de aplicación obligatoria para todos los jueces de la República; otros han sido resueltos en una o dos tesis jurisprudenciales y dejan, por lo tanto una duda.

Básicamente los casos que presentan interés son los correspondientes a los delitos que van acompañados de atenuantes o agravantes o de circunstancias modificativas, los delitos en los cuales se presenta un concurso material o formal.

Por otra parte las reformas del 8 de enero de 1991 a los Códigos de Procedimientos Penales en Materia de Fuero Común y Federal establecen cierta amplitud facultativa al Organo Jurisdiccional para otorgar la libertad bajo caución, a todo inculpado que rebasando el dicho término, cumpla con los requisitos que señalan dichos Códigos Adjetivos. De esta manera se aduce al término medio aritmético como una medida jurídica para la concesión de la libertad caucional.

c).- Modalidades

Hasta 1984 la Constitución condicionaba la libertad bajo caución, únicamente, a que el delito que se imputara al acusado mereciere ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no fuera mayor de cinco años de prisón. El texto no se referia a las circunstancias agravantes de la penalidad que pudieran presentarse.

La Suprema Corte de Justicia de la Nacion, en Tesis de jurisprudencia definida número 173 (Apéndice de Jurisprudencia 1917-1965, Segunda Parte, Primera Sala, pág 341) resolvió que dichas circunstancias agravantes no debian ser tomadas en consideración pues el Juez para calcular la penalidad media aplicable, Dijo la Corte:

"Para concederla (la libertad), debe atenderse solamente a la pena que corresponde al delito imputado, tal cual está señalado en la ley, sin tener en cuenta las atonuantes y agravantes que puedan existir, porque éstas son materia de la sentencia que pone fin al proceso".

No obstante, recientes reformas legislativas han resuelto la cuestión en sentido opuesto al de la jurisprudencia transcrita. En efecto, por Decreto publicado en el Diario Oficial de 27 de diciembre de 1982 se reformó el

artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales para disponer que todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que corresponda al delito imputado, incluyendo las modalidades atenuantes o agravantes de éste, acreditadas cuando resuelva sobre dicha libertad. Por Decreto publicado en el Diario Oficial de 4 de enero de 1984 se reformó el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal para disponer que, para conceder la libertad, el juez atenderá a las modalidades y calificativas del delito cometido.

Ese mismo criterio se ha llevado ahora al texto constitucional. La libertad bajo caución queda condicionada, conforme a la reforma de 1985, a que el delito imputado, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión.

Para el legislador, el término modalidades comprende las circunstancias atenuantes y agravantes o calificativas a las que se refieren los códigos procesales. Así, las Comisiones Unidas Segunda de Puntos Constitucionales, Primera de Justicia y Segunda Sección de Estudios Legislativos informaron a la Cámara de Senadores que: "...las

suscritas Comisiones coinciden también con el juicio que manifiesta la Iniciativa, al incluir las modalidades del delito a fin de que el órgano jurisdiccional para determinar la caución o negativa del beneficio de la libertad provisional bajo caución, atienda no solamente al tipo básico, sino a las modalidades atenuantes o agravantes del mismo" (34)

Haciendo uso de la palabra ante la Cámara, el Senador Neme Castillo agregó: "...cuando se señalen las bases para otorgar la caución del inculpado, deben tomarse en cuenta los agravantes y los atenuantes" (35)

Coincide la doctrina en que la expresión "modalidades" abarca tanto los datos que agravan la pena como aquellos que la reducen, y afirman que el juez, a la hora de resolver, deberá observar las modalidades suficientemente acreditadas en las diligencias previas al acto por el que se concede o niega la libertad. (36)

(34) Diario de los debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Año III, Periodo Ordinario, LII Legislatura, Tomo III, No 9, p. 7.

(35) Diario de los Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Año III, Periodo Ordinario, LII Legislatura, Tomo III, No 10, p. 10.

(36) GARCIA RAMIREZ, Sergio, Reseña sobre las Reformas de 1984 en la administración de justicia, México, Procuraduría General de la República, 1985, pp. 6 y 7.

Lo cierto es que al incluir las modalidades agravadoras de la pena, se tiene por consecuencia, cerrar el camino de la libertad provisional.

d).- Concurso material y concurso formal de delitos

Cuando se habla de concurso material o de concurso formal de delitos ya estamos en terreno de menor definicion. No existe jurisprudencia definida, hay tan sólo algunas tesis jurisprudenciales aisladas, muy interesantes y bien fundadas, pero que permiten la opinión contraria de la doctrina, la cual informará a futuras tesis jurisprudenciales.

Recordemos que hay concurso material de delitos siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos distintos y que hay concurso formal siempre que con un solo hecho, ejecutado en un solo acto, o con una omisión, se violen varias disposiciones penales que señalen sanciones diversas.

Para la concesión de esta libertad, en el concurso de delitos, contempla dos diversos supuestos: el primero, cuando el acusado se le viene imputando un solo hecho delictuoso, lo que evidentemente no significa problema alguno, pues para determinar si se concede o no la libertad provisional bajo caución bastará con sumar el mínimo y

el maximo de la sanción privada de libertad imponible y dividir entre dos, para obtener de esta manera el termino medio aritmético de la pena, y si no excede de cinco años conceder este beneficio tomando en cuenta al mismo tiempo los demás factores reguladores del monto de la garantía o señalarse y que consisten en diversas circunstancias de orden personal del acusado y las del orden objetivo que concurrieron en la realización del hecho delictuoso que se le viene imputando; el segundo supuesto se da en el caso de aquella persona a quien se le imputan diversos hechos delictivos que hubieran tenido lugar en una sola accion o en diversas acciones realizadas a través del tiempo y del espacio, lo que amerita una labor de interpretación, pues a este respecto tanto la propia norma fundamental como las disposiciones procesales relativas son omisas y la cuestión resulta todavía más complicada en virtud de que tampoco se cuentan con un criterio jurisprudencial definido al respecto.

