

88
29



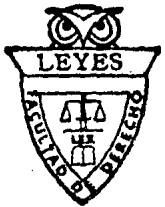
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL
FACULTAD DE DERECHO

**LA PROBLEMÁTICA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL
A LA LUZ DE LAS REFORMAS DE 1991**

T E S I S

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



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

MEXICO, D. F.

1994



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

Agradezco a Dios.

Su infinita bondad de permitirme vivir,
por darme la oportunidad de alcanzar
una de mis metas trazadas y por haberme
puesto en el seno de unos padres
maravillosos.

A la Universidad Nacional Autónoma de México.

Germen de cultura y humanismo, creadora
de ciencia pero sobre todo forjadora de
conciencias.

Al Director del Seminario, Lic. Héctor Molina González.

Por su amabilidad, apoyo y paciencia en
la conclusión de la presente tesis.

A mi asesor Lic. José Hernández Acero.

Por su ayuda desinteresada y guías en la
elaboración del presente trabajo.

A todos mis maestros de la Facultad de Derecho.

Por su enseñanza.

A mis padres, Albino y Josefina.

Por su cariño, comprensión y ayuda que siempre me han brindado, presentando su propia lucha para hacer de todos y cada uno de sus hijos personas provechosas, llenas de humanismo y respeto para sus semejantes, porque representan la fortaleza que me da ánimo, porque son la experiencia, la calma, la guía que me señala el camino, impulsándome para seguir hasta alcanzar la meta propuesta y siempre han estado conmigo.

A mi hijo Josué Israel

Que aún siendo tan pequeño tiene un gran significado en mi vida, y con sus risas y alegrías llenan la luz de mi existencia.

Al bebé que está por nacer.

Ambos que con su fuerza espiritual lograron darme el impulso que necesitaba para culminar una de las metas más importantes de mi vida.

A mi esposo Jorge Eduardo.

Por su grata compañía, sincero apoyo y ayuda que de él he recibido.

A mis hermanos, Elfego, Maribel, Loida y Nohemí.

Por su cariño y apoyo para alcanzar esta meta.

A mi suegra Graciela.

Por su apoyo y amabilidad que me ha brindado.

CAPITULO I

NOCION DE LIBERTAD

Etimológicamente, el término libertad proviene del latín "libertas" y equivale; ya sea a la facultad que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos; estado o condición del que no es esclavo; estado del que no está preso y falta de sujeción o subordinación". (1)

El Jurista Mexicano Ignacio Burgoa, refiriéndose a la libertad humana, dice lo siguiente: "una de las condiciones indispensables *Sine Qua Non*, para que el individuo realice sus propios fines desarrollando su personalidad y proponiendo lograr su felicidad es precisamente la libertad, concebida ésta solamente como una mera potestad psicológica de elegir propósitos determinados y de escoger los medios subjetivos de ejecución de los mismos, sino como una actuación externa sin limitaciones o restricciones que hagan imposible o impracticable los conductos necesarios para la actualización de la teología humana". (2)

-
- 1).- Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana. Espasa Calpe. Tomo XX. p. 57.
 - 2).- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Décima Octava Edición. Editorial Porrúa, México 1984. p. 19.

Desde luego, resulta evidente que la libertad humana es factor importantísimo para que el hombre pueda desenvolverse en realizar sus propósitos deseados, ya que de no ser así, se nos constreñiría a una situación incapaz de hacer posible la felicidad, pues en esta compleja vida surgen al hombre miles de propósitos y deseos que sólo mediante la libre voluntad de escoger dicho conducto, por lo que se estima como lo hace Burgoa, que es la libertad un factor importantísimo para ello.

MANUEL KANT, citado por Burgoa, considera "la libertad como auto-fin humano, esto es que el hombre constituye un fin de sí mismo y no un mero medio para realizar otros propósitos, que es suponen impuestos. Si el hombre, si la persona humana, estuvieran constreñidas a iniciar ciertos fines determinados de antemano sin la intervención de su libre albedrío, se destruiría entonces la personalidad ya que en tal hipótesis el sujeto sería empleado como un mero medio de verificación de los propósitos materia de la aludida predeterminación, constituyendo por ende un auto-fin en sí mismo". (3)

Desde luego, estamos de acuerdo con el pensamiento kantiano, al considerar a la libertad como un auto-fin en el sentido de que el hombre constituye un fin de sí mismo como él lo expresa, y no un mero medio de realización del

propósito, ya que si así fuera no podría hablarse de una potestad del ser humano de elección de medios y en consecuencia se vería destruida la personalidad humana.

También cita Burgoa, a Juan Manuel Terán Mata en su estudio sobre los valores jurídicos, se expresa así: En su valor positivo existiría la libertad en cuanto no se tenga un medio como puro fin, porque en este caso, la conducta o el acontecer libre se encadena, ya que lo condicionado, medio se hace condicionante y a priori, desaparece la posibilidad de elegir fines que sólo se dan para el sujeto en cuanto no se subordina a un motivo limitado a lo que debe ser medio, sino que aspira a un infinito fin que es la idea de su propia personalidad. En consecuencia, lo estimable de la libertad estriba en el orden de los medios y los fines, esto es de la voluntad misma. Pero cuando una voluntad determinada obliga a la persona exclusivamente a un objeto limitado por dulces que los lazos sean, el sujeto del querer está en tránsito de no ser persona, de no ser libre, ya sea que la elección de fines le esté vedada al convertirse en mera cosa condicionada en esclavitud". (4)

En relación con los anteriores conceptos, muy atinadamente comenta el citado maestro "que la libertad de elección de fines vitales es una mera consecuencia no sólo

4).- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. ob. cit. págs. 19 y 20.

lógica y natural del concepto de personalidad humana, sino que es factor necesario e imprescindible de su desenvolvimiento y que ello ha llevado a decir: personalidad es: libertad de independencia del mecanismo de toda naturaleza y Fichte se ha expresado "mi ser es mi querer, es mi libertad, sólo en mi determinación moral soy dado a mí mismo como determinado", comentario que hace en su obra crítica de la razón práctica". (5)

Afirma por otra parte el maestro Burgoa, "que también es dable hablar de la autonomía de la persona, en el sentido de que al surgir sus fines tiene que guiarse por su libre albedrío, ya sea adoptar una conducta interna (moral), o externa (social), puesto de que tanto del punto de vista subjetivo, es decir en sus meras relaciones morales, como desde el objetivo, la formulación de sus normas que regulen su actividad externa dirigida a la cristalización de sus fines, su conducta respectiva siempre es normada por disposiciones, reglas o ideas que ella misma se crea o forja, o bien como diría el doctor Recanses Siches: la vida que tiene que hacerse, tiene que hacerse en el yo que cada uno de nosotros es" y su estructura futura, es decir, en cada momento que se va a hacer en el momento siguiente es libertad, pero una libertad no abstracta como absoluta o limitada determinación, sino libertad encajada en una

circunstancia entre cuyas posibilidades tiene que optar". (6)

El doctor Luis Recanses Siches, se expresa: "Es maravilloso que los hombres sujetos al hambre, a la enfermedad y al temor, puedan haber concebido la idea de libertad. Este bien es escaso en la experiencia humana, y sin embargo, ha tenido una variedad de formulaciones en la historia del pensamiento. Todas esas formulaciones estuvieron invocadas por los factores del tiempo y lugar; pero además, todos fueron tiros lanzados hacia el infinito mediante un arco finito". (7)

Recanses Siches al referirse a la dignidad de la persona individual extrae dos corolarios "a la libertad individual" y ya dentro de éste último dice lo siguiente: la idea de la dignidad de la persona individual implica necesariamente el precio de la libertad individual si el hombre es un ser que constituye un fin en sí mismo, si es una criatura hija de Dios con la perspectiva del ser auto-salvación y si estos fines pueden ser cumplidos tan sólo por propia decisión individual, resulta creer que la persona humana necesita una especie de franquía de la libertad,

6).- Idem.

7).- RECANSSES SICHES, Luis. Panorama del Pensamiento Jurídico del Siglo XX. Primera edición. Editorial Porrúa, México 1963, p. 767.

dentro de la cual pueda operar por sí misma, necesita el respetar uno la garantía de su libertad, necesita estar exento de la coacción de otros individuos y de la coacción de los deberes públicos que se interfieren con la realización de tales finalidades que le son primitivamente propias, agregando, hay además otro elemento para justificar la libertad del hombre "la libertad es esencialmente necesaria al ser humano, porque la vida del hombre es la utilización y el desarrollo de una serie de energías potenciales, de una serie de posibilidades creadoras que no pueden ser encajadas dentro de ninguna ruta pre-establecida". (8)

Hemos visto que el doctor Recanses Siches hace resaltar lo maravilloso de que los hombres, en medio del camino escabroso de la vida (entre el hambre, el dolor y la enfermedad), hayan concebido la idea de libertad. Estamos cien por ciento de acuerdo con el doctor cuando lo considera así, pero agregando que ello no es de difícil explicación, pues sin duda alguna, el hombre de todos los tiempos ha tenido infinidad de problemas que solucionar pues es un ser sociable por naturaleza y la vida social es compleja en todos sus aspectos, y los problemas de ayer, los de hoy y los de mañana en menor o mayor amplitud tiene por regla

8).- RECANSES SICHES, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Primera edición. Editorial Porrúa, México, 1981. p. 559.

general un común denominador, y estando el hombre dotado de razón, es sumamente explicable entender que cada quien por sí solo haya procurado buscar la manera de dar solución a sus problemas y es desde aquí cuando surge o elige su manera de actuar propia, y también cuando empieza a perfilarse la idea de libertad, de aquello que nos permite considerarnos humanos.

"NOCION DE PRIVACION. El término privación proviene del latín "privase", que equivale a desposeer o despojar a uno de una cosa que poseía, prohibir o vedar". (9)

DIFERENTES TIPOS DE PRIVACION DE LA LIBERTAD

La libertad, puede ser privada de distintas maneras, así tenemos que se habla de privación preventiva de la libertad, cuando con el exclusivo propósito de investigar la probable comisión de un delito, se le priva a una persona de su libertad, hasta en tanto no se haya determinado por medio de sentencia firme o fallo ejecutoriado que dicha persona es un verdadero delincuente.

También se habla de una privación definitiva de la libertad que en cierta forma equivale a la segunda fase de la privación preventiva, cuando se ha determinado que se trata de un delincuente, por medio de una sentencia firme,

9).- Enciclopedia Universal Ilustrada. Espasa Calpe. Tomo LXVII. p. 576.

la privación de la libertad que había venido sufriendo y es aquí cuando deja de ser preventiva para convertirse en definitiva automáticamente.

Otro tipo de privación, lo viene a constituir el arresto, mismo que puede ser impuesto ya sea por una autoridad de tipo administrativo, o bien por una autoridad de carácter judicial.

Rivera Silva al estudiar el período de la preparación del proceso, al referirse a las situaciones a que se lleva la investigación señala dos tipos de las mismas y dice que "una primera situación sería el caso en que no se comprueba la existencia de un delito, ni la responsabilidad del sujeto, ya dentro de lo que podríamos llamar una segunda situación aquí afirma que el Ministerio Público está obligado a solicitar de la autoridad judicial la orden de aprehensión "y de aquí cuando al explicar la orden de aprehensión hace el estudio diferenciativo de la detención e incluso de la privación preventiva, y se expresa de la manera siguiente": Aprehender, viene del latín "prehensia" que denota la actividad de coger. En términos generales se debe entender por aprehensión, el acto material de apoderarse de una persona privándola de su libertad, y sigue diciendo la prisión preventiva se refiere al estado de privación de la libertad que guarda una persona contra la que se ha ejercitado acción penal, ya que la privación

procede del ejercicio de una acción penal, pero puede terminar en su calidad de preventiva y esto ocurre cuando recae un fallo ejecutoriado condenando a cumplir una pena, o sea cuando el sentenciado asume el carácter de reo. La prisión por ejecución de sentencia, consiste en la privación de la libertad sufrida en cumplimiento de una pena corporal después de haberse dictado sentencia que ha causado estado. Por último habla del arresto, y lo considera como la privación de la libertad a consecuencia de un mandato de autoridad administrativa". (10)

Lo anterior se refiere únicamente a una consecuencia de un mandato de arresto de autoridad administrativa, pudiendo agregar nosotros que el arresto no sólo puede provenir de una orden de autoridad administrativa sino que también puede ser impuesto por otro tipo de autoridad como lo es la judicial.

González Bustamante al referirse a la detención afirma, que "sólo la autoridad Judicial puede ordenarla y siempre que lo solicite el Ministerio Público, ya que se presupone que alguien se le atribuya la comisión de algún delito y no se hayan satisfecho los requisitos que señala el artículo 16 de la Constitución General de la República, o bien que no

10).- RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. Décima quinta edición. Editorial Porrúa, México 1985. p.137.

está satisfecho algún requisito previo, como sería el caso de la orden de aprehensión que se pidiera contra un alto funcionario de la Federación, o contra un Juez, Magistrado o Agente del Ministerio Público, o sea que tendría que haber en estos casos primeramente desafuero". Además hace ver que las leyes vigentes se emplean de una manera confusa los términos aprehensión y detención, y también se encarga de diferenciarlos, diciendo que la "aprehensión proviene del latín (Prehensia), que es la acción que consiste en coger, prender o asegurar, o sea el acto material que ejecuta la Policía Judicial encargada de cumplir los mandamientos judiciales y que consiste en asegurar o aprehender a una persona por virtud de un mandamiento judicial, la aprehensión consiste en la acción de apoderarse de una persona, de asegurarla para prevenir su fuga". (11)

González Bustamante al referirse a la prisión preventiva afirma que "la diferencia entre el auto de formal prisión y la prisión preventiva, consiste en que aquél es el mandamiento pronunciado por el Juez que motiva y justifica la causa de la prisión preventiva, en tanto que ésta es la privación de la libertad que impone el presunto responsable, de manera transitoria por el tiempo que dure la tramitación del proceso. El auto de formal prisión debe expresar los motivos legales que se tuvieron para dictarlo y antecede

11).- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. ob. cit., p. 113.

al estado de privación preventiva, en tanto que el Juez no lo establezca en forma expresa. Una persona que ha sido encarcelada por sospecharse que ha intervenido en la comisión de un delito, tiene el carácter de un detenido. Si el Juez resuelve su formal prisión, habrá cambiado su situación jurídica y de detenido o indiciado que era se convertirá en procesado". (12)

En forma terminante explica el citado González Bustamante la prisión preventiva, y le da el carácter de transitoria, o sea que ya claramente habla de la prisión preventiva, considerándola como tal cuando, el Juez del conocimiento dicta el auto de formal prisión por considerar que hay elementos suficientes para ello, y entonces ya cambia la situación de simple detenido, con el auto de formal prisión, o sea que éste es el principio de la prisión preventiva, y ésta se prolonga transitoriamente por todo el tiempo que dure el proceso.

Julio Acero, al referirse a los términos de aprehensión y detención, dice que "éstos suelen usarse como sinónimos, sin que en la práctica tenga gran trascendencia tal confusión pero para distinguirlos propiamente hay que considerar como aprehensión el acto mismo de la captación del reo, el hecho real del apoderamiento de su persona. La

detención en cambio es un estado; el estado de la privación de la libertad, que sigue inmediatamente a este aseguramiento y termina con la formal prisión o la libertad por falta de méritos a las setenta y dos horas siguientes: Por eso cuando un Juez después de la declaración de un individuo que comparece por citación que se le hace y juzga necesario restringir su libertad". (13)

Estamos de acuerdo con Julio Acero, en que en la práctica los términos de aprehensión y detención suelen usarse frecuentemente como sinónimos, pero quién sabe hasta que punto podamos sostener que tal confusión no tenga gran trascendencia, pues tímamos que se debe hablar dentro del lenguaje jurídico de cada uno de éstos términos dándoles el significado que verdaderamente les corresponde, aceptando con él que la aprehensión equivale al acto mismo de la captura del reo, al hecho material del apoderamiento de su persona, y que la detención es el estado de privación de la libertad que sigue a ese aseguramiento y termina con la formal prisión o libertad por falta de méritos a las sesenta y dos horas siguientes.

NECESIDAD DE LA PRIVACION PREVENTIVA DE LA LIBERTAD

González Bustamante, dentro del capítulo de las formas

13).- ACERO, Julio. Procedimiento Penal. Editorial Cajica. México 1935. Séptima edición. p. 127.

limitativas de la libertad personal: "las limitativas impuestas por el Estado o 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 y 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 inculcado 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". (14)

Julio Acero por su parte, 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 civilización y desde las cuencas del Río Nilo hasta los márgenes del Hudson, se ha considerado imprescindible la persecución de determinados actos constitutivos de la

14).- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. ob. cit. págs. 109 y 110.

delincuencia". (15)

Arturo J. Zavaleta dice: "que la comisión de un hecho violatorio de una norma penal determina el nacimiento de la pretensión punitiva del Estado, esto es del derecho y deber a la vez de aplicar a su autor la Ley represiva, pretensión que hace valer mediante el empleo en el caso, de un poder jurídico autónomo 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; mas como toda relación se forma con la influencia de los derechos, ocurre que al tiempo que nace el derecho del Estado surge otro correlativo, aunque diverso, a favor del imputado. El derecho a 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 como 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". (16)

Los tratadistas que se han mencionado, como se ve,

15).- ACERO, Julio. ob. cit., p. 13.