Con fundamento en los articulos 18, 58 y 64 del Código Penal, y 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, los tribunales resuelven habitualmente que, en caso de concurso, procede la libertad bajo caución si la permite la pena media aritmética aplicable al delito mas gravemente sancionado, de aquellas que se imputan al acusado.

Al respecto, el Tribunal colegiado del Primer Circuito en Materia Penal ha resuelto:

"LIBERTAD PROVISIONAL PARA CONCEDER O NEGAR EL BENEFICIO EN CASO DE DELITOS MULTIPLES, DEBE TENERSE EN CUENTA EL TERMINO MEDIO ARITMETICO DEL DELITO MAYOR Y NO A LA SUMA DE LAS SANCIONES MEDIDAS DE TODOS ELLOS.- La aplicación de la fracción I del artículo 20 constitucional a casos como el que se examina, en que el indiciado es presunto responsable de varios delitos, reclaman interpretación judicial. En efecto, no existen dentro de las leyes ordinarias de carácter federal, precepto alguno que al reglamentar el mencionado artículo constitucional en su fracción I, contemple la hipótesis del concurso formal o material de delitos. El artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, que invoca el recurrente, se refiere al "delito imputado" y no alude en forma alguna a los mencionados concursos; tampoco lo hacen los demas preceptos que ese ordenamiento contiene el capítulo relativo a la libertad provisional bajo caución. Por último, no existe jurisprudencia al respecto, pues la tesis que invoca el recurrente no alude a la multiplicidad de delitos. Ahora bien, cuando en la aplicación de una ley exige interpretación del juez por escapar a sus límites visibles el caso concreto, aquél debe fundar la aplicación del precepto en determinado sentido, mediante sólidos argumentos engendrados en las

fuentes del derecho. De acuerdo con las normas de interpretación, es necesario acudir a los preceptos que por su propia naturaleza, indiquen como habría procedido el legislador si hubiera llenado la laguna correspondiente. Auxilian en este caso las disposiciones del Código Penal que marcan la pauta a seguir al aplicar las penas en caso de concurso de delitos, puestos que ponen de manifiesto el pensamiento del legislador con respecto a conductas delictivas múltiples. Cuando se trata de un concurso formal, según el artículo 58, se aplicará la pena del delito mayor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad del máximo de su duración. Cuando como en el caso se trate de un concurso material de delitos, los preceptos a estudiar serían el 18 y 64 que invoca el recurrente; mas no pueden considerarse que, con base en ellos, deba aplicarse la fracción I del artículo 20 Constitucional con el criterio de sumar las sanciones medias de delitos. En efecto, aunque según el artículo 18, puede llegar a sumarse las penas de los diversos delitos, del precepto mismo claramente se infiere que prevalece la pena del delito mayor y es potestativo para el juez acumular las de los demas delitos, de manera que puede dejar de hacerlo cuando lo estime procedente. Si así trata el legislador la acumulación cuando el proceso ha llegado a estado de sentencia, con mayor razón debe regir ese criterio, en el que prevalece la pena del delito mayor, tratándose de la libertad caucional, cuando el proceso está en su etapa

embrionaria y aún no puede apreciarse plenamente la responsabilidad y la temibilidad del reo. Pero no debe perderse de vista, fundamentalmente, que si al pronunciar sentencia, el juez goza de la facultad de acumular al acusado las penas correspondientes a los delitos, por los cuales ha establecido su responsabilidad, carece, en cambio, de esa potestad, que no le otorga la ley, para sumar las sanciones medias de los delitos al determinar si procede la libertad provisional. Además, es pertinente destacar, que si el indiciado en este caso se le instruyeran procesos separados por cada uno de los delitos, obtendría en cada uno de ellos la libertad caucional; en cambio, la acumulación de los delitos, tal como lo hace funcionar el juez responsable al sumar las penas medias aritméticas, causa al indiciado perjuicio y riñe, por lo tanto, con el espíritu del Derecho Penal, que cuenta, entre sus principios, el de que en todo debe estarse a lo más favorable para el reo. Esta norma fundamental habrá de orientar cualquier tarea de interpretación de la ley, y es de advertir precosamente que, de acogerse aquel sistema, podría hacerse nugatorio el beneficio que, elevado al rango de garantía individual, establece la Constitución Federal en favor de los procesados. Con acierto estima, pues, el juez del amparo, que en los casos como el que se estudia, debe considerarse cada delito en particular teniendo en cuenta, al resolver sobre la libertad provisional, las penas medias aritméticas de cada

uno, sin sumarlas, tomando como base para considerar ese beneficio la del delito mayor. Ya en el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, aún contrariando por otros conceptos la fracción I del artículo 20 constitucional, el legislador ha manifestado expresamente su voluntad en el sentido de que, en casos de acumulación, habrá de considerarse el delito más grave para resolver sobre la libertad caucional, criterio éste que coincide con el adoptado en el artículo 18 del Código Penal, al cual se ha hecho referencia".