16).- ZA VALETA, Arturo J. La Prisión Preventiva y la Libertad Provisionaria. Editorial Avaya, Buenos Aires. págs. 9 y 10.

tienden a demostrar la necesidad que tiene el Estado y ha tenido en todos los tiempos de reprimir las acciones delictuosas, conceptos que en sí nos demuestran la necesidad que siempre ha tenido el estado de reprimir la libertad de sus ciudadanos, en casos que se despliegan conductas constitutivas de hechos delictuosos. De tal manera que podemos concluir afirmando que siempre ha sido necesaria la privación preventiva de la libertad, adoptada ésta como medida necesaria hecha valer por el poder público, en beneficio de la colectividad, con lo que se asegura la marcha normal del procedimiento, ya que como lo hace saber atinadamente González Bustamante, no sería posible dar trámite a los procedimientos a las espaldas de los procesados, pues ello impediría que en un momento dado no estuvieran en condiciones de hacer frente a las imputaciones que se les hicieran y a objetar las pruebas que hubieran en contra, por lo que no es posible concebir la marcha o el curso normal de un procedimiento, sino mediante la prisión preventiva y de aquí que con justificación se hace de que ésta sea necesaria.

VENTAJAS DE LA PRISION PREVENTIVA DE LA LIBERTAD

Los conceptos mismos vertidos por los autores que se mencionaron anteriormente, nos muestran las ventajas de la

prisión preventiva, de las cuales podemos reseñar las siguientes:

a).- Asegura la presencia del imputado. En efecto, tenemos que mediante la privación preventiva de la libertad hay un consecuente aseguramiento de la presencia del imputado, ya que al privársele de su libertad a todo imputado y al tenerse a las disposiciones del Juez de la causa, cuando el proceso finaliza, y si es que se concluyen que se trata de un delincuente está ya asegurada la presencia del mismo, como ésta que sería difícil, si el procesado se hubiera seguido sin que se encontrase privado de su libertad.

b).- Garantiza la eventual ejecución de la pena. Es decir es indudable que la prisión preventiva de la libertad por sí sola implica una garantía de la eventual ejecución de la pena, ya que como se acaba de decir anteriormente sería sumamente difícil a veces que después de concluir que una persona es un verdadero delincuente y después de condenarlo a cumplir una pena, si no se tuviera detenido, entonces bien pudiera suceder que esta persona al tener noticias del procesado que se estaba siguiendo en su contra, y del resultado del mismo, entonces con gran facilidad podría sustraerse a la acción de la justicia, cosa que no sucede mediante la privación preventiva, ya que por medio de ella se hace posible que en un momento dado se ejecute la pena,

por lo que es válido concluir que a todas luces es esa una ventaja de la privación preventiva de la libertad al hecho que mediante ésta y al estar presente durante el procedimiento el inculpado, éste tenga los medios a su alcance para defenderse, y así poder contestar a los cargos que se le hacen, de objetar las pruebas ofrecidas en su contra, ya que sería terrible que en materia penal se siguiera un proceso en contra de un inculpado en rebeldía, como sucede en derecho civil, ya que con este procedimiento podría condenarse a personas sanas y no delincuentes.

c).- También creemos que otra ventaja que nos acarrea la prisión preventiva, consiste en el hecho de que al tener privada de su libertad a una persona, se asegura la marcha normal del procedimiento, en el sentido de que se impide a ésta destruir o entorpecer los móviles o instrumentos con que se cometió el delito, ya que pudiera darse el caso de que no fuera puesto en prisión preventiva, el inculpado entorpeciera la marcha normal del procedimiento, destruyendo los instrumentos de que se valió para la comisión del delito, o bien fabricando pruebas que vinieran a desorientar el criterio del juzgador.

d).- También la prisión preventiva implica en sí una garantía de tipo social en el sentido de que cuando se trata de un delincuente peligroso, el hecho de que desde un principio y con carácter provisional se le prive de su

libertad, implica una garantía para la colectividad, ya que se trata, como a veces sucede, de un sujeto peligroso, se salva la rémora esa, y el temor fundado de que en un momento dado el delincuente de que se trata siga viviendo en un ambiente propicio e idóneo, sin obstáculos, donde pueda cometer nuevos crímenes.

OBJETIVOS QUE SE PERSIGUEN

Es difícil precisar o decir tal o cual cosa, por lo que nos concretaremos a tratar de explicar el porqué 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, es la etapa del juicio, puesto que es en ella en donde el imputado habrá de hacerse efectiva la pretensión punitiva del Estado, derecho éste que exige un juicio previo de responsabilidad en el que se demuestren los fundamentos de la acusación y se desprenda la consecuencia; la obligación que tiene el imputado de sufrir de la pena. Siendo esto lo que le 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 inculcado". (17)

Desde luego también estimamos que en parte el objetivo de la prisión preventiva radique en asegurar la presencia del inculcado, 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 hace González Bustamante, que la prisión preventiva tiene por objeto además, el tener presente al inculcado, ya que agrega que no es posible seguir un procedimiento a espaldas del mismo, y esto para que se le permita en un momento dado, hacer frente a las imputaciones que se le hagan, y poder objetar las pruebas que ofrezcan en su contra, así que insistimos en que el objeto de la prisión preventiva es sumamente variado y comprende varios matices, sin que podamos referirnos únicamente a una sola situación como lo hace Zavaleta.

DESVENTAJAS DE LA PRIVACION PREVENTIVA DE LA LIBERTAD

17).- ZAVALETA, Arturo J. ob. cit., págs. 81 y 82.

Antes de pretender reseñar algunas de las desventajas de la libertad preventiva de la libertad, creemos que es mayor el número de inconveniente que presenta esta medida que aquel que pudiéramos considerar como ventajas de la misma. Al referirnos a la libertad y a los conceptos doctrinarios vertidos en torno a la misma por los distintos tratadistas que se señalaron, vimos la importancia de que se le confiere a este tan precioso bien recordando las frases del doctor Luis Rencanses Siches al expresar "es maravilloso que los hombres sujetos al hambre, enfermedad, temor, puedan haber concebido la idea de libertad". Por eso, cuando de la restricción de la misma se trata, bastante difícil resultaría encontrar justificación a dicha restricción y en cambio y hasta sin quererlo y hasta por inercia, siempre trataremos de estar observando lo triste y bochornoso de la privación de la misma. Sin embargo, esto no significa, que jamás se encuentra una justificación para ello, pues es indudable que sí existe la prueba de ello es que anteriormente tratamos las ventajas de dicha privación, pero entendiéndose bien lo que queremos decir es que resulta mucho más crecido el número de desventajas o inconvenientes que tiene en relación con las ventajas que se le pueden atribuir: hagamos resaltar las siguientes desventajas:

a).- Es triste que un individuo, ni siquiera se tiene noticia cierta de que se trata de un verdadero delincuente, sea privado de su libertad y sujeto a un proceso criminal.

Y más triste es, y refiriéndonos a nuestro medio, que sea reducido en un lugar como los destinados al efecto, las cárceles, que no vienen a ser otra cosa sino una verdadera escuela de delincuencia, en donde vemos personas que por su humildad e ignorancia a veces son internadas en las mismas, hasta personas que son unos verdaderos delincuentes, de alta escuela, que no vienen a constituir sino una desgracia irreparable para quienes son víctimas de ella, la cárcel es un lugar sin condiciones higiénicas donde se carece de lo preciso para su vestido y sustento, donde si no se es muy fuerte, se pierde la salud, si se enferma no tiene conveniente asistencia y puede llegar a carecer de cama donde confundido con el vicio y el criminal espera una justicia y no llega, o llega tarde para salvar su cuerpo y tal vez su alma; entonces la prisión preventiva es un verdadero atentado contra el derecho y una imposición a la fuerza.

Citado por Zavaleta, Jean Borneque dice: "la prisión preventiva, quiera que no, es una pena desde el momento que lleva a la producción de su sufrimiento infringido por la sociedad a un individuo; sufrimiento de orden físico, puesto que implica la prisión que, abstracción hecha de alguna insignificante diferencia, es idéntica a la de un condenado común, desconsideración fatal de condenado a la privación preventiva sufrimiento de orden material; imposibilidad para el encarcelado de continuar ganándose la vida, durante el

tiempo de su encierro y consiguientemente pérdida instantánea de clientela para un comerciante". (18)

18).- ZVALETA, Arturo J. ob. cit., p. 112.

CAPITULO II

LIBERTAD PROVISIONAL DE ACUERDO AL ARTICULO 20 FRACCION I DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La libertad que en este capítulo estudiaremos data desde el antiguo derecho romano, pues en la ley de las Doce Tablas se estableció "que, en determinados casos, las personas con posibilidades económicas y que hubieran cometido un delito, otorgaban una caución a favor de los pobres para que de esta manera pudieran obtener su libertad y que para tal caso podría otorgársele la libertad provisional, ésta desde luego con carácter temporal mientras duraba la tramitación del proceso a que estaban sujetos".

(19) Ahora bien del punto de vista general, todos los sistemas de enjuiciamiento, que se han implantado y esto en la mayor parte de países desde tiempo inmemorial se dice que han concedido el derecho de la libertad provisional, ampliándolo o restringiéndolo según la ideología predominante.

En nuestro derecho encontramos que la constitución de 1857 no se ocupó de la libertad bajo caución. No podemos extrañarnos, si recordamos que el sistema de enjuiciamiento

19).- FLORIS MARGADANT, Guillermo. Derecho Romano. Sexta edición. Editorial Porrúa, México 1973. p. 63.

acostumbrado era el inquisitorio. El conceder esta libertad es propia del enjuiciamiento acusatorio. Sin embargo establecía una garantía a dicha libertad en su artículo 18, al ordenar que si en cualquier estado de un proceso aparecía que el acusado no era merecedor de una pena corporal, se le pondría en libertad provisional.

"El Código Procesal de 1880 reglamentaba la libertad provisional y la libertad bajo caución. La primera se encontraba dentro de los incidentes de libertad que nuestros Códigos vigentes conocen como libertad protestatoria y libertad por desvanecimiento de datos. La segunda se concedía en los casos en que la pena del delito imputado no fuese superior a cinco años y tomando en cuenta lo que hubiese dicho el Ministerio Público; en cambio, en el Código de 1894, la libertad provisional se podía conceder hasta por el delito al que la ley hubiese señalado una pena de 7 años de prisión". (20)

Ahora bien, una breve hojeada a la historia del hombre nos demuestra que la libertad es uno de los bienes que más caros le han sido, tanto que su devenir no es sino una lucha constante por ella. Tan esencial es a su naturaleza, y tan profunda su necesidad -se reputa incluso como calidad

20).- AYALA, Francisco. Ensayo sobre la libertad. Segunda edición. Fondo de Cultura Económica. México 1944. p. 139.

humana- que la busca a lo largo de todos sus actos y a través de todas sus situaciones.

Es por esto que el Derecho y las leyes se han preocupado por defender la libertad, no sólo cuando un hombre es totalmente ajeno a una actividad que se castigue, sino también cuando imputándosele un delito se le pueda otorgar, sin lesionar a la sociedad. Así, surgen en el curso del procedimiento varias situaciones en las que, por considerarse de tanta importancia la privación de libertad y siempre que con ello no se ponga en peligro a la comunidad, se concede, en forma transitoria o definitiva, el goce de la misma. Entre estas situaciones, de las que nos ocuparemos tanto en el presente capítulo como en los siguientes, la libertad bajo caución fue reglamentada desde el Derecho Romano.

"La libertad bajo caución, o libertad bajo fianza, así llamada en razón de los motivos por los que se otorga; o libertad provisional, ya que se da con carácter temporal, es la consagración de un principio humanitario que se dio en la sociedad desde antiguas épocas". (21) Esto es fácil de comprender si se piensa que la libertad bajo caución es parte de una libertad reglamentada. Dado que ésta es la

21).- FRANCO SODI, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. Cuarta edición. Editorial Porrúa, México 1951. p. 206.

única posible, y como la preocupación de la libertad evidentemente alboró con la humanidad, el hombre al ser un animal sociable, de inmediato hubo de reglamentarla. Fue así surgiendo la libertad, paralela a la historia, según las ideas y momentos, y de acuerdo con los factores con que se la conectaba.

A la libertad bajo caución se la relacionó íntimamente con el factor económico. Desde que en la sociedad se dió relieve a este último, suceso de tiempos remotos, se conoció su existencia. Ya en el Derecho Romano, en la Ley de las Doce Tablas, estaba bien analizada como mencionamos anteriormente, pero, cosa curiosa, a pesar de que con el curso de los años brotó una fuerte corriente liberal que pregona un máximo de independencia con un mínimo de sujeciones, la libertad provisional se establecía en las antiguas leyes con menos limitaciones que actualmente. Contra la opinión de varios autores, no creo que esto signifique un detrimento para la libertad. Al revés, probablemente la experiencia de los siglos ha llevado al convencimiento que el limitar la libertad externa, en nombre de su efectividad social, es la única forma para lograrla. Creo que el hombre reconoce ahora, al menos substancialmente, que tan sólo existe la libertad social. Por otra parte, el concepto que de ella se tenía en el mundo antiguo, en Roma por ejemplo, es diferente al actual. Ahora se trata de la libertad del hombre, de todos y cada

uno de los hombres; entonces era la libertad estatal, la libertad de ciertos hombres.

"Por tanto, la libertad bajo caución es en el mundo actual más consciente y efectiva. Se trata solamente de una garantía, que se otorga para salvaguarda del bien protegido, pero sin permitir que se lesione a la sociedad. Y bajo esta idea se encuentra reglamentada por las leyes de gran número de países, como por ejemplo, Francia, Inglaterra, los EE. UU., etc.". (22)

Así mismo antes de abordar los requisitos para que se conceda la libertad provisional y hacer una enumeración en los cuales procede la libertad señalada, deseamos dejar asentados algunos antecedentes en un enfoque general del artículo 20 fracción I Constitucional.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, estableció en el artículo 20 fracción primera, la libertad provisional bajo fianza, que al decir de Colín Sánchez, contenía lo siguiente: "... se señalaba el monto de la fianza hasta \$10,000.00, para cuya fijación el Juez debía tener presente: las circunstancias personales del beneficiario de la garantía, la gravedad de la infracción penal y, además que la sanción prevista para el caso

22).- Ibidem. p. 208.

concreto no fuera mayor de cinco años. Como requisito se exigía poner a disposición de la autoridad judicial la suma que ésta fijara, u otorgar hipoteca o caución personal bastante para asegurar que el sujeto no se sustrajera a la acción de la justicia". (23)

El texto primitivo de este artículo, rezaba de la siguiente manera: " En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad, bajo fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla".

Lo relevante de este texto original es la forma en que intituló a la libertad provisional bajo caución, llamándola libertad provisional bajo fianza, además, estableció un límite máximo de cinco años entendidos éstos, como una condición para poder conceder esta garantía siempre y cuando

23).- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Sexta edición. Editorial Porrúa, México 1982. p. 207.

el delito no merezca ser castigado con una pena mayor a cinco años de prisión. En este mismo sentido, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito de 1931, en su artículo 556, determinó: "Todo acusado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, siempre que el máximo de la sanción corporal correspondiente al delito imputado no exceda de cinco años de prisión". En esta época, se afirmó que antes de la sentencia no se podía determinar concretamente la pena que correspondía al sujeto en el caso concreto, por lo que en justicia, debía tomarse el término medio aritmético.

ZAMORA PIERCE, señala "que, antes de que se dictara la sentencia, no podía determinarse concretamente cuál era la pena que correspondía al procesado, dentro de los límites mínimos y máximos establecidos por el Código Penal, por lo que en justicia, debería entenderse que la Constitución se refería al término medio aritmético. Fundó su razonamiento, entre otros, en los artículos 52 y 118 del Código Penal, señalando que ya dicho Código, en el artículo últimamente citado, establece que para la prescripción de las acciones penales se tendrá como base el término medio aritmético de las sanciones imponibles. La Corte aceptó su argumento, declaró inconstitucional el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales y afirmó que la libertad bajo fianza a la que se refería la fracción I del artículo

20 Constitucional debería concederse atendiendo al término medio aritmético de la pena". (24)

Por el propio Zamora Pierce conocemos que el jurista Salvador Urbina, Ministro de la Corte tuvo la primera ponencia; mismo que fue la tesis 333 de la jurisprudencia al tomo LXIV (1940) el Semanario Judicial de la Federación.

González Bustamante al referirse sobre lo anterior expone: "la jurisprudencia estimó inconstitucional el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales del Distrito y resolvió que para determinar sobre la procedencia o improcedencia de la libertad provisional bajo caución, debe atenderse al término medio de la penalidad aplicable al delito; no al maximum de la pena del delito más grave. Creemos que la interpretación jurisprudencial está más en armonía con los principios de equidad y de justicia y con los propósitos que animaron al legislador de 1917". (25)

Rivera Silva señala: "considerando lo anterior fue como aún antes de la reforma del artículo 20 Constitucional, en la práctica se concedió la libertad caucional atendándose

- 24).- ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Segunda edición. Editorial Porrúa, México 1987. p. 302.
- 25).- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Tercera edición. Editorial Porrúa, México 1961. p. 138.

al término medio aritmético". (26)

González Bustamante dice: "también antes de la reforma, cuando aún estaba en vigor la cantidad de diez mil pesos como monto tope de garantía pecuniaria, que junto con la interpretación jurisprudencial el término medio aritmético propiciaba que muchas personas sujetas a un proceso alcanzaran su libertad por la irrisoria cantidad establecida y lo que es peor el tener la posibilidad de evadir a la acción de la justicia.

Por lo anteriormente señalado manifiesta: no era justificable que, habiendo cambiado la situación económica del país en la fecha de la reforma al precepto constitucional que nos ocupa, continuara en vigor el texto primitivo, pues se facilitaba y auspiciaba, en una forma desproporcionada y absurda, mediante ridículas sumas de dinero, la libertad de sujetos peligrosos para la paz y tranquilidad social". (27)

No fue sino hasta el día 2 de diciembre de 1948 cuando se dio una reforma al precepto en estudio, estableciendo que la libertad bajo fianza procederá siempre que el delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético

26).- RIVERA SILVA, Manuel. op. cit., p. 192.

27).- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. op. cit., p. 305.

no sea mayor de cinco años de prisión.

En esta reforma a la fracción primera, se estableció la cantidad de \$250,000.00 como máximo del monto de la fianza o caución, hecha excepción de que se trate de un delito que produzca a los responsables un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, porque en estos casos, la caución debe ser, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado.

Esta medida fue saludable contra la delincuencia, que aprovechaba la suma de diez mil pesos que antes de la reforma marcaba la ley fundamental para sustraerse a la acción de la justicia y dejar que se operara la prescripción de la acción penal por el simple transcurso del tiempo.

El artículo 20 en su fracción primera, quedó redactado en la siguiente forma:

"Artículo 20.- En todo juicio de 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, sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla bajo la responsabilidad del juez en su aceptación.

En ningún caso la fianza o caución será mayor de \$250,000.00 mil pesos a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado".

Julio Acero hace una observación a este último párrafo, en la forma siguiente "...no debe dejarse de aplaudir tan laudable reforma pero lamentando su miope limitación que responsabiliza más eficazmente a los partícipes de tales atentados a la bolsa; pero casi nada más que a ellos, puesto que no hay mínimo para los violadores, mutiladores y aun homicidas culposos que atentan a la vida si no es traduciendo a dinero la cuantía de sus actos". (28)

Esta fracción I del artículo 20 Constitucional, sufre otra reforma, que aparece en el Diario Oficial de fecha 14 de enero de 1985, que es la que nos rige en nuestros días, y

28).- ACERO, Julio. op. cit., p. 394.

se encuentra redactada de la siguiente manera:

"...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 que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarlo, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

"La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar 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".

Saltan a la vista, algunas reformas terminológicas. Tanto al texto original de 1917 como el reformado en 1948 se referían a la garantía como libertad bajo fianza. Incorrectamente, puesto que la fianza, juntamente con el depósito en efectivo, la hipoteca y la prenda, quedan más correctamente englobadas bajo la denominación genérica de libertad bajo caución empleada por el texto en vigor.

Por lo que hace a la autoridad facultada para fijar la caución, que el texto de 1948 designaba como "el juez", el texto en vigor la llama "el juzgador", con el fin de comprender a los tribunales superiores, quienes también pueden verse llamados a otorgar la garantía.

Después de haber realizado un estudio general de los antecedentes del artículo 20 Constitucional en su fracción primera, enseguida nos ocuparemos de analizar las consideraciones establecidas en el propio artículo en estudio.

Nuestra Constitución Política establece en el texto vigente que el juzgador al fijar la caución, deberá tomar en

cuenta las circunstancias personales del imputado y la gravedad del delito que se le imputa, pero ello tan sólo para fijar el monto de la garantía que deberá otorgar, y no para conceder o negar la libertad.

Asimismo deseamos dejar señalados los distintos enfoques tanto doctrinario como legal de libertad provisional y Rivera Silva la señala "como el procedimiento promovido por el inculcado, su defensor o su legítimo representante, en cualquier tiempo y con el objeto de obtener su libertad mediante caución económica que garantice la sujeción del propio inculcado a un órgano jurisdiccional". Fenech sostiene que la libertad provisional es un "acto cautelar por el que se produce un estado de libertad vinculada a los fines del proceso penal, en virtud de una declaración de voluntad judicial". (29)

A decir de Jimenez Huerta, es "la libertad que con carácter temporal se concede a un detenido por el tiempo que dure la tramitación del proceso, previa la satisfacción de determinadas condiciones estatuidas en la ley y es el medio que permite obtener la libertad entre tanto se pronuncia sentencia definitiva en un proceso, mediante el empleo de una garantía que evita la sustracción a la acción de la justicia". (30) A su vez González de la Vega define a la

29).- RIVERA SILVA, Manuel. op. cit., p. 361

30).- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. T. III. Editorial Porrúa, México 1981. p. 187.

libertad provisional como "la situación personal en que se condiciona al disfrute natural de un reo, expreso o presunto, al cumplimiento de una determinada conducta personal". (31) Por su parte Guillermo Colín Sánchez define la libertad bajo caución, "como el derecho otorgado por la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos a todo sujeto objeto de un procesamiento, para que, previa satisfacción de ciertos requisitos especificados por la ley, pueda obtener el goce de su libertad, siempre y cuando el término medio aritmético de la pena no exceda de 5 años de prisión". (32)

A) REQUISITOS PARA CONCEDER LA LIBERTAD PROVISIONAL

Gramaticalmente la palabra requisito significa, circunstancia o condición necesaria para que se de una cosa y en relación con nuestro trabajo de tesis, los requisitos están perfectamente señalados en los artículos 399 y 556 del Código Federal de Procedimientos Penales y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal respectivamente.

Sin embargo deseamos ahondar en estos requisitos y así vemos que los casos en que se puede otorgar a un procesado el beneficio de la libertad provisional, son en

- 31).- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Décima edición. Editorial Porrúa. México 1977. p. 402.
- 32).- COLIN SANCHEZ, Guillermo. op. cit. p. 219.

aquellos delitos cuya pena no rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión.

Determinar el término medio aritmético de la pena, consiste en sumar la pena mínima y la pena máxima del delito cometido y dividir el resultado entre dos.

Esto es calcular el término medio aritmético de la pena, conforme al cual procederá o no la libertad provisional, es normalmente una labor simple: se suman la pena mínima y la máxima fijadas por el Código Penal para un delito determinado y el total se divide entre dos. A continuación, no hay más que hacer el razonamiento siguiente: si el resultado de las operaciones descritas es de cinco años o menos, procede la libertad caucional; si es mayor de cinco años no proceda.

Esto que matemáticamente suena tan simple, tan sencillo no lo es, y es por este camino por el que trataremos de encontrar la solución a la problemática de la libertad provisional a la luz de las reformas de enero de 1985 motivo de nuestra tesis, porque existen algunos casos presentan dificultades que exigen comentario. Tales son los casos de delitos acompañados de modalidades, el concurso y la libertad en segunda instancia. Hasta 1984, la Constitución condicionaba la libertad bajo caución únicamente, a que el delito que se imputara al acusado mereciera ser castigado

con pena cuyo término medio aritmético no fuera mayor de cinco años de prisión. El Texto no se refería a las circunstancias agravantes de la penalidad que pudieran presentarse.

La Suprema Corte de Justicia de la nación, en Tesis de Jurisprudencia Definida número 173 (Apéndice de Jurisprudencia 1917-1985, Segunda Parte, Primera Sala, pág. 341) resolvió que dichas circunstancias agravantes no debían ser tomadas en consideración por el juez para calcular la penalidad media aplicable. Dijo la Corte:

"Para conceder 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 atenuantes y agravantes que puedan existir, porque éstas son materia de la sentencia que pone fin al proceso".

Así la libertad bajo caución queda condicionada, conforme a las 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.

Asimismo para la doctrina la expresión modalidades abarca tanto los datos que agravan la pena como aquellos que la reducen, y afirma 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.

Es en esto que estamos en desacuerdo ya que la reforma constitucional de 1985. Con única consecuencia de incluir las modalidades en el cómputo de la pena, para efectos de la caucional, se cierra el camino de la libertad a un mayor número de procesados. Limitar, pues, la garantía cuando debería ampliárseles.

Ahora señalaremos el concurso material y concurso formal de delitos, como algunos casos que presentan dificultades especiales para que proceda o no la libertad caucional.

Hay concurso material de delitos siempre que alguno es juzgado, a la vez, por varios delitos, y 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.

Por lo que respecta a la libertad en segunda instancia señalaremos lo siguiente: para determinar si debe otorgarse la libertad bajo caución cuando el proceso llega a segunda instancia, debemos previamente resolver la problemática que nos presentan los tres elementos en juego, a saber: la pena

media aritmética que el código señala, en forma general y abstracta, para el delito imputado; la pena específica impuesta al acusado en la sentencia y el hecho de que apelen únicamente el Ministerio Público, únicamente el procesado, o ambos a la vez.

De igual manera los artículos enunciados anteriormente hacen hincapié en otro requisito que nos señala en el numeral 399 del Código Federal de Procedimientos Penales que a la letra dice, "Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro Social" nosotros afirmamos que esta es inconstitucional ya que, la misma pugna con lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se refiere a la obligación de la Autoridad Judicial de poner en libertad al acusado cuando el término medio de la sanción del delito que se le impute, no sea mayor de cinco años, tan es así, que la reforma Alemán de 1948, fué con el objeto, de aclarar toda duda al respecto, siguiendo el criterio jurisprudencial, que dió origen la ponencia de Salvador Urbina en el año de 1933. La que logró dilucidar un problema que era causa de innumerables desasosiegos.

Otro de los requisitos principales para que se conceda o no el beneficio de la libertad provisional, es el de la garantía que se exhiba ante el juzgador.

Sobre esta Fracción Zamora Pierce dice: "en un primer intento de interpretación, la fracción parece exigir que los autores de delitos preterintencionales o imprudenciales, para obtener su libertad, otorguen una doble caución o garantía, una primera para garantizar los daños y perjuicios patrimoniales causados y una segunda, en los términos de lo dispuesto para garantizar, propiamente, su libertad. Rechazamos de inmediato esta interpretación, pues los procesados por los delitos preterintencionales o imprudenciales merecen un tratamiento más favorable que los procesados por los delitos intencionales. Y sería absurdo e injusto que, donde a éstos se les exige una caución simple, se exigiera a aquéllos una doble. El propio texto a examen dice, que obtener la libertad bastará, es decir, será suficiente con otorgar la garantía expresamente mencionada.

Pero las últimas líneas de este párrafo establecen: "...y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores."

Este mismo autor señala que: No podemos estar a lo dispuesto en ambos párrafos anteriores, pues no pueden aplicarse a una hipótesis única, dos reglas contrarias.

Así en esta hipótesis, el legislador habría incluido en la Constitución un párrafo que no sirve para nada, puesto que se ocupa de los delitos preterintencionales o

impudenciales, los cuales se rigen, para la libertad bajo caución, por las reglas establecidas ya en los párrafos anteriores. (33)

Como vemos, ayudados por los razonamientos de Zamora Pierce, esta fracción primera por su mala redacción crea problemas en su interpretación, por lo que sugerimos una redacción para quedar de la siguiente manera:

Si el delito representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, se aplicarán las siguientes reglas: a) si el delito es intencional, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados: b) si el delito es preterintencional o imprudencial, la garantía será de un monto igual al de los daños y perjuicios patrimoniales causados.

EN QUE CASOS PROCEDE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

Establecimos anteriormente, que la libertad provisional bajo caución, puede solicitarse en cualquier tiempo por el inculpado, su defensor o su legítimo representante, y procede cuando se dan los supuestos de la Fracción I del Artículo 20 Constitucional.

33).- ZAMORA PIERCE, Jesús. op. cit. p. 188.

Tanto en Primera, como en Segunda Instancia y aún después de haberse pronunciado sentencia por el Tribunal de apelación, si ésta ha sido impugnada en la vía directa de amparo.

Igualmente que puede solicitarse en el juicio de amparo indirecto ante los Tribunales Federales, y que aún en los casos en que el inculcado estuviere disfrutando de esa libertad y cometiese un nuevo delito, el beneficio puede obtenerse nuevamente, a pesar de que se haya revocado, con tal de que subsistan los requisitos para su procedencia.

Ahora bién, conforme al contenido del Artículo 20 Constitucional Fracción I y el correlativo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, procederemos a resolver el problema matemático a que tiene que enfrentarse quien haya de solicitar o de conceder una libertad bajo fianza o de caución, es decir, el relativo al cómputo del término de cinco años.

En el cálculo que se haga para determinar la procedencia o improcedencia de la libertad bajo de fianza, se pueden presentar dos situaciones diferentes:

- 1.- Cuando el proceso sea seguido por un sólo delito.
- 2.- Cuando el proceso sea seguido por dos o más delitos cometidos en ocasiones diferentes

concurso real y cuando con un solo acto se violen varias disposiciones legales concurso ideal de delitos.

En cuanto al primer caso, esto es cuando el proceso se refiere a un solo delito, bastará tomar los términos máximo y mínimo, sumarlos y dividirlos entre dos, para que de esa operación resulte el término medio correspondiente a la pena imponible. Si el cálculo dá cinco años o menos, la libertad será procedente; si excede de cinco años, aunque no sea sino en un solo día, la libertad tendrá que ser negada.

Pero el hecho de que se trata puede venir asociado a circunstancias atenuantes o agravantes, que hacen que la pena aplicable al delito de que se trate sea más baja o más alta que la penalidad prevista para el delito simple.

A este respecto la Ley nada dice, pero si el Juez quisiere promediar ese aumento, se encontraría con que carece de sposición en que fundar su determinación, y tendrá que decidirse por lo mas favorable al reo. En efecto, es por eso que estimamos, que el juzgador no debe tomarlas en consideración para resolver sobre la procedencia de la libertad provisional bajo fianza, sino reservar su estudio para la sentencia definitiva. Lo anterior encuentra apoyo en la Tesis de Jurisprudencia de la H. Suprema Corte de justicia de la Nación, número 173 y a señalado anteriormente.

DELITOS EN LOS CUALES NO SE AUTORIZA EL OTORGAMIENTO DE LA
LIBERTAD PROVISIONAL.

Expresamente quedan excluidos de esta posibilidad delitos graves que revelan una alta peligrosidad del sujeto activo, cuya conducta pueda atacar y ofender a intereses y derechos de particulares y también a los que corresponden a la sociedad misma. En cada uno de dichos ordenamientos procesales se precisan cuáles son ellos. Entre otros, pueden emencionarse los siguientes; traición a la patria, terrorismo, piratería genocidio, ataques a las vías de comunicación mediante explosivos, delitos contra la salud, violación, homicidio, parricidio, plagio o secuestro, robo con violencia o perpetrado en edificios o viviendas. Esto significa que, en realidad, la libertad provisional bajo caución, procederá desde luego respecto a delitos que representan un menor riesgo o efecto nocivo para la comunidad y por lo tanto, una peligrosidad baja por parte de sus autores.

Sin embargo, si el delito en sí, por no estar excluido de la norma que se comenta, permite objetivamente la libertad provisional bajo caución, deberá además garantizarse la reparación del daño y que el detenido no se sustraerá a la acción de la justicia y que se trate de personas que no sean delincuentes reincidentes o habituales.

Se estimó conveniente incluir dentro de las excepciones que señala el artículo 399 fracción IV, para los casos en que no procede la libertad provisional, los delitos señalados en el artículo 60 en ambos ordenamientos procesales y sólo en el proceso federal los delitos tipificados en los artículos 125, 127 y 128 del Código penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal. El Fundamento principal para ello, está representado por la gravedad, el grado de peligrosidad y la penalidad de los delitos que configuran los artículos incluidos.

En este sentido, el artículo 60 fija la pena de cinco a veinte años de prisión a delitos imprudenciales, calificados como graves, que sean imputables al personal de empresas dedicadas a servicios públicos ferroviarios, aeronáuticos, navieros y de transporte escolar, que causen homicidios de dos o más personas. El artículo 125 se refiere al delito de traición a la patria y los artículos 127 y 128 se refieren al delito de espionaje en perjuicio de la nación Mexicana por lo que, en estos últimos, resulta por demás evidente sean incluidos también en aras del interés nacional.

Asimismo se consideró que resulta igualmente importante incluir dentro de las excepciones arriba señaladas, los delitos configurados en el artículo 102, 104, 105, 108, 109 y 115 bis de Código Fiscal de la Federación. Los

razonamientos fundamentales para ello, es que el grave problema del delito fiscal no sólo atenta directamente contra la igualdad de los ciudadanos ante la imposición, sino que también, se causan graves perjuicios contra la economía del país y el orden socioeconómico instaurado por nuestro ordenamiento constitucional.

Por tal razón, se considera que no resulta prudente abrir la posibilidad, que por lo demás la legislación vigente no permite, de conceder la libertad provisional a aquellas personas que cometan los delitos configurados en los preceptos legales en cuestión. Más aún cuando estos suponen cuantitativamente montos muy altos y cualitativamente tienen alto grado de peligrosidad social, pues el ánimo de defraudar resulta patente; ya que no se paga el impuesto por necesidad o desconocimiento, sino con la idea clara de no cubrirlo para enriquecerse a costa de los intereses económicos y sociales de la nación y el mayor esfuerzo impositivo de los contribuyentes cumplidos.

No deseamos dejar concluido este capítulo sin vertir nuestra hipótesis de que el legislador debe seguir su labor fecunda y creadora de hacer más humano, más generoso con el hombre el Derecho Penal.

CAPITULO III

LA LIBERTAD PROVISIONAL A LA LUZ DE LAS REFORMAS DE 1991

En lo referente al término *reforma* nos hemos encontrado con un sinnúmero de definiciones, que a continuación desglosaremos para dejar perfectamente sentadas las bases sobre lo cual va a versar el desarrollo del tercer capítulo de nuestra tesis llamada "La problemática de la libertad provisional a la luz de las reformas de 1991".

Gramaticalmente "reforma" significa "lo que se propone, proyecta o ejecuta como innovación o mejora en alguna cosa, línea u orden de cosas". (34)

También significa "corregir, enmendar, restablecer, rehacer, reponer, reparar, etc." (35)

Ante este alud de significados tenemos que encontrar el o los apropiados para que nos sirvan en nuestro trabajo recepcional de tesis y los significados "mejora en alguna cosa" e "innovación" son a nuestro parecer los que mejor se adecuan en este trabajo de tesis.