Amparo en revisión 85/73. Leonardo García Rodríguez. 31 de octrubre de 1973. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Franco.

Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal. Informe 1973".

Hoy, el problema ha sido resuelto por vía legislativa, el nuevo texto del artículo 399 dispone: "En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor". Idéntica norma establece el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, conforme a su texto reformado por Decreto del 4 de enero de 1984.

3.- El monto de la caución

En su redacción anterior a la reforma de 1947-1948, la fracción I del artículo 20 Constitucional prevenía un tope de diez mil pesos, cifra que a todas luces resultó superada por las circunstancias al paso de muy pocos años. De ahí, pués, que en la reforma se elevase dicho máximo a doscientos cincuenta mil pesos, pero agregando también que cuando se trate de un delito del que resulte para su autor un beneficio económico o cauce a la víctima un daño patrimonial, la garantía será, cuando menos, tres veces mayor que el beneficio obtenido o el daño causado.

Con el paso de los años y las nuevas circunstancias de la economía, mas los requerimientos de la defensa social y la administración de justicia, esa regulación también perdio actualidad y pertinencia. Vale tomar en cuenta, por otra parte, que la tradicional fijación de multas (y otras consecuencias económicas, o económicamente ponderables, de la conducta) en números absolutos expresados en pesos fue gradualmente sustituida por medios mas eficases. Así, en primer término el más difundido, se optó por hablar de días de salario mínimo vigente en el lugar en que se aplica la multa. Al variar el monto del salario mínimo, por factores ajenos a la decisión del juez o de la autoridad

administrativa sancionadora, y sin necesidad de reforma legal o reglamentaria en el precepto punitivo, la cuantía de la multa (u otra consecuencia económica de la conducta) se modifica automáticamente.

Para sus propios efectos, un progreso mayor y muy notable se obtuvo mediante la introducción de la figura de día multa en el Código Penal a través de la reforma de 1983 (artículo 29), que se desvincula del concepto genérico de salario mínimo y se asocia, en cambio, con estricta equidad, a "la percepción neta diaria del sentenciado en en momento de consumar el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos".

Como ya señalamos, la nueva fracción I del artículo 20 Constitucional trajo reformas importantes en este rubro. En el sistema vigente hay ejercicio del arbitrio judicial, razonado, para fijar la cuantía de la caución. Como regla general, cuya excepción son los delitos de beneficio o daño y perjuicio económico, existen dos tramos en la garantía: caución común y caución incrementada.

En el primer caso, el común o genérico, la garantía tiene un topo máximo equivalente a dos años de salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Como el salario mínimo (figura del Derecho laboral, constitucional y secundario) no es semanal, mensual o anual, sino diario,

habrá que hacer la multiplicación correspondiente para determinar el alcance de dos años a razón de un salario mínimo fijo: el que regía en la zona donde se delinquio, al momento de consumarse el delito, que es cuando se puede tener por cometido; o de concretarse la tentativa punible; o de incurrirse en la última conducta que por sí misma resulte delictuosa, si se trata de delito continuo o continuado, solución, ésta, la más consecuente con los propósitos de la garantía en la institución de la libertad caucional, y con la naturaleza de tales ilícitos.

El segundo tramo, de caución incrementada, implica un aumento que va desde ese tope de dos años hasta cuatro años de salario mínimo. En este espacio se elige la caución requerida para el caso concreto. Es obvio que así se crea un obstáculo relativo (y se exige un esfuerzo mayor en el potencial beneficiario) para la obtención de la libertad. En esto, precisamente, lo que la reforma constitucional pretendió, cuando se trataba de delitos graves (objetivamente), que habían causado peligro o quebranto apreciables en el medio social o a la víctima, ponderando además (porque es imprescindible hacerlo, aunque se esté lejos de versiones "subjetivas" del Derecho penal y de su instrumento, el proceso), las características del infractor.

En suma, la autoridad judicial puede incrementar el monto de la caución "en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada".

4.- Diversas clases de caución.

Utilizaremos este apartado, para formular las consideraciones preliminares que son necesarias para abordar el estudio específico acerca de la fianza y que es el tema que nos ocupa.

Primeramente señalaremos que, la libertad provisional a que se refiere el artículo 20 fracción I Constitucional, tiene dos acepciones en cuanto a su terminología, a saber: libertad provisional "bajo caución" y "bajo fianza".

A este respecto Guillermo Colín Sánchez, señala: "A las palabras "caución" y "fianza", comunmente se les atribuye el mismo significado. No obstante caución denota garantía, y fianza una forma de aquélla; por ende, caución es el genero y fianza una especie. En los tribunales, al emplear la palabra "caución" se quiere significar

que la garantía debe ser dinero en efectivo, y "fianza" la poliza expedida por una institución de crédito capacitada legalmente para eso. (37)

Sobre el particular, cabe señalar que en la reforma de 1985 al precepto consitucional que nos ocupa, se modifico el término "fianza" por el de caución.

Referente al término caución, y la definición que nos da la Enciclopedia Jurídica Omeba es la siguiente: "Como la palabra lo sugiere, una caución es un resguardo, una seguridad. Proviene de cautio, forma sustantiva abstracta de cautium, supino de cavere, precaverse, guardarse." (38)

Respecto a la definición de caución procesal se expresa: "Dícese de la seguridad o cautela que se otorga en resguardo y garantía del cumplimiento de una obligación derivada del proceso." (39)

(37) COLIN SANCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 13a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1992, p. 571.