34).- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO BRUGUER. T. IV. Editorial Bobes, S. A. España. 1968. p. 408

35).- NUEVO DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO. T. IV. Ediciones Nauta, S. A. Barcelona. España. 1989. p. 981

A) LA LIBERTAD PROVISIONAL DE ACUERDO AL ARTICULO 399
DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Hasta antes del 10. de febrero de 1991, el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales establecía lo siguiente:

Art. 399.- 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 libertad que corresponda al delito imputado, incluyendo las modalidades atenuantes o agravantes de éste, acreditadas cuando se resuelve sobre dicha libertad.

En la determinación que dicte, el juez fundará y motivará el otorgamiento o la negativa de libertad, así como la revocación de ésta, en su caso, tomando en cuenta las prevenciones constitucionales y legales aplicables. En lo que respecta a la determinación del monto de la caución, se hará señalamiento específico sobre los daños y perjuicios, en la medida en que de las actuaciones se desprendan datos para fijar unos y otros. El juez valorará lo actuado, asimismo, para resolver si se trata de delito intencional, preterintencional, o imprudencial, con el propósito de precisar las consecuencias de esta clasificación para los efectos de la garantía debida.

Fuera de los casos de libertad ordenada por órgano jurisdiccional, o de aquellos a que se refiere el artículo 107 constitucional, en ningún otro se encarcelará al inculpado sin que previamente el encargado del reclusorio lo notifique personalmente al Ministerio Público.

Lo señalado anteriormente fue una secuencia que data desde los años 1810 a 1880, en que apareció el primer Código de Procedimientos Penales, los asuntos que en materia criminal se presentaban en México debían seguir este orden:

- "Primero.- Por las disposiciones de los Congresos Mexicanos.
- Segundo.- Por los decretos de las Cortes de España.
- Tercero.- Por las últimas Cédulas y órdenes posteriores a la edición de la Novísima Recopilación.
- Cuarto.- Por las ordenanzas de intendentes.
- Quinto.- Por la recopilación de Indias.
- Sexto.- Por la Novísima Recopilación.
- Séptimo.- Por las Leyes del Fuero Real.
- Octavo.- Por las Siete Partidas.

Refiriéndose a la libertad provisional bajo fianza se hace lo siguiente: las fianzas que pueden otorgarse por los presuntos reos, al darles libertad, se reducen a cuatro:

- a).- La fianza de la Haz.
- b).- La carcelera o comentariencia.
- c).- La juratoria.
- d).- La de non offendendo.

La fianza de la Haz se da en las causas criminales, cuando no puede imponerse al reo otra pena que la pecuniaria, por ser el delito breve, y puede otorgarse de dos maneras: de presentarse en juicio y de pagar lo juzgado y sentenciado. La segunda fianza es la que se llama carcelera o comentariencia o de cárcel segura, y tiene lugar cuando por no debérsele imponer pena corporal se le pone en libertad antes de la conclusión de la causa.

La tercera fianza, que puede presentar el reo al salir en libertad, es la juratoria. Si el demandado no encuentra persona que responda por la causa, él mismo suple la fianza con el juramento que preste de estar a derecho hasta la conclusión de la causa; y esta promesa que se llama caución juratoria produce los mismos efectos de la fianza de Haz, pues deja al reo obligado a presentarse al Juez, o en la cárcel en el día y hora que se le señale.

La cuarta.- En la fianza de Non Offendendo se obliga al fiador o al mismo reo presunto, a prestar juramento, a no ofender al sujeto a cuyo favor se otorga, haciéndose

responsable de los males que le sobrevengan, como consecuencia de las amenazas que dieron lugar a la fianza.

El Juez exigirá esta fianza teniendo siempre en cuenta la importancia de la pena pecuniaria y la dificultad que tenga el presunto reo de encontrar persona que le fie". (36)

Asimismo, con el Código de Procedimientos Penales de 1880 cambia totalmente el panorama de incertidumbre, y se adopta una solución jurídica y estrictamente formulista.

El Código de Procedimientos Penales de 1880, par el Distrito Federal y Territorios de Baja California, tiene como antecedente inmediato el proyecto del Código de Procedimientos Criminales para el Fuero Común de 1872, y estatuye en su artículo 260; toda persona detenida o presa de un delito cuya pena no sea más grave que la de cinco años de prisión, podrá obtener su libertad bajo caución, previa audiencia en 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.

El Código de Procedimientos Penales de 1894 reguló la

36).- CASTRO ZAVALERA, Salvador. 75 Años de Jurisprudencia Penal. Editorial Cárdenas. México. 1979. p. 138

libertad provisional bajo caución en los artículos 440 y 453. Su importancia es relevante por los motivos que a continuación se exponen: "Primeramente porque su vigencia se extendió hasta el año de 1929 año en que fue derogado, al expedirse el Código de Organización, competencia y de procedimientos de materia penal para el Distrito Federal y Segundo porque ante la anarquía procesal que imperaba en la época la concesión de libertad provisional, fuese esta de cualquiera de los tipos que hemos enunciado constituía un verdadero privilegio difícil de conseguir para las mayorías". (37)

Así también el ordenamiento procesal de 1894 es el modelo que adoptan las distintas entidades federativas para la elaboración de sus Códigos de Procedimientos Penales, pues en la Carta Magna de 1857 no se le da a la Libertad Provisional Bajo Caución la misma característica de garantía que la constitución vigente consagra; "empero la vigencia de este libro legal se extendió hasta el año de 1929 en que fue derogado y durante esta época cronológica se sujetó a dos ordenamientos Constitucionales". (38)

Prosiguiendo con el análisis de la reforma del artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales de 1991.

- 37).- GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. Editorial. Porrúa, S. A. México. 1972. p. 312.
 38).- JIMENEZ DE LA HUERTA, Mariano. op. cit. p. 286

Esta se dio con el propósito de abrir la posibilidad para que el acusado pudiera alcanzar la libertad provisional, en caso que el delito imputado tuviera señalada pena de prisión cuyo término medio aritmético fuera de cinco años, se propuso reformar los artículos 399 de la ley adjetiva federal y 556 de la local, para facultar al juez a conceder la libertad, de manera fundada y motivada.

"En la iniciativa que se sometía a consideración de las cámaras se previó que este beneficio no procediera cuando se tratara de delitos que denotaran una alta peligrosidad del sujeto activo, los cuales se señalarían en forma específica en cada código, según correspondan al fuero federal o local, entre los que cabría mencionar: traición a la patria, terrorismo, piratería, genocidio, ataque a las vías de comunicación mediante explosivos, delitos contra la salud, violación, homicidio, parricidio, plagio o secuestro, robo con violencia o perpetrado en edificios o viviendas.

Adicionalmente, para otorgar este beneficio se exigirían ciertos requisitos, ya que se buscaba que existiera un equilibrio entre la libertad de la persona y los intereses de la sociedad. De esta manera, no procedería otorgar la libertad del indiciado cuando ello constituyera un grave peligro social, se tratara de reincidentes o

existiera riesgo fundado de que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia.

En la elaboración de esta propuesta, se tuvo presente que en materia jurídica no existe pleno consenso sobre si el legislador puede o no ampliar las garantías individuales consagradas en la Constitución. La tesis que animó a esta iniciativa, fue la de que dichas garantías constituyeran mínimos que se debían respetar invariablemente, pero que no habría impedimento para desarrollar y ampliar dichas garantías en las constituciones locales o en las leyes ordinarias". (39)

En este contexto deseamos señalar que la garantía de libertad provisional del inculpado, plasmada en la fracción I del artículo 20 de nuestra Carta Magna se recogió de los códigos de procedimientos, con algunas adecuaciones; es decir, este derecho del inculpado pasó de la ley ordinaria a consagrarse en la Ley Fundamental.

En efecto, en la Constitución Federal de 1857 su artículo 18 dispuso que: "Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado el

39).- DOCUMENTOS DE TRABAJO PARA LA CONFERENCIA DEL DR. Ricardo Franco Gúzman. Sobre La Libertad Provisional, respecto de Delitos con término medio aritmético superior a cinco años. México. 1991. p. 2

proceso en que aparezca que el acusado no se le puede imponer tal pena, se le pondrá en libertad bajo de fianza".

De esta manera, el beneficio de libertad sólo podía concederse cuando apareciera que existía alguna razón para no imponer la pena; lo que deja ver los alcances tan limitados de esta facultad del juez, en ese entonces.

Son los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1894 y el Federal de 1908, los que vienen a establecer el beneficio de la libertad provisional del inculcado en términos semejantes a los vigentes en la actualidad, al prever la posibilidad de conceder la libertad, siempre que el delito no tuviera señalada una pena mayor de siete años de prisión y el inculcado tuviera buenos antecedentes de moralidad y no hubiera temor de que se fugara.

Ahora bien en la presente iniciativa se pretende avanzar en la misma dirección para, como arriba quedó señalado, hacer extensivo este beneficio de libertad, bajo ciertas condiciones, a los inculcados por la comisión de ilícitos en que la pena de prisión no rebase el término medio aritmético de cinco años.

Paralelamente y también en relación con la libertad provisional, cabe observar que la Ley Fundamental aunque no

regula de manera expresa su otorgamiento durante la averiguación previa, en 1976 se adicionó el artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales, para facultar al Ministerio Público para conceder la libertad bajo caución en la averiguación previa, practicada por delitos de imprudencia con motivo del tránsito de vehículos, siempre que no se hubiera incurrido en el delito de abandono de personas.

Posteriormente, en 1983, el Ejecutivo Federal sometió a esa Honorable Representación Nacional proyecto de reformas al citado numeral, reconociendo que si bien con la anterior modificación "se ampliaron en favor del inculpado las garantías constitucionales, que, como es bien sabido, son los derechos mínimos del individuo, no sus derechos máximos", se hacía necesario "avanzar en esa misma dirección y favorecer la libertad de la persona en todos los casos de delitos imprudenciales o culposos, inclusive los desvinculados del tránsito de vehículos".

Con los mismos propósitos se ha estimado que es posible y conveniente, ampliar esta facultad del Ministerio Público para conceder la libertad provisional en tratándose de delitos distintos a los culposos. En por ello que la presente iniciativa propone que esa institución social pueda conceder la libertad durante la averiguación previa, con los mismos requisitos que el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales prevé para los jueces.

Finalmente el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales quedó de la siguiente manera:

Artículo 399. Todo inculcado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponde al delito imputado, incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

En los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, y no se trate de los delitos señalados en los siguientes párrafos de este artículo, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

I. Que se garantice debidamente, a juicio del Juez, la reparación del daño. Para los efectos de esta fracción, en el caso de los delitos a que se refiere el cuarto párrafo del artículo 92 del Código Fiscal de la Federación, para la fijación de la caución, el juez estará a lo dispuesto en dicho artículo.

II. Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social.

III. Que no exista riesgo fundado de que el inculcado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

IV. Que no se trate de personas que por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga suprimir fundadamente que evadirían la acción de la justicia.

Para los efectos del párrafo anterior, no procederá la libertad provisional cuando se trate de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal: 60, 123, 124, 125, 127, 128, 132 a 136, 139, 140, 145, 146, 147, 149 bis, 168, 170, 197, 198, 223, 265, 266, 266 bis, 302, 307, 315 bis, 320, 323, 324, 325, 326, 366, y 370 segundo y tercer párrafo cuando se realice en cualesquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones VIII, IX y X y 381 bis.

De igual modo, para los efectos del segundo párrafo de este artículo, no se concederá el derecho de libertad provisional respecto a los delitos previstos en el artículo 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

En la determinación que dicte, el juez fundará y motivará el otorgamiento o la negativa de libertad, así como la revocación de ésta, en su caso, tomando en cuenta las prevenciones constitucionales y legales aplicables. En lo que respecta a la determinación del monto de la caución, se

hará señalamiento específico sobre los daños y perjuicios, en la medida en que las actuaciones se desprendan datos para fijar unos y otros. El Juez valorará lo actuado, asimismo, para resolver si se trata de delito intencional, preterintencional o imprudencial, con el propósito de precisar las consecuencias de esta clasificación para los efectos de la garantía debida.

Fuera de los casos de libertad ordenada por órgano jurisdiccional, o de aquellos a que se refiere el artículo 107 Constitucional, en ningún otro se encarcelará al inculpado sin que previamente el encargado del reclusorio lo notifique personalmente al Ministerio Público.

B) LA LIBERTAD PROVISIONAL DE ACUERDO AL ARTICULO 556, DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

En las Codificaciones que se inspiran en la Escuela Clásica para fijar la sanción, no se toman en cuenta las circunstancias especiales del delincuente, se tiene la concepción objetiva y se señala una sanción exacta; olvidan al delincuente y toman en consideración únicamente el delito; según sea la mayor o menor gravedad de éste, así será la mayor o menor cantidad de sanción que se fije, los Códigos, objeto de nuestro estudio, conceden arbitrio judicial para señalar dentro de estos extremos la cantidad

de sanción que debe imponerse al delincuente, nos dan las reglas para saber si un delito tiene más de cinco años de prisión como pena.

Se toma en consideración el término medio aritmético que consiste en la semisuma de los extremos que como sanción, se fije para cada delito. El Art. 556 del Código Penal del Distrito Federal sigue otro sistema: para saber si procede o no la libertad caucional se toman en cuenta el máximo de pena que se señala para el delito.

Anteriormente el artículo señalaba:

Art. 556.- Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, cuando el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado no exceda de cinco años de prisión. El juez atenderá para este efecto a las modalidades y calificativas del delito cometido. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

"El Código de Procedimientos Penales del Distrito al cual aludimos estableció que debía atenderse al máximo de la sanción corporal correspondiente al delito imputado, resultando improcedente la concesión en algunos delitos en que como el fraude, el máximo de la sanción corporal excediera de los cinco años de prisión. La jurisprudencia

estimó inconstitucional el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales del Distrito y resolvió que para determinar sobre la procedencia e improcedencia de la libertad provisional bajo caución, debía atenderse al término medio de la penalidad aplicable al delito; no al máximo de la pena del delito más grave. Creemos que la interpretación jurisprudencial fue más en armonía con los principios de equidad y de justicia y con los propósitos que animaron al legislador de 1917. Los Códigos de Procedimientos en Materia Federal y Militar se refieren al término medio aritmético de la pena corporal". (40)

De todo lo dicho se concluye que los órganos jurisdiccionales a fin de determinar la procedencia o improcedencia de la libertad caucional, debían tener debidamente acreditado el monto al que asciende la cuantía del delito, sin embargo existían casos en los cuales no se podía determinar el monto, por ejemplo; en el delito de robo de cualquier manera nuestro Código previó esta situación y señala un mínimo y máximo de pena en dicho caso, pero esto es en cuanto no se podía determinar el monto del delito ya sea por su naturaleza, o cuando la presunta persona agraviada tuviera o la de al objeto robado un valor estimativo ejemplo: un anillo del cual tiene buenos recuerdos por habérselo regalado su esposo.

40).- DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Tratado sobre las pruebas penales. Editorial Porrúa, S. A. México. 1980. p. 273

Es importante advertir que la comisión de un delito cometido por un sujeto pudo darse alguna agravante o bien una atenuante, sin embargo ni una ni otra opera para determinar la procedencia o improcedencia de la libertad caucional, porque sólo debe atenderse como ya se ha indicado al término medio aritmético y no a las atenuantes o agravantes, que como lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación pues estas son materia de la sentencia.

Después de la reforma de 1991 el artículo 556 quedó de la siguiente manera:

Artículo 556. Todo inculcado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado, incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

En los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, y no se trate de los delitos señalados en el siguiente párrafo de este artículo, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

I. Que se garantice debidamente, a juicio del juez, la reparación del daño;

II. Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social;

III. Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

IV. Que no se trate de personas que por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirían la acción de la justicia.

Para los efectos del párrafo anterior, no procederá la libertad provisional cuando se trate de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal; 60, 139, 140, 168, 170, 223, 265, 266, 266 bis, 287, 302, 307, 315 bis, 320, 323, 324, 325, 326, 366 y 370 segundo y tercer párrafos cuando se realicen en cualesquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracciones VIII, IX, y X y 381 bis.

Para concluir este punto deseamos comentar que no estamos de acuerdo en algunos aspectos de la reforma y en el siguiente capítulo nos avocaremos a una propuesta clara de lo que estamos convencidos es lo mejor para estos artículos enunciados.

CAPITULO IV

ANALISIS Y CRITICA DE LOS ARTICULOS SIGUIENTES:

A) ARTICULO 20, FRACCION I DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Señala la Constitución vigente en el referido artículo 20 fracción I: 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 que se le impute siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más 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 percepción durante dos años del 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.

A través del análisis de este artículo deseamos señalar que, todas y cada una de las diversas fracciones que integran este artículo constituyen otras tantas garantías otorgadas a los individuos acusados de algún delito. Fueron muchos y muy variados los debates que se libraron en el seno del Congreso Constituyente de Querétaro alrededor de este precepto, pues, en verdad, es de la máxima importancia como base y regulador del juicio penal.

Parte de estas fracciones existían en la Constitución de 1857; el resto constituyen una novedad.

Como afirmamos el artículo 20 constitucional establece un conjunto de garantías para los procesados penalmente. Sus antecedentes se remontan a la aparición del pensamiento humanista en el ámbito del derecho penal cuyo más destacado representante fue el marqués de Beccaria que en el siglo XVIII en su obra *De los delitos y de las penas* planteaba la síntesis del pensamiento liberal en torno a la preservación de la estimación del individuo y el respeto a su dignidad aun en el caso de tratarse de un criminal.