(38) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo II, B-CLA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1955, p. 868.

(39) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo II, B-CLA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1955, p. 868.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en los artículos 562 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y del 404 al 407 del Código Federal de Procedimientos Penales, las formas de caución son tres:

I.- Depósito en efectivo hecho por el reo o teceros en la Institución de crédito autorizada (la Nacional Financiera, y no el Banco de México, como expresan los Códigos). El billete que se expida se depositará en la caja de valores del juzgado, tomándose razón de ello en el expediente. Cuando por la hora o por ser día feriado no pueda constituirse el depósito en la institución de crédito, el juez recibirá la cantidad exhibida y la mandará depositar el primer día hábil.

II.- Hipoteca otorgada por el reo o por terceras personas sobre inmuebles que no tengan gravamen alguno y cuyo valor catastral sea al menos tres veces el monto de la suma fijada, y

III.- Fianza personal bastante, que podrá constituirse en el expediente y que se regirá por lo dispuesto en los preceptos 2851 al 2855 del Código Civil.

Es derecho del acusado elegir la naturaleza de la caución y podrá optar por la que mejor le convenga. En el

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

acto de hacer la solicitud de libertad, habrá de manifestar la forma que elige, para que el juez esté en aptitud de fijar la cuantía, si el acusado o su defensor omitieren hacer dicha manifestación, el juez, en su resolución, se verá en la necesidad de señalar una cantidad para cada una de las diversas garantías que el procesado pueda prestar.

La primera circunstancia que debemos advertir en este punto es que, en la práctica forense, los procesados se valen, en forma casi exclusiva de la fianza de compañía autorizada. Pocos, poquísimos, son los casos en los cuales se garantiza la libertad mediante depósito en efectivo, seguramente como consecuencia del alto costo del dinero. La hipoteca no se emplea jamás, quiza por el largo tiempo que requiere su otorgamiento.

Es decir que la fianza es la garantía mas socorrida, por la mayor comodidad que ofrece respecto al depósito y a la hipoteca, porque supone el concurso de un tercero, teoricamente solvente y reputado que auxilia al gran conglomerado de inculpados, generalmente insolventes, que no pueden soportar la carga económica que representa el obtener la libertad provisional bajo caución.

En este orden de ideas, es de señalarse que se presentan fuertes objeciones para suprimir a la fianza como

garantía para obtener la libertad provisional, y esas objeciones, se condensan en estas observaciones.

"Las fianzas se permiten generosamente para todos los inculpados, como ya se dijo, y el otorgamiento de las mismas se han constituído en verdadera práctica comercial. Así como desgraciadamente se encuentran testigos de oficio, disponibles para declarar todas las inexactitudes que se quieran, así se han formado también fiadores para liberar al que lo solicite, de acuerdo a un tanto por ciento del importe de la garantía, sin que naturalmente, con ese objeto de lucro pueda servirse a un verdadero indigente, ni importe mucho la condición moral de los fiadores". (40)

Verdaderamente en la fianza no se tiene un real control sobre el fiador, que permita conocer, su estado de solvencia. Fácilmente puede enajenarse sus bienes, comprometerse en otras fianzas judiciales (a pesar de su obligación de declarar los compromisos que hubiera contraído antes), y dejar en el mismo desamparo en que se encontraba al inculpado, el cual se ve expuesto a que el juez libre orden de reaprehensión contra él.

(40) ACERO, Julio. Nuevo Procedimiento Penal. Editora de Fortino Jaime, Guadalajara, Jal. Mexico, 1935, p. 31.

Agravese también el mal, debido a que en los juzgados penales encontramos individuos que se dedican a comerciar con fianzas y que actuan en circunstancias por demas propicias toda vez que este beneficio ha sido comercializado en perjuicio del inculpado, ya que este tiene que pagar la prima correspondiente a la compañia afianzadora, no estando en condiciones en la mayoría de los casos por la excesiva penuria en que se encuentran los procesados.

Por otra parte es de advertirse en que siendo la verdadera finalidad de dicha fianza en su real sentido jurídico, la de garantizar las obligaciones pecuniarias del afianzado y que este al serle concedida su libertad provisional, no se obliga con el estado a entregarle suma alguna de dinero.

Como se deduce de lo asentado anteriormente, el dinero no ha sido ni es la verdadera garantia social para que no puedan existir profugos.

Es más factible que el inculpado opte en afrontar clara y responsablemente su obligación con la justicia, que evadirse de ella. Sin duda, porque no se atreverian a cargar los mayores peligros de la evación, y prefieran soportar incluso, la minima penalidad del delito que se les atribuye.

Pensemos pues que, es benefico tanto para el inculpado como para el interés de la sociedad que se prescinda de fijarse la fianza como forma de garantía para obtener la libertad provisional cuando el inculpado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siga el proceso, que el delito no represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima daño alguno o perjuicio patrimonial; que sea la primera vez que delinque; y que se comprometa alguna persona mayor de edad independientemente del parentesco que tenga con el inculpado a presentarlo cuando le requiera el juzgado.

Esto en gran medida ayudaría a disminuir las jugosas sumas que recolectan las compañías autorizadas, quienes se valen del humano sentimiento del disfrute de la libertad provisional bajo caución.

5.- Elementos que deben tomarse en cuenta para incrementar el monto de la caución.

Hicimos referencia a los elementos que, en general, debe tomar en cuenta el juez para fijar el monto de la caución y el beneficiario pueda ser puesto en libertad provisional; empero, atendiendo al segundo párrafo del artículo 20 Constitucional la autoridad judicial podrá incrementar el monto de la caución basándose en:

a).- La especial gravedad del delito.

El juez queda, pues, facultado para incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años de salario mínimo, es decir, el doble de su monto normal, atendiendo a la especial gravedad del delito. Por desgracia, el Derecho Penal mexicano no nos proporciona criterios objetivos que permitan al juez distinguir cuáles son los delitos especialmente graves. Luego entonces, puede colegirse de la sanción que habrá de aplicarse atento al tipo o tipos penales, ya que esto es realmente el mejor indicador para determinar "la especial gravedad del delito".

b).- Las particulares circunstancias personales de la víctima.

En cuanto a esto suponemos que quienes legislaron quisieron referirse a los órdenes económicos, físicos y morales en los que resulta afectado el ofendido, para así fijar con mayor acierto el monto de la caución o incrementarlo, de no ser así carecería de valor este requisito.

Es un acierto que, se tome en consideración a los ofendidos o víctimas para fijar el monto de la caución, ya que, esto nunca antes se había considerado. Es obvio que, ofendidos y víctimas, con motivo de la comisión de delitos recienten daños mayúsculos, no tan solo en su patrimonio, sino en algo seguramente mas trascendente, como lo es su integridad corporal, la vida misma o el franco deterioro de su dignidad.

c).- Que el delito sea intencional y represente o cause a la víctima daño y perjuicio patrimonial.

La voluntad de causar daño o el hecho de realizar actos para obtener un beneficio económico, que se traduce en perjuicio para el ofendido, a no dudarlo acusa una perversidad manifiesta, o es motivo para considerar que el sujeto representa mayor peligrosidad y siendo esto así se justifica el incremento de la garantía. Lo mismo ocurre si se ha causado a la víctima un daño y perjuicio patrimonial, por eso se explica que en una y otra de estas hipótesis la garantía deba ser cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

Es obvio que todo esto convierte a la caución en garantía para la reparación del daño, y no en garantía propiamente dicha para conceder la libertad del procesado.

d).- Que tratándose de delitos preterintencional o imprudencial bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales.

También para esto hacemos válida la observación inmediata anterior, sin omitir que, a nuestro entender, no es del todo convincente (a pesar de haberse incluido en el Código Penal) hablar de "delitos preterintencionales", porque no es la intención lo determinante del resultado, puesto que éste va más allá de lo que se pretendió y la tipicidad que se manifiesta no era lo deseado. Si lo preterintencional es el resultado, por lógica debiera encausarse esto para concluir que mas bien se trata de delito con resultado preterintencional.

6.- Efectos y revocación.

Al notificarse al procesado que se le ha otorgado la libertad caucional, se le hará saber que contrae las siguientes obligaciones:

a).- presentarse ante el juez o tribunal que conozca del proceso los dias fijos que se estime conveniente señalar, así como cuantas veces sea citado o requerido para ello, y

b).- comunicar al tribunal los cambios de domicilio que tuviere (articulos 567 del Codigo de procedimientos penales para el Distrito Federal y 411 del Código Federal de procedimientos penales).

El Código Federal exige, además, al procesado, que no se ausente del lugar del juicio sin permiso del juez o tribunal de la causa, el que no podrá otorgarse por un tiempo mayor de un mes. Debe hacerse constar en autos que se le hicieron saber al inculpado las obligaciones mencionadas, pero la omisión de este requisito no libera al procesado del cumplimiento de las mismas.

El beneficio de la Libertad Provisional Bajo caucion se revoca: a) cuando el inculpado desobedeciere, sin causa justa y comrpobada, las órdenes legítimas del juez o tribunal que conozca de la causa; b) cuando antes de que el expediente en que se concedio la libertad este concluido por sentencia firme, el procesado cometiere un nuevo delito que merezca pena corporal; c) cuando el procesado amenazare al ofendido o algún testigo de los que hubieren declarado o tengan que

alguno de estos últimos o a algun funcionario del tribunal o al agente del Ministerio Público; d) cuando lo solicite el mismo acusado y se presentare ante el tribunal; e) cuando con posterioridad aparezca que le corresponde una pena que no permite otorgar la libertad; f) cuando quede firme la sentencia de primera o segunda instancia, y g) cuando el inculpado no cumpla con las obligaciones que le señale el juez o tribunal (artículo 568 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 412 del Código Federal de Procedimientos Penales). Si la garantía la otorga un tercero también puede revocarse la libertad caucional cuando el mismo tercero pida que se le releve de la obligación, o si se demuestra con posterioridad la insolvencia del fiador (artículos 569 a 573 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 413 a 416 del Código Federal de Procedimientos Penales).

La revocación del beneficio implica la orden de reaprehensión del inculpado, haciéndose efectiva la caución a través de las autoridades fiscales correspondientes, si bien existen algunos supuéstos de que puede devolverse el monto de la garantía a quien la constituyó (artículos 570 y 571 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 414 del Código Federal de Procedimientos Penales).