"El alto valor concedido a la libertad exigía que el derecho rodeara de garantías cualquier procedimiento por virtud del cual aquélla pudiera perderse. Este pensamiento está en la raíz de las disposiciones constitucionales que establecen los requisitos procesales en favor de aquel a quien se imputa la comisión de un delito. Desde la Constitución de Cádiz se señalan normas al respecto a fin de evitar las detenciones prolongadas, la compulsión para obligar al acusado a declarar en su contra, la creación de impedimentos que lo colocaran en situación de no poderse defender adecuadamente, o el empleo de amenazas o torturas en su contra. Estos principios se recogieron por los diversos documentos constitucionales mexicanos, incluso en

las Leyes Constitucionales de 1836 que tuvieron un carácter fuertemente conservador". (41)

"El artículo 20 del proyecto de Constitución de Venustiano Carranza constituía un catálogo muy completo respecto de las garantías de la persona sujeta a un proceso penal y fue motivo de una amplia discusión en el Congreso Constituyente que lo aprobó con algunas modificaciones, expresándose en sus diez fracciones un conjunto sobresaliente de normas protectoras de carácter procesal, tendientes a evitar la consumación de injusticias en el proceso penal". (42)

Este artículo ha sido modificado en dos ocasiones. Ambas en lo concerniente a su fracción I. Una modificación fue publicada el 2 de diciembre de 1948 y la segunda, el 14 de enero de 1985.

La fracción primera establece la garantía de poder obtener la libertad provisional bajo caución. Esta institución tiende a armonizar el interés que la sociedad tiene de no privar injustamente de la libertad a los individuos y al mismo tiempo, el de no dejar sin sanción una

41).- COLIN SANCHEZ, Guillermo. op. cit. 362

42).- GARCIA RAMIREZ, Sergio. ADATO IBARRA, Victoria. Prontuario de Derecho Penal Mexicano. Tercera edición. Editorial Porrúa. 1984. p. 140

conducta punible. A fin de no privar de la libertad a una persona acusada y al mismo tiempo asegurar que quede sujeta la acción de los tribunales, esta figura jurídica consiste en conceder el goce de la libertad, cuando se ha sufrido la detención preventiva por haber sido objeto de imputación de un hecho delictuoso, mediante el otorgamiento de una garantía económica.

"A veces se ha cuestionado esta fórmula por estimarse que aplica un criterio burgués, haciendo que la libertad pueda ser obtenida con dinero. Si bien esta crítica representa un punto de vista razonable, lo cierto es que no ha sido fácil encontrar otras fórmulas que subsanen el conflicto de valores sociales que se presenta en este caso.

Por ello nuestra Constitución establece en el texto vigente que el juzgador al fijar la caución deberá tomar en cuenta las circunstancias personales del imputado entre ellas, por supuesto, su situación económica a fin de que la caución resulte equitativa. Pero además se establece un límite general que es el equivalente a dos años de salario mínimo vigente en el lugar en que se cometiere el delito. Esta forma de aplicar la caución, con base en el salario mínimo, permite que la misma se adecue a las condiciones económicas cambiantes". (43)

43).- VARGAS LAZARE, José. Los medios de prueba y su eficacia en el proceso penal. Editorial Herrero. México. 1987. p. 54

Para garantizar también el interés de la sociedad en cuanto a que no se burle la acción de la justicia, en caso de particular gravedad del delito o de circunstancias del imputado -como puede ser su carácter de reincidente o de delincuente habitual-, o bien, por las condiciones específicas de la víctima que pueden mostrar una mayor peligrosidad o crueldad de parte del autor, se permite al juzgador elevar la cuantía de la caución hasta el equivalente a cuatro años de salario mínimo vigente.

Se establece también, objetivamente, en la propia Constitución, los casos en que puede otorgarse este beneficio, que son aquellos en que el término medio de la pena aplicable no sea mayor a cinco años. La ley penal establece mínimos y máximos de tiempo de prisión para diversos delitos. El término medio aritmético se obtiene sumando el mínimo con el máximo y dividiendo entre dos. Si para un delito se señala una penalidad de dos a seis años de prisión, el término medio será de cuatro años y se podrá obtener la mencionada libertad.

La Constitución también señala que el único requisito será el otorgamiento de la garantía y que el acusado será puesto inmediatamente en libertad. Esto quiere decir que no deberá abrirse un incidente en el proceso para determinar si se otorga o no la libertad caucional.

"Debe mencionarse que la Constitución abre diversas posibilidades para el otorgamiento de la caución. Esta puede consistir en el depósito de una cantidad de dinero o el establecimiento de una hipoteca sobre un bien inmueble; o bien una fianza, que es la forma más común, consistente en que un tercero que se constituye en fiador, responda por el acusado y en caso de que éste se sustraiga a la acción de la justicia, cubra la cantidad fijada. De la frecuencia del empleo de la fianza, en términos comunes se denomina también a esta forma de libertad, libertad bajo fianza, como sinónimo de libertad bajo caución. Como la Constitución se refiere a cualquiera otra forma de caución según el texto modificado en 1985, existe ahora la posibilidad de establecer también la garantía prendaria que consiste en depositar un objeto cuyo valor se constituye en fórmula de aseguramiento" (44)

En los delitos con efectos económicos en los que el autor obtiene un beneficio o causa un daño patrimonial, se prevé la aplicación de una regla distinta en cuanto al límite de la caución, pues de no ser así ésta podría resultar significativamente menor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios causados. Por eso se indica que en este caso, siempre que el delito sea intencional, el monto de la caución será por lo menos tres veces mayor que los

beneficios o los daños y perjuicios producidos. Se da un tratamiento diferente en los casos de delitos cometidos por imprudencia o preterintencionalmente -éstos son aquéllos en que el resultado rebasa el efecto que se propuso el autor sin el concurso de la voluntad- pues se considera que sería demasiado severo aplicar el mismo criterio de triplicar los efectos económicos y por eso se establece que bastará con que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales.

Ahora bien para continuar quisiéramos hacer una reseña breve de la libertad provisional a través de las constituciones de México y así tenemos primero:

CONSTITUCION DE CADIZ

"Es indudable la influencia de esta Constitución proclamada por las Cortes de 1812 en las demás Legislaciones que ha tenido en México en su devenir histórico. En ella se señala por primera vez la Garantía Constitucional, de todo acusado de evitar el arresto y los efectos de prisión preventiva, en sus artículo 295 y 296 señala no será llevado a la cárcel el que dé fiador, en los casos en que la Ley prohíba expresamente que se admita fianza y, en cualquier

estado de la causa, en que aparezca que no puede imponerse pena corporal, se le pondrá en libertad, dando fianza". (45)

Las disposiciones de esta Constitución abarcan dos modos de atribución:

a).- Se remite para su aplicación a las leyes secundarias.

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

Se puede sintetizar, que la garantía de la Constitución de Cádiz era absoluta, con la excepción que contiene el artículo 295 o sea, cuando la ley prohíbe expresamente la concesión de esta prerrogativa.

REGLAMENTO PROVISIONAL POLITICO DEL IMPERIO MEXICANO

El artículo 74 de este ordenamiento legislativo, expedido bajo el imperio de Don Agustín de Iturbide, del 18 de Diciembre de 1822, asienta: "nunca será arrestado el que dé fiador en los casos en que la ley no prohíba admitir fianza; y este recurso quedará expedito para cualquier

45).- LOPEZ ROSADO, Felipe. El régimen constitucional mexicano. Editorial Porrúa. México. 1955. p. 58

estado del proceso en que conste no haber lugar a la imposición de la pnea corporal, en este artículo se encuentran los dos principios contenidos en la Constitución de Cádiz ya analizada, pero amalgamados en un sólo artículo". (46)

CONSTITUCION DE 1836

Salió a la luz esta Constitución como bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana, aprobadas por el Congreso de la Unión en el año de 1836. En ella no se habla en forma expresa de la fianza, pero encontramos en el artículo 46 de la Ley V una referencia a la libertad caucional.

En atención a los antecedentes constitucionales debe comprenderse que al señalar "que se ha puesto en libertad al reo en los términos y con las circunstancias que determina la Ley es innegable que se alude a una especie de caución". (47)

PROYECTO DE REFORMA DE 1840

El Supremo Poder Conservador, suscribe este proyecto en cuyo artículo 9 Fracción V, se asienta, "no puede ser

46).- Ibídem. p. 59

47).- Ibídem. p. 63

detenido, ni permanecer en prisión, dando fianza siempre que por la calidad del delito o por las constancias del proceso aparezca que no se le puede imponer pena corporal, este artículo se encuentra enmarcado bajo el rubro de *Son Derecho del Mexicano*". (48)

Voto particular de la minoría constituyente de 1842.

Este voto aparece fechado el 26 de agosto de 1842 en la fracción X del artículo 5 detalla la libertad bajo fianza de la siguiente manera, cuando por la calidad del delito o por las constancias procesales aparezca que no se puede imponer según la Ley pena corporal, se pondrá en libertad al presunto reo, bajo fianza o en su defecto bajo otra caución legal. Esta disposición es incompleta y no incorpora en forma alguna un derecho subjetivo público que tutele la libertad de los acusados.

Estatuto orgánico provisional de la República de 1847.

Al igual que sus antecesores prevé, "En los delitos que las leyes no castiguen con pena corporal, se pondrá al reo en libertad bajo fianza". (49)

48).- *Ibidem.* p. 69

49).- *Ibidem.* p. 72

CONSTITUCION DE 1857

El 5 de febrero de 1857, fue jurada esta Constitución bajo el gobierno de Don Ignacio Comonfort; toda clase de frases laudatorias se han escrito por plumas autorizadas sobre este Monumento Jurídico, cuyos lineamientos servirían de antecedente e inspiración al C. Jefe del Ejército Constitucionalista Don Venustiano Carranza en su proyecto de 1917.

El artículo 18 de la Constitución puntualiza la cuestión estudiada especificando, "sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal; en cualquier estado del juicio en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se le concede libertad bajo fianza" (50)

Este ordenamiento en lo que se refiere a la libertad provisional bajo caución, como Garantía Individual, es inferior incluso a la Constitución de Cádiz, de allí que haya tratadistas como Javier Piña Palacios, que señalan "que este artículo 18 es copiado del 296 de la Constitución de 1812". (51)

50).- Ibidem. p. 71

51).- PIÑA Y PALACIOS, Javier. Derecho Procesal Penal. Editorial Talleres Gráficos de la Penitenciaría del Distrito Federal. México. 1948. p. 132.

CONSTITUCION DE 1917

Proyecto Constitucional de 1916.

Existen una serie de estudios que fueron antecedentes de la garantía individual que consagra dentro de nuestra Constitución actual la libertad provisional bajo caución.

"La Secretaría de Justicia creó una comisión Legislativa, que tuvo entre otros encargos el de elaborar un proyecto de reformas a la Constitución de 1917, entonces vigente, quedó integrada esta comisión por los señores licenciados Roque Estrada, Secretario de Justicia, Domingo León, José Diego Fernández, Agustín Urdapillata, Francisco Ríos y Fernando Moreno". (52)

En el primer libro de actas de la comisión existente en el archivo de la Cámara de Diputados, se encuentra el texto poco conocido y aunque no puede afirmarse que el proyecto mencionado, sea un antecedente directo del que presentó al Congreso Constituyente el primer Jefe del Ejército Constitucionalista y encargado del Poder Ejecutivo, Don Venustiano Carranza, al compulsar ambos proyectos se encuentran principios o preceptos semejantes, estos antecedentes saltan a la vista en el proyecto de la

Secretaría de Justicia y el texto original del proyecto constitucional de 1916, en cuyo debate estuvieron como Diputados constituyentes los licenciados Lizardi, Espinoza y Ramos Praslow.

"En la sesión de 19 de abril de 1916 presentaron un ante-proyecto, en cuyo artículo 18 se asienta en cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer pena corporal se le pondrá en libertad bajo fianza o bajo protesta, si no pudiera dar la fianza en el concepto del Juez". (53)

Con esta misma redacción aparece la garantía constitucional en 1857, incluso bajo el mismo rubro.

"En la sesión del 26 de abril de 1916 el licenciado Diego Fernández, presenta nuevamente para su discusión el artículo 18 de su ante-proyecto ya modificado, en los siguientes términos: en cualquier estado del proceso en que parezca que al acusado no se le puede imponer pena corporal se le pondrá en libertad bajo protesta si merezca pena alternativa, o solamente corporal, podrá solicitar y obtener, desde el momento de la detención, su libertad, en los términos y con las condiciones que fije la Ley. El 28

53).- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Historia del Derecho Penal Mexicano. Anales de Jurisprudencia. Editorial Tribunal Superior de Justicia. México. 1939. p. 138

de abril de 1916 quedó aceptada la primera Fracción del artículo 18 con esta redacción". (54)

Don Venustiano Carranza se refiere a la libertad bajo fianza en la exposición de motivos que acompañó a su proyecto constitucional de la manera siguiente:

"La ley concede al acusado la facultad de obtener su libertad bajo fianza durante el curso de su proceso, pero tal facultad quedó siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces, quienes podían negar la gracia con sólo decir que tenían temor de que el acusado se fugase y se sustrajera a la acción de la justicia". (55)

Del párrafo anteriormente transcrito se advierte la preocupación de incluir como garantía individual el derecho del inculcado de disfrutar de la libertad provisional bajo caución, pero revistiéndola de toda clase de seguridades a fin de eliminar el defecto de que había adolecido la constitución anterior.

En el texto constitucional publicado en el Diario Oficial el 5 de febrero de 1917, y en vigor desde el 19 de

54).- *Ibidem.* p. 142

55).- MEXICO A TRAVES DE SUS CONSTITUCIONES. Segunda edición. Editorial Porrúa. México. 1978. T. IV. p. 362

mayo de 1917, promulgado por el C. Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista encargado del Poder Ejecutivo, encontramos en el artículo 20 Fracción I la garantía de la libertad provisional bajo caución en la siguiente forma:

En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

Fracción I, será puesto en libertad inmediatamente que lo solicite, bajo fianza hasta de \$10,000.00. según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, y otorgar caución hipotecaria o personal, bastante para asegurarla.

Hasta aquí la breve reseña histórica de la libertad provisional.

En el inicio de este capítulo hablamos acerca de las dos reformas del artículo 20 constitucional fracción I. La primera reforma se dio en 1948 y de la misma encontramos que el precepto constitucional aludía a tres situaciones jurídicas diversas, dadas en ellas las mismas condiciones de procedibilidad, o sea que la media aritmética de la pena

que establece el precepto que consagra el tipo penal imputado sea menor de cinco años de prisión.

El texto Constitucional decía:

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

Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza, que fijará el Juez tomando en cuenta las circunstancias personales y la gravedad del delito que se le imputa, siempre que dicho delito merezca ser castigado 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 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 doscientos cincuenta mil pesos, a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial pues en estos casos la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño causado".

Partiremos de la primera situación del precepto transcrito, o sea la genérica y que comprendía a toda persona, indiciado, procesado o sentenciado con resolución

en ejecutoria, sin importar, en qué tipo delictivo había caído la acción constitutiva de delito, bastando simplemente que la media aritmética fuera mayor de cinco años de prisión.

Se anticipa que la excepción a tal regla genérica queda comprendida en las diversas situaciones jurídicas establecidas por el mismo precepto en análisis, según veremos.

En este caso genérico quedaba el juzgador en libertad de señalar la fianza o caución bajo su exclusiva responsabilidad, atendiendo siempre a los requisitos que el mismo precepto constitucional imponía y que además eran reglamentados por los Códigos, Federal de Procedimientos Penales y los vigentes en los Estados Federativos, pero que para la materia de nuestro trabajo sólo veremos el primero y el código de procedimientos para el Distrito Federal.

El Código Federal de Procedimientos Penales reglamentaba la situación jurídica en análisis en el artículo 402, que señalaba:

"El monto de la caución se fijará por el Tribunal, quien tomará en consideración:

I. Los antecedentes del inculpado;

- II. La gravedad y circunstancias del delito imputado;
- III. El mayor o menor interés que pueda tener el inculpado en substraerse a la acción de la justicia;
- IV. Las condiciones económicas del inculpado, y
- V. La naturaleza de la garantía que se ofrezca".

Lo anterior significaba que con la excepción que hemos anunciado el Juez del conocimiento debería de otorgar la libertad bajo fianza atendiendo a los requisitos impuestos por el precepto en estudio y jamás podría sobrepasar la caución hipotecaria o personal de doscientos cincuenta mil pesos.

También debemos anticipar que en el pasado caso además también se contenía la excepción de los delitos en grado de culpa.

Por su parte el Código Procesal para el Distrito y Territorios Federales en su artículo 560 transcribía íntegramente el precepto anteriormente estudiado que era aplicable a la regla genérica que hemos determinado.

La segunda situación jurídica que nos plantea la fracción I, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se daba en los casos de delitos

en grado de culpa, bien sea por negligencia, impericia e irreflexión o sea, falta de precaución o cuidado.

El criterio que se sostenía en este apartado tenía su fundamento en que el texto original del artículo 20, fracción I, en estudio limitaba a diez mil pesos el máximo de la caución que podía y debía imponer el Juez para conceder el beneficio provisional de la libertad, cuyo texto fue sometido por el Ejecutivo Federal o reforma ante el Congreso de la Unión con fecha 11 de noviembre de 1947 y en cuya exposición de motivos textualmente se aludió que motivaba la reforma propuesta la alarmante frecuencia con que determinados delitos como lo eran el robo, fraude, abuso de confianza, falsificación y otros que siempre atacaban al patrimonio de las personas se venían cometiendo por delinquentes habituales ateniéndose a que obtendrían con facilidad su libertad provisional con la suma máxima de diez mil pesos, que aunque esta fuera en efectivo siempre tendían a obtener un lucro o beneficio mayor a sabiendas que de cualquier modo la fianza sería hasta diez mil pesos, siendo cuando de la reforma aludida se obtuvo que la caución señalara hasta el máximo de doscientos cincuenta mil pesos.

Entonces la exposición de motivos comprendía dos casos concretos:

El primero que se encontraba en presencia de acciones que atacaban el bien jurídico tutelado consistente en el patrimonio de las personas como eran el robo, fraude y abuso de confianza y nadie podía discutir en contrario tales acciones las que forzosamente sólo podían darse en grado de dolo e intencionalidad.