CAPITULO IV.- LIBERTAD BAJO PROTESTA

1.- Concepto

De los diversos conceptos que existen en la doctrina respecto de la libertad Bajo Ptrotesta, se encuentran los siguientes:

Para el maestro Acero es:

"La libertad provisional protestatoria... es indiscutiblemente benéfica e inacatable porque aplicándose sólo para averiguaciones de delitos muy leves, que presentan por tanto una escasa peligrosidad de su autor, y asegurándose su honorabilidad anterior... así como la fijeza de su domicilio; no sólo se garantiza suficientemente el interés de la sociedad de estabilizarlo hasta los resultados del proceso, sino que eluden los pésimos efectos corruptores de la cárcel, que especialmente para éstos sujetos en lugar de servirles de prevención o corrección los desmoraliza y pervierte pernisiosamente; por lo que aún suponiéndolos culpables y todavía después de sentenciados, aconseja la Doctrina la suspensión de la condena". (41)

(41) ACERO, Julio. Ob cit., p. 403.

Para el maestro Colín Sánchez es:

"La libertad Bajo Protesta, también llamada Protestaroria"; es un derecho otorgado (por las leyes adjetivas) al procesado, acusado o sentenciado por una conducta o hecho, cuya sanción es muy leve para que previa satisfacción de ciertos requisitos legales y mediante una garantía de carácter moral, obtengan su libertad provisional". (42)

Para el maestro García Ramírez es:

"La libertad Provisional Bajo Protesta, en que las restricciones a la libertad no se aseguran ya mediante garantía jurídica, sino a través de la palabra de honor del inculpado, se inspira en las mismas orientaciones que sirven de fundamento a la caucional..." "a diferencia de lo que ocurre con la caucional, la protestatoria no tiene directa consagración en la Ley Suprema". (43)

(42) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Ob cit., p 589.

(43) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Ob cit., p. 606.

Para el maestro Rivera Silva es:

"Una libertad provisional concedida con la garantía de la palabra de honor, en este incidente el honor sustituye al dinero". (44)

Para el maestro Jesús Zamora Pierce es:

"La libertad bajo protesta es un derecho otorgado al procesado por la leyes adjetivas para que mediante una garantía de carácter moral, obtengan su libertad provisional...". (45)

2.- Naturaleza jurídica.

En contraposición a la libertad caucional, la libertad provisional bajo protesta no es una garantía consagrada por la Constitución Política; es un hecho establecido por la normas legales del procedimiento, para cuya obtención no se requiere satisfacer ningún requisito de tipo económico, como en aquélla, sino de orden moral; "la

(44) RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal, 7a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, p. 243.

(45) ZAMORA PIERCE, Jesús. "Revista Mexicana de Justicia": No 19.- Procuraduría General de Justicia del D.F., México, 1982, p. 86.

palabra de honor del procesado". Siendo así, es un derecho potestativo para el beneficiario; en cambio, el órgano jurisdiccional está obligado a concederla, siempre y cuando estén satisfechas las exigencias legales del caso.

3.- Su justificación.

Es digno de encomio que nuestra legislación haya instituido este derecho, atendiendo sin duda, entre otros factores, a la situación ruinosa que en el orden económico guardan muchos procesados por delitos leves, quienes no podrían gozar de ese beneficio ante la imposibilidad de cubrir las garantías necesarias para ese objeto. Por otra parte, la libertad provisional bajo protesta, como lo hace notar González Bustamante, "evita la imposición de penas corporales de corta duración y la influencia negativa que ejercen las prisiones en los delincuentes primarios y en los presuntos responsables de un delito que tengan el carácter de procesados, porque de esta manera se elimina, para los ocasionales la promiscuidad y el contagio morboso de las cárceles". (46)

(46) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, Ob cit., p. 314.

De acuerdo con la opinión de González Bustamante, al decir que la libertad bajo protesta evita la imposición de penas corporales de corta duración, se desprende que esta institución beneficia de alguna manera al sistema penitenciario, ya que si la autoridad jurisdiccional concediera la libertad protestatoria a los acusados por delitos cuya sanción permite la solicitud de este tipo de libertad, y toda vez que hayan reunido los requisitos legales, habría una notable disminución en cuanto al número de reclusos existentes en las prisiones preventivas, ayudando en gran medida a tratar de solucionar el problema que predomina en nuestros centros de rehabilitación social, como es el de la sobrepoblación, y esto traería como consecuencia evitar que el inculpado se contamine más con el roce del ambiente viciado de la prisión preventiva.

Ya que como es sabido, el procesado en lugar de tener una verdadera readaptación social en dicho establecimiento, se relaciona con sujetos mucho más peligrosos, sin perder de vista también, que estando interno en una prisión preventiva va a palpar en forma directa la corrupción existente en los centros de rehabilitación social, en la que estan inmiscuidos desde internos y custodios hasta altas autoridades del sistema penitenciario, lo cual le resulta perjudicial toda vez que puede convertirse en un sujeto de mayor peligrosidad.

Hay que considerar que lo anterior, se llevaría a cabo con mayor eficacia si los abogados solicitarán la libertad bajo protesta con más frecuencia, en lugar de seguir el camino más común como es el de la libertad provisional bajo caución.

Hay que tomar en cuenta, que la libertad bajo protesta viene a beneficiar de manera primordial, a aquellos que no gozan de medios económicos para obtener la libertad provisional.

"...La libertad bajo protesta se basa en la mínima responsabilidad de una persona a quien se imputa un delito y el respeto a la libertad del hombre, que sólo por una necesidad social se le permite que se le restrinja la libertad, cuando todavía no se han probado plenamente la existencia del delito y la responsabilidad..." (47)

La protestatoria va a proteger primordialmente la libertad del individuo, que se ve involucrado por vez primera en un juicio penal.