En el segundo caso era que estaban también en presencia de delinquentes habituales y también debía apreciarse que la habitualidad no podía existir en grado de culpa o imprudencia.

"Si tal fue la exposición de motivos que inspiró las reformas del artículo Constitucional en estudio cuando estaban en presencia de acciones criminosas que se adecuaban a tipos penales que no contenían como bien jurídico al patrimonio de las personas, caían dentro del género estudiado con anterioridad, cuando estaban en presencia de acciones culposas que encuadraban en cualquiera de los tipos que tenían como bien jurídico el patrimonio de las personas, también quedaba a elección del juzgador señalar la cuantía y nunca era mayor de doscientos cincuenta mil pesos sea cual hubiera sido el daño causado, debiendo prestar atención que estaban tomando el concepto daño en su significado genérico o sea el resultado de la acción criminal y no en su acepción establecida en los tipos penales.

El criterio anteriormente sustentado fue observado por el H. Tribunal Colegiado radicado en Saltillo, Coah., quien pronunció ejecutoria el ocho de marzo de mil novecientos sesenta y tres en el toca de revisión del amparo número 967/52 promovido por Carlos Garza Aguilar como defensor del procesado Alfredo García Palacios contra actos del C. Juez del Distrito del Estado de San Luis Potosí y que fue invocado y obra agregado en el expediente número 86/62 radicado en el Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Tamaulipas, con residencia en Tampico de dicho Estado".(56)

La tercera y última situación jurídica que se nos presenta y es la que motivó la reforma de la fracción I del artículo 20 de nuestra Constitución Política y que señaló la obligación para el Juez de conceder la libertad bajo caución, haciendo otorgar una garantía de tres veces más al daño causado o beneficio obtenido y es de llamarnos la atención que todos los Tribunales de la República se limitaron el beneficio a sólo dos veces más de la cuantía, o sea a tres tantos del daño causado o beneficio obtenido, quizá sosteniendo tal criterio al adicionar el apotegma jurídico de conceder el mayor beneficio al reo.

56).- RAMIREZ, Alfonso Francisco. Restricciones a la libertad en la constitución de 1917. Anales de Jurisprudencia. T. XIX. Publicado por el Tribunal Superior de Justicia. México.

Consideramos que a través de la exposición de motivos de reforma al artículo 20 Constitucional en su fracción I, no era de discutirse que siempre estuviera en presencia de un daño patrimonial o de la obtención de un lucro indebido que también atacaba el patrimonio de las personas, no debían ser observables los artículos 402, 560, del Código Federal, para el Distrito y Territorios Federales, porque los requisitos que tales preceptos reglamentarios señalaban eran para el género y la especie comprendida en la segunda situación jurídica que para tercera situación analizada forzosamente debía ser tres más al daño causado o beneficio obtenido sin importar la gravedad y circunstancias del delito imputado, la naturaleza de la garantía que se ofrecía, ni los antecedentes en mayor o menor interés que pudiera mostrar o sustraerse a la acción de la Justicia ni las condiciones económicas del inculcado porque, jamás el juzgador podía señalar menos de tres tantos, mas sin embargo sí estaba facultado el juzgador para señalar una mayor cantidad a los tres tantos mencionados atendiendo a las circunstancias a que aludían los preceptos reglamentarios.

Ahora bien, en la última reforma del artículo en estudio realizada en el año de 1985 se incluyó las modalidades del delito, o sea que al momento de conceder o negar esta garantía, el juez debe tomar en cuenta las modalidades suficientemente acreditadas en las diligencias

previas a este acto, modalidades que consisten en tomar en cuenta todos aquellos datos que agravan o reducen la pena.

Zamora Pierce señala "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 libertad provisional bajo caución, atienda no solamente al tipo básico, sino a las modalidades atenuantes o agravantes del mismo". (57)

Para Colín Sánchez cuando se refiere a estas modalidades asevera: "en el ámbito jurídico penal, cuando se alude a las modalidades del delito se está indicando lo concerniente a los aspectos que agravan, disminuyen o excluyen la penalidad, en relación a una conducta o hecho; por lo tanto para resolver si procede o no la libertad caucional el órgano jurisdiccional en las primicias del proceso, quiérase o no, habrá de anticipar un juicio

respecto a la existencia o ausencia de las llamadas calificativas, atenuantes, causas de justificación, etc., sin importar que posteriormente con base en las pruebas el mismo juez quizá tenga que revocar su criterio, fundado y razonado". (58)

Una serie de críticas se han formulado respecto a las modalidades del delito que el juzgador debe considerar al resolver sobre esta garantía constitucional, críticas con las cuales compartimos, porque demuestran que estas modalidades, en determinados casos pueden restringir esta garantía, en perjuicio de un procesado que pretende obtener su libertad de una manera provisional. Entre estas críticas, mencionaremos las siguientes: para Zamora Pierce "la única consecuencia de incluir las modalidades en el cómputo de la pena, para efectos de la caucional, es la de cerrar el camino de la libertad a una mayor número de procesados. Limitar, pues, la garantía, cuando debería ampliársela". (59)

Para Colín Sánchez "el hecho de que en ese momento procesal se pongan en juego las modalidades del delito, para conceder o negar la libertad caucional, no será un obstáculo para que en muchos casos se niegue ese beneficio y se incremente la población en las cárceles preventivas". (60)

58).- COLIN SANCHEZ, Guillermo. op. cit. p. 582

59).- ZAMORA PIERCE, Jesús. op. cit. p. 10

60).- COLIN SANCHEZ, Guillermo. op. cit. 583

Continuando con el estudio de esta garantía haremos un análisis de los elementos siguientes: circunstancias personales y la gravedad del delito. Por circunstancias personales se refiere a las peculiaridades del sujeto como la edad, educación, estado civil, condición económica, antecedentes penales, domicilio, empleo o profesión y modo honesto de vivir. Por gravedad del delito el juzgador debe tomar en cuenta la sanción que en su caso, habrá de aplicarse atento al tipo o tipos penales, ya que esto es el mejor indicador para determinar la gravedad del delito o su especial gravedad.

Ahora bien respecto al término medio aritmético, no existe jurisprudencia definida, pero sí, en cambio, existen ejecutorias que resuelven las principales hipótesis que pueden presentarse. Por su congruencia, dichas ejecutorias constituyen un sistema lógico que puede enunciarse en los siguientes términos: mientras sea incierta la pena concreta que, en definitiva, se impondrá al procesado, deberá atenderse a la pena media aritmética que el código señala, en forma abstracta y general, para el delito imputado, a fin de saber si debe concedérsele o negársele la libertad bajo caución. A partir del momento en que se conozca con certeza si la pena que sufrirá el acusado será mayor o menor de cinco años, sólo a esta pena específica deberá atenderse para conceder o negar la libertad.

Zamora Pierce señala al respecto "durante el proceso no se concedió la libertad caucional en virtud de que la pena media que, en abstracto, correspondía al delito imputado era mayor de cinco años: pero si la sentencia impone una pena menor de cinco años y de ella apela únicamente el procesado, mas no el Ministerio Público, el tribunal de apelación podrá confirmar la condena o modificarla en favor del acusado, mas no en su perjuicio, conforme al principio *non reformatio in peius*. Luego entonces, tenemos ya la certeza de que la pena impuesta no será, nunca y en ningún caso mayor de cinco años; debe, por tanto, concedérsele la libertad durante el trámite de la apelación". (61)

Supongamos ahora el caso contrario: durante el proceso, el acusado goza de libertad porque la pena media aplicable es menor de cinco años; en sentencia se le impone una pena mayor de cinco años, el sentenciado necesariamente debe interponer el recurso de apelación contra la sentencia definitiva; puesto que tal apelación impide que la condena cause ejecutoria, deja incierta la pena que, en definitiva, se impondrá al sentenciado, y nos remite, como único punto posible de referencia para el otorgamiento de la libertad, a la pena media aritmética señalada por el código para el delito imputado.

61).- ZAMORA PIERCE, Jesús. op. cit. p. 14

Siguiendo la misma lógica, se debe concluir que la libertad no procederá cuando únicamente apela el Ministerio Público y la pena media es superior a cinco años.

Para concluir con el estudio de la problemática que presenta el bonomio apelación-libertad caucional, debemos de determinar quién es competente para conceder la libertad, en aquellos casos en los cuales el derecho a obtenerla surge apenas al apelar de la sentencia de primera instancia.

En la doctrina y en ejecutorias dictadas en amparos el razonamiento es el siguiente: hasta en tanto el procesado no haya manifestado si apela de la sentencia, existe la posibilidad de que no apele, caso en el cual la sentencia quedaría firme y no sería posible concederle la libertad caucional. Ahora bien, en el momento en que el procesado apela, ya se sabe que continúa el proceso, su situación *sub judice* y puede considerarse la posibilidad de otorgarle la libertad caucional; pero que resulta que, en ese momento en que interpone la apelación, el juez de primera instancia cesa en su jurisdicción, y, en consecuencia, sólo el tribunal de apelación tiene competencia para resolver si otorga o niega la libertad. Conforme a este argumento, si el procesado apela y, previa o simultáneamente, solicita su libertad, los jueces dictan auto admitiendo la apelación y reservando la soicidad de libertad para que el tribunal de apelación resuelva sobre ella. En nuestra opinión, el

razonamiento expuesto carece de fundamento. La verdad es que, aún después de que el procesado apela, el juez de primera instancia continúa ejerciendo su jurisdicción sobre el caso. Si no lo tuviera, ¿Cómo podría, entonces, dictar el auto en el que admite la apelación y ordena se remita la causa al tribunal?. Sería no sólo más lógico, sino evidentemente más justo y humanitario, que se reconociera que el juez de primera instancia continúa ejerciendo jurisdicción sobre el caso y puede, en un mismo auto conceder la libertad y admitir la apelación.

En la práctica, determinados órganos jurisdiccionales sostienen la postura en el sentido de que al momento de que el sentenciado interpone el recurso de apelación contra la sentencia definitiva y recae un auto admitiendo el recurso, desde ese momento dejan de conocer el asunto y tienen que esperarse los sentenciados hasta que remitan el expediente al Tribunal de Segunda Instancia para poder tramitar su libertad provisional.

Otros órganos jurisdiccionales sostienen la postura de que al momento de que el sentenciado interpone el recurso de apelación contra la sentencia definitiva y ahí mismo solicita su libertad provisional fundamentando su petición en el artículo 20 fracción I de la Constitución, el órgano jurisdiccional de primera instancia dicta un acuerdo admitiendo el recurso de apelación y asimismo concediéndole

la libertad, previa garantía que exhiba ante el órgano jurisdiccional, esto es en virtud de que hasta ese momento procesal el órgano jurisdiccional tiene el expediente en su poder.

Antes de continuar, no queremos pasar inadvertidos algunos cambios terminológicos que se dieron en la última reforma al precepto constitucional en estudio, después de la mención del término medio aritmético de la pena, el precepto reza de la siguiente manera:

"...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".

En primer lugar se habla de autoridad judicial, tocante a ello, Rivera Silva señala: "la reforma alusiva a que la suma de dinero fijada se ponga a disposición de la autoridad judicial, no reviste ninguna importancia, pues si la libertad provisional bajo caución debe ser resuelta por un juez, innecesario es el agregado de judicial, siendo a nuestro parecer igual que decir a disposición de autoridad ya que siempre el dinero se pondrá a disposición del juez.

En resumen el agregado no cambia nada esencial de lo registrado en el artículo que se reformó". (62)

En segundo lugar, se emplea la palabra juzgador a cambio de juez, en lo referente a esto, Rivera Silva manifiesta "por lo que se hace a la autoridad facultada para fijar la caución, que el texto de 1948 designaba como juez, el texto en vigor la llama *el juzgador*, con el fin de comprender a los tribunales superiores, quienes también pueden verse llamados a otorgar la garantía". (63)

Por último se habla de: "u otorgar otra caución", como ya se ha señalado con anterioridad, las otras formas de garantizar la libertad son fianza personal, hipoteca o prenda, mismas que ya se han señalado con antelación.

Continuando con el estudio de los elementos que deben tomarse en cuenta para que se conceda esta garantía, tenemos otros dos que se desprenden del párrafo segundo de la fracción I del artículo 20 constitucional, que textualmente dice:

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años de salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin

62).- RIVERA SILVA, Manuel. op. cit. p. 362

63).- *Ibidem*. p. 363

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.

Estos dos elementos son los siguientes: las particulares circunstancias personales del imputado, que a nuestro orden viene a ser el quinto elemento, y como sexto tenemos, las particulares circunstancias personales del imputado, que a nuestro orden viene a ser el quinto elemento, y como sexto tenemos, las particulares circunstancias de la víctima.

Sobre el quinto elemento Colín Sánchez dice: "a pesar de que en el párrafo primero del precepto constitucional, objeto de nuestros comentarios, se mencionan las circunstancias personales del acusado, en el segundo párrafo se habla de las particulares circunstancias personales de dicho sujeto, dejando con esto a la libre imaginación el suponer que quizá se trata de algo diferente". (64)

A nuestro juicio, uno y otro de estos requerimientos

coinciden en esencia y ésta, en apariencia, distinta exigencia, sólo encuentra justificación en cuestiones concernientes a las posibilidades económicas de quien debe otorgar la caución.

Sobre las particulares circunstancias personales de la víctima, el mismo autor manifiesta: "en cuanto esto suponemos que quienes legislaron, quisieron referirse a los órdenes económicos, físicos y morales en los que resultó afectado el ofendido, para así fijar con mayor acierto el monto de la caución o incrementarlo, de no ser así, carecería de sentido semejante requisito". (65)

Estos dos elementos, junto con la especial gravedad del delito, sirven para que el juzgador pueda incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años de salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

En principio tenemos que conforme a este párrafo segundo, la caución no excederá de dos años de salario mínimo general, como vemos, con esta última reforma ya no se utilizan cantidades fijas como monto de caución, sino que se pasa a manejar a ésta en base al salario mínimo, para que

con esto, las cauciones aumenten según la situación económica imperante en el lugar en donde se cometió el delito.

Vamos a tratar de analizar el criterio utilizado hoy en día por nuestra Constitución, respecto del monto de la caución en base al salario mínimo, con el fin de saber si las cauciones impuestas por los juzgadores en la actualidad, son altas o bajas, si perjudican o no a personas de escasos recursos o si por lo contrario se concideran como un privilegio para las personas que tienen una buena solvencia económica.

Andrade Sánchez, citado por Zamora Pierce nos informa que, "en 1948, año en que se reformó por primera vez la fracción I, el salario mínimo vigente era de \$4.50, mismo que habfa sido fijado por Decreto publicado en el Diario Oficial del 31 de diciembre de 1947. Lo cual quiere decir que la caución máxima de \$250,000.00 equivalía a 55,555 veces el salario mínimo vigente en esa época. En enero de 1985 se fijó el salario mínimo para el Distrito Federal en \$1,060.00, lo cual quiere decir que el monto máximo de \$250,000.00, aún vigente en esa fecha, representa menos de 250 tantos del salario mínimo. La reforma de 1985 fijó a la caución un máximo equivalente a la percepción durante dos

años de salario mínimo. El nuevo tope establecido, equivale, pues a 730 tantos de salario". (66)

Este razonamiento, nos pone de manifiesto que en la actualidad el monto máximo de la caución es inferior en comparación al que estableció la reforma de 1948. Con este criterio estamos de acuerdo, por que anteriormente, con las cauciones que el juzgador establecía en una forma elevada, muchas personas no podían alcanzar este beneficio, el cual era considerado como un derecho privilegiado para un grupo pequeño de procesados, sin que esta garantía beneficiara a muchos más.

También queremos dar nuestro punto de vista, en lo que respecta a la facultad que la constitución le otorga a la autoridad para que ésta pueda incrementar el monto de la caución, hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años de salario mínimo. El párrafo segundo ordena que para hacerlo tome en cuenta la especial gravedad del delito y las particulares circunstancias del imputado o de la víctima, lo cuestionable en este aspecto es la especial gravedad del delito, que: por desgracia, el derecho penal mexicano no nos proporciona criterios objetivos que permitan al juez distinguir cuáles son los delitos

66).- ANDRADE SANCHEZ, citado por Zamora Pierce, Jesús. op. cit. p. 19

especialmente graves. Luego entonces, semejante calificación queda librada íntegramente al arbitrio, y, en consecuencia, a la posible arbitrariedad del juzgador, con perjuicio de los principios de igualdad de los justiciables y de exactitud en la aplicación de la ley penal.

Con el fin de evitar esto, consideramos que debe reformarse este párrafo, para que en vez de que se tome en cuenta la especial gravedad del delito, se diga: que si existe concurso de delitos aunado a las circunstancias personales del imputado y de la víctima, el juzgador pueda incrementar el monto de la caución, hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años de salario mínimo general.

En esta circunstancia el párrafo segundo de la fracción I del artículo 20 constitucional, quedaría redactado de la siguiente manera:

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la presencia de concurso de delitos, las particulares circunstancias del imputado y de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad

equivalente a la percepción durante cuatro años de salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

Este párrafo viene a ser lo que en la reforma de 1948, fue el principio del párrafo segundo, cuando establecía una cantidad fija del monto de la caución, esto es, el fundamento de la caución genérica para delitos que no tenían consecuencias patrimoniales, el resto de la fracción contenía las reglas para establecer la caución específica, señalada para los delitos que tenían consecuencias patrimoniales.

Con la última reforma, a nuestro parecer se hace lo mismo, pero en una forma muy imprecisa. Es de hacerse notar, que la caución específica ya no se maneja dentro del mismo párrafo, sino que se agregaron dos más, que textualmente indican:

- Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima un 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.

El tercer párrafo sienta las bases para establecer el monto de la caución específica, cuando el delito sea intencional y representa para su autor un beneficio económico o cause a la víctima daño y perjuicio patrimonial.

Concluimos que este párrafo tercero se encuentra bien redactado y no da lugar a problemas de interpretación. En una forma sencilla de las reglas para fijar una caución específica, cuando se trata de delitos intencionales que representan para su autor un beneficio económico o causan a la víctima daño o perjuicio patrimonial; para estos casos de delitos que tienen consecuencias patrimoniales, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados, y afirmando una vez más, la caución únicamente garantiza la libertad del procesado.

En donde sí encontramos problema, es en el párrafo cuarto que trata de manejar una segunda regla para fijar el monto de una caución específica para cuando el delito sea preterintencional o imprudencial; asevera que bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales causados, y agrega que se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores.

A nuestro parecer, este párrafo quedaría redactado de la forma siguiente:

Si el delito preterintencional o imprudencial, y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos dos veces mayor al beneficio obtenido o los daños y perjuicios patrimoniales causados.

La razón que nos lleva a pensar de esta manera es que este nuevo párrafo tercero, fijaría las reglas para establecer una caución específica menos gravosa en comparación con los que establecería el último párrafo, por tratarse de delitos preterintencionales o de imprudencia, que al decir de Zamora Pierce "los procesados por delitos preterintencionales o imprudenciales merecen un tratamiento más favorable que los procesados por delitos intencionales". (67)

"Este es un motivo por el que el monto de la caución deba ser cuando menos dos veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados y no a tres veces mayor ni tampoco un monto igual al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados,

porque quien actúa imprudencialmente lo hace con un cierto grado de intención y por decirlo así, la intención en los delitos dolosos se encamina a la producción del resultado, esto es, causar daños y perjuicios, y en los de imprudencia o culposos se encamina hacia el medio productor de ese resultado, o sea, un ejemplo, conducir un automóvil a excesiva velocidad, con lo que no se quiere causar daños y perjuicios pero sí el medio productor de esos daños y perjuicios que es el exceso de velocidad" (68)

Además, diremos que actúa preterintencionalmente el que "...extiende su acción culpable, el que viola una norma jurídica mayor que la prevista, con una consecuencia inevitable, por supuesto, en el ámbito típico". (69)

Las reformas que sugerimos, las hacemos con la finalidad de que sean en provecho, en alguna de las veces para la comunidad, en otras para la víctima y en otras para el propio procesado. Reconsiderando, pedimos que esta garantía en principio, y siempre que se cumplan los requisitos mínimos, se ponga inmediatamente en libertad al procesado, pues, al estar privado de ella, es como quitarle las alas a un ave sin las cuales no podría desplazarse y

68).- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano Décima quinta edición. Editorial Porrúa. México. 1986. p. 226

69).- Ibidem. p. 231

cumplir con su cometido. Lo mismo pasa con el hombre, cuando se encuentra en prisión preventiva, éste ya no puede desplazarse libremente, ni tampoco cumplir con sus propósitos, con sus responsabilidades, en otras palabras, realizarse como ser humano deseoso en todo momento de alcanzar su felicidad, por ello, la constitución como ya vimos, es protectora de la libertad, protección que se extiende hasta los inculpados, puesto que, aún no sabiendo si son inocentes o culpables, pueden alcanzar el goce de su libertad de una manera provisional, claro está, que no en todos los casos, sino en aquellos en los que el delito cometido fue de poca gravedad. Por lo tanto debemos velar porque esta garantía se cumpla al pie de la letra, concediéndose en los casos que proceda con la mayor prontitud posible, y por el contrario negándose con todo rigor en las situaciones que así lo ameriten, y todo esto en aras de la justicia, para que de esta forma haya paz y tranquilidad en el grupo social y en la víctima, ya que en la actualidad se ven imposibilitados a contrarestar las decisiones de los jueces que en un abrir y cerrar de ojos conceden esta garantía a personas inmerecedoras a la misma, y que sólo encuentran mediante ésta, una salida para poder burlar a la acción de la justicia.

B) ARTICULO 399 DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS
PENALES

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, se ocupa de reglamentar la libertad provisional bajo caución en su título V, que denomina bajo el rubro de *Incidentes*. A su vez, el Código Federal de Procedimientos Penales, vigente desde 1934, trata la susodicha libertad en su título décimo primero, también denominado *Incidentes*.

Por lo tanto, para poder estudiar la libertad provisional en nuestras leyes procesales vigentes será preciso examinar primeramente, y aunque sea en forma somera, lo que es un incidente.

"La palabra *incidente* viene del latín *incido, incidens*, interrumpir, o del verbo *cadere*, caer, que con la preposición *in* significa *sobrevenir*. En su sentido procesal, se define como aquella cuestión que se promueve en un juicio (que surge en el curso del procedimiento) y que tiene relación inmediata con el negocio principal" (70) Larrañaga y De Pina explican que "con la palabra incidente se expresa la cuestión que surge de otra considerada principal, que evita ésta, la suspende o interrumpe y que cae en o dentro de esta otra o que sobreviene en ocasión de ella" (71)

70).- CODIGO DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 1889. Editorial Porrúa. 57a. edición. México. 1992

71).- LARRAÑAGA, José, DE PINA, Rafael. Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa. México. 1954. p. 210

Cabe distinguirlos de los juicios incidentales, porque éstos aunque surgen con motivo de otro juicio, tiene todas sus características; mientras que los incidentes son cuestiones jurídico-procesales, que surgen con motivo de la tramitación de un juicio pendiente y que deben resolverse dentro del mismo.

Los incidentes pueden tener señalado un procedimiento especial, como la libertad provisional bajo caución, o tener una reglamentación general. Por sus efectos, se dividen en incidentes de previo y especial pronunciamiento, que son los que suspende el curso de la demanda principal y se resuelven en sus mismos autos; y en incidentes que al no oponerse a la continuación de ésta, se resuelven por cuerda separada.

En el Derecho Procesal Penal, explica el maestro Piña Palacios "podemos considerar como incidente cualquier causa que modifique la estructura del proceso o que altere su curso normal. Podemos clasificarlos, continúa el mismo autor, en procesales, extra-procesales, especificados y no especificados.

Los primeros surgen en el curso del proceso, los segundos fuera de él, pero en relación directa, interrumpiéndolo o modificándolo. Los incidentes especificados están enumerados por la ley; mientras que los no especificados no lo están, y sólo pueden surgir dentro

del proceso sujetos a la tramitación especial que se les asigna en común a todos los de su especie. Los incidentes extra-procesales o incidencias tienen su propia tramitación, pero ésta es distinta a la de los no especificados". (72)

El maestro Julio Acero separa al incidente, que requiere una tramitación distinta a la de la cuestión principal, que es "una figura procesal propia, individualidad destacada" (73); de la mera incidencia o cuestión incidental, que puede resolverse de plano.

Para concluir, y dando una idea general de los incidentes en el procedimiento penal, se puede afirmar que el asunto que plantean tiene una relación de carácter accesorio con la cuestión principal, que como tal se substancian por un procedimiento distinto que no tiene acomodo especial en el procedimiento, pero que está dentro de él.

Podemos por tanto concebir a los incidentes como aquellos negocios que se dan dentro del procedimiento y que sujetos a una tramitación específica se ocupan de una cuestión secundaria en relación con el negocio principal.

72).- PIÑA Y PALACIOS, Javier. op. cit. p. 191

73).- ACERO, Julio. op. cit. p. 219

Ahora bien como hemos visto que en nuestra Constitución Política en la fracción I, del artículo 20 establece la seguridad jurídica de que el individuo puede obtener su libertad bajo caución cuando la media aritmética de la pena que pudiera imponerse al individuo sea menor de cinco años y se reúnan los requisitos que el mismo precepto establece, el artículo 399 del Código Procesal Federal es contrario al precepto Constitucional en tanto que establece:

Artículo 399.- 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 libertad que corresponde al delito imputado, incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

En los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, y no se trate de los delitos señalados en los siguientes párrafos de este artículo, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

I. Que se garantice debidamente, a juicio del juez, la reparación del daño. Para los efectos de esta fracción, en el caso de los delitos a que se refiere el cuarto párrafo del artículo 92 del Código Fiscal de la Federación, para la

fijación de la caución, el juez estará a lo dispuesto en dicho artículo;

II. Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social;

III. Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y

IV. Que no se trate de personas que por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirían la acción de la justicia.

Para los efectos el párrafo anterior, no procederá la libertad provisional cuando se trate de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal: 60, 123, 124, 125, 127, 128, 132 a 136, 140, 145, 146, 147, 149 bis, 168, 170, 197, 198, 223, 265, 266, 266 bis, 302, 307, 315 bis, 320, 323, 324, 325, 326, 366, y 370 segundo y tercer párrafos cuando se realice en cualesquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones VIII, IX y X y 381 bis.

De igual modo, para los efectos del segundo párrafo de este artículo, no se concederá el derecho de libertad provisional respecto a los delitos previstos en el artículo 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

En la determinación que dicte, el juez fundará y motivará el otorgamiento o la negativa de libertad, así como la revocación de ésta, en su caso, tomando en cuenta las prevenciones constitucionales y legales aplicables. En lo que respecta a la determinación del monto de la caución, se hará señalamiento específico sobre los daños y perjuicios, en la medida en que de las actuaciones se dependan los datos para fijar unos y otros. El juez valorará lo actuado, asimismo, para resolver si se trata de delito intencional, preterintencional, o imprudencial, con el propósito de precisar las consecuencias de esta clasificación para los efectos de la garantía debida.

Fuera de los casos de libertad ordenada por órgano jurisdiccional, o de aquellos a que se refiere el artículo 107 Constitucional, en ningún otro se encarcelará al inculcado sin que previamente el encargado del reclusorio lo notifique personalmente al Ministerio Público.

Si prestamos atención y en esto fundamentamos nuestra crítica al artículo enunciado, ya que este se contrapone a la norma suprema pues la Constitución Política de los

Estados Unidos Mexicanos que hemos visto se refiere a la media aritmética que corresponda al delito imputado, en tanto que el precepto procesal federal en estudio viene a limitar la facultad constitucional a que el máximo de la pena no exceda de cinco años de prisión.

También debemos prestar atención que el precepto constitucional en su texto obliga al juzgador a tomar en cuenta las circunstancias personales y la gravedad del delito que se le imputa al individuo, mas sin embargo el precepto procesal federal en estudio viene a condicionar el beneficio de la garantía individual a la temibilidad del inculpado y circunstancias especiales que concurren a cada caso, así como a la importancia del daño causado y en general, las consecuencias que el delito hayan producido o puede producir, lo cual significa que el precepto procesal va más allá de lo que establece la garantía individual porque dentro de las circunstancias personales del individuo se encuentra su peligrosidad y nadie es ajeno en el conocimiento que todo tipo penal tiene señalado un mínimo y un máximo precisamente para que en el momento de individualizarse la pena sea de la primera a la última la que se tome en cuenta según la temibilidad del sujeto; las circunstancias que el Código Federal Procesal refiere También son requisitos establecidos por el precepto Constitucional y entonces el legislador en el proceso quiere obligar al Juez a tomar dichas circunstancias para negar el

beneficio tomando en cuenta que la media aritmética son el máximo de la pena de cinco años en cuanto al daño causado que refiere la Legislación Procesal es requisito contenido en la gravedad del delito que se imputa al sujeto, entonces no debe ser circunstancia que tienda referirse al máximo de cinco años de la pena señalada en el delito imputado, sino como lo refiere el texto constitucional a la media aritmética de cinco años, lo mismo puede decirse de las consecuencias que al delito haya producido o pueda producir que es el requisito ya comprendido en la gravedad del delito.

Por todo ello el texto del artículo procesal en estudio es anticonstitucional y es doloroso que se haya dejado a los tribunales controladores de nuestras garantías individuales semejante aberración jurídica, sin que pueda discutirse que no existe un caso que pudiésemos señalar en que se haya aplicado el precepto procesal negando la libertad caucional, ya que lo que estamos estudiando en esta tesis es la Constitucionalidad del precepto y éste es anticonstitucional en su texto, aplíquese o no, tanto más se puede afirmar que cuando un precepto no se aplica en su texto por anticonstitucional o cualesquiera otras causas su no observancia aconseja su derogación, que en este caso sería su reforma.

B) ARTICULO 556 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

PARA EL DISTRITO FEDERAL

El artículo 556 del Código Procesal Penal para el Distrito y Territorios Federales es anticonstitucional por dos conceptos:

Su texto dice:

Artículo 556.- 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 libertad que corresponda al delito imputado, incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

En los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, y no se trate de los delitos señalados en el siguiente párrafo de este artículo, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

I. Que se garantice debidamente, a juicio del juez, la reparación del daño;

II. Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social;

III. Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y

IV. Que no se trate de personas que por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirían la acción de la justicia.

Para los efectos del párrafo anterior, no procederá la libertad provisional cuando se trate de delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; 60, 139, 140, 168, 170, 223, 265, 266, 266 bis, 287, 302, 307, 315 bis, 320, 323, 324, 325, 326, y 370 segundo y tercer párrafos cuando se realice en cualesquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracciones VIII, IX, X y 381 bis.

De lo anteriormente señalado podemos afirmar que es anticonstitucional, 1º porque siendo igual la frase que señala el precepto del Código Procesal Federal en el punto anterior que hemos estudiado para establecer la inconstitucionalidad del artículo 399 del Código Federal mencionado, es obvio que este artículo adolece de lo mismo y 2º al transcribir el artículo 556 también vemos en su última parte en que establece que en los casos de acumulación se deberá atender al máximo de la pena del delito más grave, de

lo cual comprendemos que se trata tanto de la acumulación virtual como real y ambos casos atentan contra el artículo 20, fracción I, constitucional que no establece tal regla sino que exclusivamente se refiere al medio aritmético del delito imputado.

Es de comprenderse el contenido del precepto en estudio toda vez que el artículo 84 del Código Penal para el Distrito Federal establece que en los casos de acumulación se impondrá la sanción del delito mayor que podrá aumentarse hasta la suma de las sanciones de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el título segundo del libro primero, lo cual implica que forzosamente al indiciado o procesado y nunca sentenciado se presume, se le impondrá la sanción del delito cuya pena privativa de la libertad sea la mayor establecida en el tipo penal, más sin embargo sea cual fuere la gravedad del ilícito y en tanto la media aritmética no sobrepase a cinco años de prisión, debe estarse al texto de la Ley Constitucional y por lo tanto el auto que niegue tal beneficio y se funde en el artículo 556 en estudio es violatorio a la Garantía Constitucional aludida por ser el precepto anti-constitucional.

Ahora bien nuestra hipótesis es que deben reformarse ambos artículos procesales para quedar de la siguiente manera:

Artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, debiendo quedar como sigue: "Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, cuando el término medio aritmético de la probable pena que pudiera imponérsele por el delito imputado no sobrepase en su media aritmética a cinco años de prisión y el Juez fijará caución hipotecaria, o personal o de Compañía Afianzadora legalmente autorizada tomando siempre en cuenta las circunstancias personales del solicitante y la gravedad del delito que se le imputa.

A su vez debe reformarse el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal por las dos causas anticonstitucionales que mencionamos en el desarrollo de nuestro modesto trabajo de tesis.

CAPITULO V

JURISPRUDENCIA Y EJECUTORIAS RELACIONADAS CON EL TEMA DE LA TESIS

Hemos llegado al punto final de nuestro trabajo de tesis y nos corresponde hacer una recopilación de las ejecutorias y jurisprudencia relacionadas con la libertad provisional bajo caución y así tenemos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado las siguientes:

TITULO LIBERTAD CAUCIONAL.

TEXTO "El derecho que a ella concede el artículo 20 Constitucional, no se limita a los procesados, pues las garantías de la Constitución están otorgadas al hombre, y es absurdo suponer que sólo los procesados puedan reclamar, cuando su libertad se ve atacada."

TOMO II. MONROY, Antonio de P., pag. 1405 11 votos. 11 de mayo de 1918.

VEASE: Tesis relacionada con J. 71/85, 9na. parte. GARCIA, Rosalino.

Respecto a lo anterior nosotros afirmamos que no puede pensarse en reforma alguna a la fracción I del Artículo 20

Constitucional, para dejar al arbitrio de los funcionarios judiciales la procedencia de la libertad provisional bajo caución eliminando el elemento objetivo de este beneficio, porque todavía existe el temor que justificó su creación, ya que las autoridades judiciales mexicanas han tenido y tienen una fácil inclinación a la arbitrariedad.

TITULO: LIBERTAD CAUCIONAL EN EL AMPARO.

TEXTO: "Debe decirse respecto a la tesis visible a fojas trescientos cincuenta y uno del apéndice de jurisprudencia 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, segunda parte, Tomo correspondiente a la primera sala, y que con el número 178 y rubro libertad caucional en el amparo directo, se establece la procedencia de tal beneficio cuando en la sentencia reclamada se impone al quejoso una pena menor de cinco años de prisión, cumpliendo con el requisito que señala el artículo 194 de la Ley de Amparo debe quedar precisado que al analizar las ejecutorias que constituyen esa jurisprudencia, dictadas a la luz de los preceptuado por la fracción I del artículo 20 Constitucional antes de la Reforma publicada en el Diario Oficial del 2 de diciembre de 1948, se advierte que únicamente contienen la afirmación dogmática de la procedencia de la libertad

cauacional en el amparo directo cuando se impone al quejoso una pena menor de cinco años, porque el artículo 172 de la Ley de Amparo faculta a la autoridad que suspende la ejecución de la sentencia reclamada para poner en libertad cauacional al quejoso, si procediera, pero no lo obliga en términos de la fracción I del artículo 20 Constitucional en su actual redacción, toda vez que tratándose de una libertad en el amparo directo en donde ya el proceso culminó con la sentencia definitiva de segunda instancia, no son las normas que rigen la concesión del beneficio dentro del proceso las que prevalecen, sino aquellas específicamente referidas al juicio de garantías y que tienen por finalidad evitar que el quejoso se substraiga a la acción de la justicia, criterio también imperante en la libertad bajo caución que se concede en el incidente de suspensión del amparo indirecto, al establecer en su párrafo final el artículo 136 de la Ley de Amparo que esa libertad podrá ser revocada cuando aparezcan datos bastantes que hagan presumir, fundadamente, que el quejoso trata de burlar la acción de la justicia".