(47). BORJA OSORNO, Guillermo, "Derecho Procesal Penal" 7a. edición, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue. México, 1985, p. 382.

"...Debe otorgarse esta libertad a los delincuentes primarios, de escasa peligrosidad, para evitar los efectos corruptores de la cárcel, que los desmoraliza y pierde en lugar de corregirlos..." (48)

4.- Requisitos para su procedencia

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 552 y el artículo 418 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece los requisitos para conceder la libertad Bajo Protesta, siendo éstos:

PRIMERO.- Que el acusado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se sigue el proceso;

SEGUNDO.- Que su residencia en dicho lugar sea de un año cuando menos;

TERCERO.- Que a juicio del juez, no haya temor de que se fugue;

(48). GARCIA RAMIREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria. "Prontuario del Proceso Penal", Editorial Porrúa, S.A., México, 1980, p. 138.

CUARTO.- Que proteste presentarse ante el tribunal o juez que conozca de su causa, siempre que se le ordene;

QUINTO.- Que el inculpado no haya sido condenado por delito intensional; y

SEXTO.- Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión. Tratándose de personas de escasos recursos, el juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cuatro años.

Tanto el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal como el Código Federal de Procedimientos Penales señala tres excepciones:

PRIMERA.- En los casos señalados por el párrafo segundo de la fracción X del artículo 20 Constitucional, mismo que a la letra dice:

"Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por mas tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare al proceso, esta excepción la contempla el artículo 555 en su fracción I, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que a la letra dice:

Procede, sin los requisitos anteriores, la libertad bajo protesta en los siguientes casos:

PARRAFO PRIMERO.- En los casos del inciso segundo de la fracción Décima del artículo 20 Constitucional, y ".

Encontrándose aquí en los casos en que aún no se ha emitido resolución definitiva en la que se ordene que se imponga una pena determinada por lo cual se atiende al máximo de la pena que en su caso correspondería imponer al procesado.

SEGUNDO.- Cuando habiéndose pronunciado sentencia condenatoria en primera instancia, la cumpla íntegramente el acusado, y esté pendiente el recurso de apelación.

Para el maestro Colín Sánchez, nos señala al respecto lo siguiente:

"Tomando en cuenta la naturaleza de la libertad protestatoria y además las disposiciones legales que la gobiernan ésta procede en cualquier momento del proceso, es decir desde que el probable autor del delito ha sido puesto a disposición del juez, no solamente en sentencia (como vulgarmente se cree) pues dados los lineamientos de las leyes adjetivas, éstas así lo

consagran" (49).

Esta excepción se encuentra regulada en el artículo 555 en su fracción II del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así como en el artículo 419 del Código Federal de Procedimientos Penales.

TERCERO.- Cuando por instancia del Ministerio Público previa autorización del Procurador General de la República promueva la libertad protestatoria en cualquier fase del procedimiento y sin necesidad de satisfacer los requisitos ordinarios para su otorgamiento, cuando se trate de delitos de sedición, motín, rebelión o conspiración para cometerlos todos ellos de orden federal.

5.- Revocación

El artículo 554 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece como causa de revocación las siguientes:

---

(49) COLIN SANCHEZ, Guillermo, Ob cit., pp. 590 y 591.

I.- Cuando se viole alguna de las disposiciones de los artículos anteriores, y

II.- Cuando recaiga sentencia condenatoria contra el agraciado, ya sea en primera o en segunda instancia.

Al procesado se le privará del beneficio del cual goza al otorgarle la libertad provisional bajo protesta, por falta a alguna de las disposiciones establecidas en los artículos 552 y 553, del Código mencionado anteriormente, como son alguna de ellas, que el inculpado no se presente cuando así lo requiera el juzgador, se ausente de su domicilio o cambie del mismo sin avisar previamente al juez que conoce de su causa.

El Licenciado Julio Acero opina: "...La revocación de la libertad bajo protesta es perfectamente factible en cualquier tiempo del proceso y las causas están especificadas en el Código de Procedimientos Penales, en general se refieren a la desobediencia del procesado que no se presenta cuando se le cita o abuse inconvenientemente de su libertad o a la superveniencia de datos que hacen probable la aplicación de la pena mayor que la presumida para la concesión, o que por otro motivo establecen el temor de fuga..." (50)

---

(50) ACERO, Julio, Ob cit., p. 407.

Asimismo opina que: "...por ser la pena aplicable muy corta y tratándose de individuos de buenos antecedentes, con arraigo y trabajo en el lugar, y que proteste presentarse al juzgado cuando se les requiera: se presume que cumplirán su promesa, y que sus referidas circunstancias son garantías de la misma, porque serían mayores los perjuicios que se seguirán al quebrantarla que el riesgo de la misma pena de por sí ligera y aun eventual. Para eludir la mera probabilidad de ésta tendrían que pasar por sobre todo abandonar la residencia de su familia y de sus negocios y exponerse a todos los azares del ocultamiento y de la fuga..." (51)

De acuerdo al criterio anterior, se entiende que el inculpado al cometer alguna de las violaciones que traen consigo la revocación de la libertad provisional, le resultaría perjudicial, por lo tanto se entiende que la persona que obtiene la libertad bajo protesta ha reunido todos los requisitos legales y estos hacen probable que el inculpado no se va a sustraer a la acción de la justicia.

---

(51) Ibidem. p. 402.

Lo que sí es claro, es que una vez revocada la libertad provisional que bajo protesta haya concedido el juzgador, como consecuencia de dicha revocación ordenará la reaprehensión del inculpado, quien obviamente en caso de ser reaprehendido ya no podrá volver a disfrutar del citado beneficio, porque su conducta evidenciaría que no cumple con el requisito a que se refiere la fracción III del artículo 552 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en vigor.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- La prisión preventiva como una medida cautelar, es el fundamento de la garantía de la libertad provisional. Se señala que la prisión preventiva es una medida necesaria para asegurar la persona del imputado y no pueda substraerse a la acción de la justicia y así aplicarse el derecho. Pero considerándose que con ello se priva al sujeto de uno de los valores más preciados, como es la libertad, se creó la garantía ya indicada como una medida provisional sin perjuicio de que el proceso continúe.

SEGUNDA.- La Libertad Provisional, tiene sus antecedentes desde la época del Derecho romano, y desde entonces subsiste el hecho de defender a quien tiene menos recursos, con la garantía dada por persona de cualquier nivel económico, a fin de obtener su libertad. En nuestro país no se dejo a un lado tal beneficio, vemos que en la Constitución de Cádiz de 1812, se habla ya de que el acusado para evitar el arresto o la prisión preventiva, debía otorgar una fianza, siempre y cuando no exista algun impedimento parta el goce de la misma, lo que aparece también en la Constitución de 1857 y que sirvio de antecedente al proyecto presentado por Venustiano Carranza al Congreso Constituyente en 1917.

TERCERA.- En la Constitución de 1917, se consagra la Libertad Provisional Bajo Caución como una garantía individual .

CUARTA.- Para el otorgamiento de la Libertad Provisional Bajo Caución, es menester que se cumpla con lo ordenado por la Constitución Política en la fracción I del artículo 20 y, en segundo lugar, lo que indica el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

QUINTA.- Los términos "caución" y "fianza" no deben ser confundidos, ya que el primero denota una garantía que alguien otorga para dejar a otro excento de alguna obligación legal, la seguridad que se da para que se cumpla con lo pactado, con lo prevenido o con lo mandado y la fianza, es una de tantas maneras de otorgar una caución, de ahí que se habla que la caución es el genero y la fianza es la especie.

SEXTA.- La fianza, es la garantía más socorrida por los inculpados al hacer uso del derecho que les concede la fracción I del artículo 20 Constitucional, por medio de la cual, evitan que se les inflinga la prisión preventiva. Empero, su uso frecuente provoca un enviciamiento en los procedimientos penales, ya que otorgar una fianza significa, en la jerga penal, "un mercantilización del sagrado valor de la libertad".

B I B L I O G R A F I A

ACERO, Julio. Procedimiento Penal, 6a. edición. Editorial Cajica, S.A., México, 1968.

ALTAMIRÁ Y CRENEA, Rafael, Cuestiones de Historia del Derecho y de Legislacion Comparada.

BORJA OSORNO, Guillermo, Derecho Procesal Penal, Editorial Cajica, S.A., Puebla Pue. México, 1985.

COLIN SANCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 13a. edición, Editorial Porrúa, S.A., Mexico, 1992.

CONGRESO DE LA UNION CAMARA DE DIPUTADOS, Los Derechos del Pueblo Mexicano a través de sus Constituciones, Tomo IV. 2a. edición, Editorial Manuel Porrúa, México, 1978.

CLARIA OLMEDO, Jorge A. Derecho Procesal Penal Tomo V.

Diario de los Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Ano III, Periodo Ordinario, LII Legislatura, Tomo III, No 9.

Diario de los Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Ano III, Periodo Ordinario, LII Legislatura, Tomo III, No 10.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo II, B-CLA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1955.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XVIII.

ESCALONA BOSADA, Teodoro, La Libertad Provisional Bajo Caución, 1a. edición, Editorial Libros de México, S.A., México, 1969.

GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan Jose, Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, 7a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983.

GARCIA RAMIREZ, Sergio, Reseña sobre las Reformas de 1964 en la Administración de Justicia, Mexico, Procuraduria General de la República, 1985.

GARCIA RAMIREZ, Sergio y ADATO de IBARRA, Victoria, Prontuario del Proceso Penal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.

J. OLIVERA MARTINEZ, Historia de la Civilizacion Iberica, edición Mundo Latino, Madrid.

La Constitucion Americana de Derechos del Debido Proceso.

MOMMSEN, Teodoro, El Derecho Penal Romano, Traducción del alemán por Pedro Dorado, Editorial La España Moderna, Madrid, 1898.

RODRIGUEZ, Ricardo, El Procedimiento Penal en México, 2a. edición, Editorial Tipografía de la Vda. de F. Diaz de León, México, 1900.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús, La Detencion Preventiva y los Derechos Humanos en el Derecho Comparado, Editorial Instituto de Investigaciones Juridicas, UNAM, México, 1981.

RUBIANES, Carlos J. La Excarcelacion, 1964.

The Bill Of Rigghts Today Fredom an Protection.

The Encyclopedia Americana.

ZAMORA PIERCE, Jesús, Garantías y Proceso Penal, 5a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.

ZAMORA PIERCE, Jesús, "Revista Mexicana de Justicia" No. 19- Procuraduría General de Justicia del D.F., México, 1982.

ZAVALETA J. Arturo, La Prision Preventiva y la Libertad Provisional, ediciones Arayu, Buenos Aires, 1954.