QUEJA 22/72. Francisco Vázquez Carvajal. 28 de agosto de 1972. Unanimidad de 4 votos. Ponente:

Ernesto Aguilar Alvarez.

SEPTIMA EPOCA. VOLUMEN 38, Segunda Parte, pág. 34

TITULO LIBERTAD CAUCIONAL EN EL AMPARO.

TEXTO "De conformidad con lo dispuesto en la fracción I del artículo 20 Constitucional, puesto que la pena a que fue condenado el recurrente fue menor de cinco años de prisión y a pesar de que la sentencia de segunda instancia está subjudice debido al juicio de amparo promovido por el reo con motivo de esa sentencia, puesto que el fallo de la corte no puede modificar en perjuicio del quejoso la sentencia de segunda instancia, procede la libertad caucional, es verdad que el reo, desde el momento en que fue juzgado en segunda instancia, dejó de tener el carácter de procesado para convertirse en sentenciado, aún cuando su condena queda en suspenso, sujeta a lo que resuelva la Suprema Corte en el amparo correspondiente; pero el derecho a gozar de la libertad caucional lo consagra la fracción I del artículo 20 Constitucional en relación con el 172 de la Ley de Amparo, y no el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, que contraria lo dispuesto expresamente por el

artículo constitucional citado, que debe aplicarse con exclusión de aquél".

Queja 168/60. Teodoro Espinoza Soriano. 28 de noviembre de 1960. Unanimidad de 4 votos.

Ponente: Juan José González Bustamante.

Respecto a las ejecutorias descritas anteriormente deseamos señalar lo siguiente.

La libertad provisional bajo caución es una medida de seguridad jurídico procesal de tipo precautorio o cautelar, de índole personal, ordenada por autoridad competente sin que sea impedimento para ordenarla, que no lo sea, con tal que conozca del proceso o juicio, en los casos de procedencia previstos por la Constitución o por la Ley Ordinaria, que evita o suspende los efectos de la privación de la libertad de un imputado, tanto en el proceso de primera y segunda instancia del fuero Común o Federal, como en el amparo directo o indirecto mediante el otorgamiento de una garantía, sujetándolo a diversas obligaciones dentro de la etapa del proceso en que se le haya otorgado.

TITULO TENTATIVA DEL DELITO CONTRA LA SALUD.
IMPROCEDENCIA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION.

TEXTO "Es impropio conceder el beneficio de libertad

provisional bajo caución, si el auto de formal prisión se dictó por delito contra la salud en la modalidad de transportación de marihuana en grado de tentativa, porque el caso se ubica entre los expresamente prohibidos por el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, entre los que se encuentra el delito contra la salud, previsto y sancionado por el artículo 197 del Código Penal Federal, debiéndose advertir que el artículo 63 de esta última codificación, no consigna un delito autónomo, sino únicamente determina la forma en que debe imponerse la pena en los casos de tentativa y por otro lado, que la tentativa no configura un delito distinto al ilícito tentado, sino solo constituye un grado de ejecución de la misma infracción". Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito (TC042027 PEN).

Amparo en Revisión 278/91. Martín Santiago Montemayor Fuentes. 12 de Febrero de 1992. Unanimidad de Votos. Ponente: Enrique Arizpe Narro Secretario: Jesús S. Fraustro Macareno.

TITULO LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION, PARA SU OTORGAMIENTO DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACION EN FORMA PROPORCIONAL LAS CALIFICATIVAS DEL DELITO TENTADO.

TEXTO: "Las agravantes de un delito, aún cuando no se haya consumado plenamente éste, deben tomarse en consideración al resolver sobre la procedencia o improcedencia del beneficio de la libertad provisional bajo caución, ya que el delito tentado no deja de representar un hecho criminoso que sanciona la Ley Penal; así las cosas, al no ser la tentativa de un delito autónomo, por estar en función de la conducta típica que se pretendió consumir en su totalidad, es evidente que el juzgador, por imperativo del artículo 20, fracción I de la Constitución Federal, no puede dejar de estimar las calificativas que se surtieron al ejecutar el hecho delictivo, para el efecto indicado; pero la cuantificación de las penas tanto del delito o tentado como sus agravantes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 51 párrafo segundo del Código Penal, en concordancia con el diverso 63 del mismo ordenamiento legal, debe ser hasta las dos terceras partes del mínimo y máximo de las penas establecidas sobre el particular, para obtener el término medio aritmético y así establecer si excede o no de cinco años de prisión, pues las agravantes de un ilícito penal, deben correr la misma suerte del tipo básico de que se trata, en relación con la pena a imponer, por no constituir en si mismas

delitos autónomos, sino por el contrario, ser subordinadas de aquél, al no tener existencia por sí solas". Segundo Tribunal Colegiado en materia penal del primer circuito. (TC012019 PEN).

Amparo en revisión 16/88. Eduardo Miranda Pacheco. 26 de febrero de 1988. Unanimidad de Votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: Carlos Loranca Muñoz.

De lo anterior nosotros pensamos y es nuestra opinión que la privación preventiva es un instituto jurídico procesal de seguridad social y personal, que consiste en el estado de privación de la libertad física de un inculpado, por la comisión probable de un delito que se sancione con pena corporal, decretada por la autoridad competente, mediante una resolución llamada AUTO DE FORMAL PRISION, que confirma la detención ordenada o efectuada en los términos del artículo 16 Constitucional; que tiene vigencia en el proceso o juicio correspondiente, en tanto se decida en definitiva si es o no penalmente responsable, por sentencia firme.

TITULO: PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA INDEPENDENCIA DE LA CAUCION PARA LA LIBERTAD PROVISIONAL.

TEXTO. "El hecho de que durante la instrucción sea concedida la libertad provisional bajo caución al inculpado, no quiere decir que el monto fijado

para la garantía caucional debe ser tomado en cuenta para los efectos de individualizar las sanciones."

AMPARO DIRECTO 7382/81, Roberto Pazuengo Espejel.
25 de marzo de 1982. Unanimidad de 4 votos.
Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.

Nuestra opinión es que la libertad, anhelo esencial del hombre, a más de ser uno de los intereses humanos creadores del Derecho, constituye uno de sus ideales perennes y uno de sus fines permanentes. Sin embargo, su concepto ha variado a través de las épocas y los lugares. En la época antigua se refería al Estado, en la edad contemporánea se la estima en relación al individuo.

TITULO LIBERTAD BAJO CAUCION EN CASOS DE ACUMULACION,
PROCEDE ESE BENEFICIO CUANDO LA SUMA DE LA MEDIDA
METRICA DE LOS DELITOS NO EXCEDE EN CINCO AÑOS DE
PRISION O CUANDO REBASANDOLOS, LA PENA MAXIMA DEL
MAS GRAVE SEA INFERIOR A ESE TERMINO. (LEGISLACION
DEL ESTADO DE PUEBLA).

TEXTO "El artículo 351 del Código de Procedimientos en
Materia de Defensa Social estatuye: "En casos de
acumulación, para la libertad caucional se deberá
atender a la suma de los términos medios de la
sanción correspondiente a cada delito o al máximo

de la señalada al delito más grave si aquella suma excediere de este máximo. Lo anterior implica que de cada uno de los delitos atribuidos, se deberá tomar el mínimo y máximo de la penalidad corporal aplicable, sumarlos y dividir el producto entre dos, operación de la que resulta el término medio correspondiente a la pena imponible al primero de los delitos, esto deberá repetirse con el segundo de los ilícitos imputados, y así sucesivamente, si la suma de estos términos medios rebasa el máximo de la pena que corresponda al delito más grave, deberá entonces estarse a este máximo, que para la procedencia del beneficio no deberá ser mayor de cinco años." Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito (TC00061203 PEN).

Amparo Directo 222/89, Eduardo Vázquez Nolasco y otro, 17 de agosto de 1989: Unanimidad de Votos. Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretaria: Irma Salgado López.

TITULO LIBERTAD CAUCIONAL, PROCEDENTE DE LA, EN CASO DE CONCURSO DE DELITOS, (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).

TEXTO "El hecho de que los delitos por los que se procesa al quejoso configuren un concurso real o material, o un concurso ideal o formal, resulta irrelevante

para determinar la procedencia de su libertad caucional, pues el artículo 351 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social del Estado, no hace ninguna distinción a ese respecto y establece de manera genérica que en los casos de acumulación, para la libertad caucional, se deberá atender a la suma de los términos medios de la sanción correspondiente a cada delito o al máximo de la señalada al delito más grave si aquella suma excediera de este máximo." Tercer Tribunal Colegiado del sexto circuito (TC063082 PEN).

Amparo en Revisión 2/89. Gabriel Godos González. 8 de Febrero de 1989. Unanimidad de Votos. Ponente: Juan Manuel Brito Velázquez. Secretario: José Manuel Torres Pérez.

TITULO LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION. REVOCACION DE LA, NO VIOLATORIA DE GARANTIAS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MICHOACAN).

TEXTO "Conforme a los artículos 20, fracción I y 484, del Código de procedimientos penales del estado de Michoacán, procede conceder la libertad provisional bajo caución, cuando el término medio aritmético de la pena corporal que corresponde al delito imputado, no exceda de cinco años de prisión, luego si por virtud del valor intrínseco

que en el caso fue asignado a los objetos robados, el beneficio económico que obtuvo el inculpado y el daño patrimonial que sufrió la ofendida, la sanción corporal imponible en sentencia definitiva rebasa el límite permitido para la concesión de la libertad provisional bajo fianza, la autoridad responsable, al revocar lo que en primera instancia le fué otorgada al quejoso, no violó garantías individuales." Segundo Tribunal Colegiado del décimo primer circuito (TC112035 PEN).

Amparo en revisión 68/989, Jorge Carlos Juárez Díaz. 19 de abril de 1989. Unanimidad de Votos.
Ponente: Salvador Enrique Castillo Morales.
Secretario: José Gutiérrez Verduzco.

Nuestra opinión personal es que surgen en el curso del procedimiento penal varias situaciones en las que, por considerarse de tanta importancia cualquier restricción a la libertad y siempre que con ello no se ponga en peligro a la comunidad, se concede el goce de la misma.

TITULO LIBERTAD CAUCIONAL, PROCEDENTE DE LA.

TEXTO "Si la responsable negó el beneficio de la libertad

cauacional, debido a que el quejoso ha tenido mala conducta anterior, y se ha demostrado su peligrosidad y ha fundado su resolución en lo dispuesto en el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, lo dispuesto por el mismo artículo, es inconstitucional, en vista de lo prevenido categóricamente por la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal, y por consiguiente la responsable estaba obligada a otorgar la libertad cauacional en los términos de este artículo."

Queja 70/61. Pedro S. Castro Torres. 28 de julio de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Alberto. R. Vela.

TITULO PRESCRIPCION DE LA SANCION CORPORAL, NO OPERA
 MIENTRAS EL SENTENCIADO GOCE DE LIBERTAD
 CAUCIONAL.

TEXTO "La condición esencial para que se inicie el
 término establecido en la Ley para que se opere la
 prescripción de la sanción penal, consiste en que
 el inculpado se substraiga materialmente a la
 acción de la autoridad, y tal circunstancia no
 ocurre si el condenado goza del beneficio de la
 libertad cauacional, pues ese estado únicamente
 puede terminar con la decisión judicial de

revocarla." Primer Tribunal Colegiado del sexto circuito (TC061124 PEN).

Amparo en Revisión 329/89. Víctor Flores Torres.
23 de Noviembre de 1989. Unanimidad de votos.
Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretaria:
Irma Salgado López.

Con lo anterior ponemos punto final a nuestra tesis, no sin antes pedir al sínodo su benevolencia con este modesto trabajo, rogándoles sean magnánimos con esta sustentante que está conciente que el camino del derecho es largo y que empezamos a andar siempre, con la luz que ustedes brillantes juristas tengan a bien proporcionarnos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La libertad es original y natural, inherente a la condición humana, y sin embargo esta libertad no puede ser absoluta, pues sufre las limitaciones que resultan de la coexistencia entre los hombres y la necesidad de respetar la libertad perteneciente a los demás individuos, y nacida de un orden jurídico y ético, sobre el cual se funda la comunidad y que es asegurado por el Estado en cuanto órgano jurídico de aquella.

SEGUNDA.- La libertad bajo caución se consagra como garantía en el artículo 20, fracción I, de nuestra Constitución, y se reglamenta como un incidente en las leyes procesales. La prisión preventiva evita que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia; si esto puede lograrse sin necesidad de privar de su libertad al presunto responsable, dada la importancia que le conceden hombre y sociedad, debe de procurarse así. Este es el fundamento principal de la libertad bajo caución. Sin embargo, es de lamentarse que sólo se logre mediante el cumplimiento de un requisito de carácter económico, ya que con ello se provoca una desigualdad jurídica y el principio humanitario que la aliente se ve frustrado en parte.

TERCERA.- Cuando la libertad caucional es otorgada por la Constitución, tendrá el carácter de derecho subjetivo público, como en México, según la fracción I del artículo 20 Constitucional; y, si es concedida por una ley ordinaria tendrá el carácter de garantía procesal.

CUARTA.- La libertad concreta de que puede ser privado un individuo por parte del Estado mediante una orden de aprehensión, es la libertad física o material, que implica las facultades de locomoción, residencia, relaciones sociales, de comunicación, de trabajo, etc.

Esta forma de libertad se restringe cuando es privada de ella la persona, al ser acusado de la posible comisión de un delito que la ley castigue con pena corporal, con fundamento en los artículos 16 y 18 Constitucionales, que establecen los requisitos para su procedencia.

QUINTA.- La justificación de la prisión preventiva es la de mantener la seguridad social, que es uno de los fundamentos esenciales, observándose que éste es un interés colectivo abstracto, que se concretiza, al acontecer en el mundo jurídico la comisión de un delito, apareciendo enfrentado este interés con

la presunción de inocencia que debiera beneficiar al procesado, de donde resulta que entre más grave sea la conducta delictuosa, mayor será el interés social concretizado en asegurar al inculcado privándole de su libertad.

SEXTA.- La libertad provisional bajo caución se compone de elementos objetivos y subjetivos. El primero consiste en el término medio aritmético no mayor de cinco años, resultado de la operación matemática de sumar el mínimo y máximo, dividido por dos. Elemento del cual deriva su procedencia.

SEPTIMA.- Es anticonstitucional, el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 399, porque establece que: "Todo inculcado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponde al delito imputado, incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

En los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, y no se trate de los delitos señalados

en los siguientes párrafos de este artículo, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos....." Consideramos que va más allá de lo que establece la Constitución de la República en su artículo 20.

OCTAVA.- El artículo 556 del Código Procesal Penal del Distrito Federal es anticonstitucional, al sujetar la procedencia de la libertad caucional a que el máximo de la sanción corporal correspondiente al delito imputado no exceda de cinco años de prisión; y además porque en caso de acumulación de delitos atiende al máximo de la pena del delito más grave, pues agrega que sí procede la libertad cuando pasa de cinco años el término medio aritmético, sin que se haya reformado la fracción I del citado artículo 20 constitucional.

LA PROBLEMÁTICA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL A LA LUZ DE LAS
REFORMAS DE 1991

INTRODUCCION

CAPITULO I

NOCION DE LIBERTAD

A) Diferentes tipos de privación de la libertad.....	7
B) Necesidad de privación preventiva de la libertad...	12
C) Ventajas de la privación preventiva de la libertad.	15
D) Objetivos que se persiguen.....	18
E) Desventajas de la privación preventiva de la libertad.....	19

CAPITULO II

LIBERTAD PROVISIONAL DE ACUERDO AL ARTICULO 20, FRACCION I,
DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

A) Requisitos para conceder la libertad provisional...	37
--	----

- B) En qué casos procede la libertad provisional..... 43
- C) Delitos en los cuales no se autoriza el otorgamiento de la libertad provisional..... 46

CAPITULO III

LA LIBERTAD PROVISIONAL A LA LUZ DE LAS REFORMAS

- A) La libertad provisional de acuerdo al artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales..... 50
- B) La libertad provisional de acuerdo al artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal..... 61

CAPITULO IV

ANALISIS Y CRITICA DE LOS ARTICULOS SIGUIENTES

- A) Artículo 20, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos..... 66
- B) Artículo 399, del Código Federal de Procedimientos

Penales.....	106
C) Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.....	114

CAPITULO V

JURISPRUDENCIA Y EJECUTORIAS RELACIONADAS CON EL TEMA DE LA TESIS.....	119
---	-----

CONCLUSIONES.....	133
-------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	137
-------------------	-----

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

ACERO, Julio. Procedimiento Penal. 7a. Edic. Edit. Cajica. México, 1935.

AYALA, Francisco. Ensayo sobre la libertad. 2a. Edic. Fondo de Cultura Económica. México, 1944.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. 18a. Edic. Edit. Porrúa. México, 1984.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. 15a. Edic. Edit. Porrúa. México, 1986.

CASTRO ZAVALA, Salvador. 75 Años de Jurisprudencia Penal. Edit. Cárdenas. México, 1979.

COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 6a. Edic. Edit. Porrúa. México, 1982.

DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Tratado sobre las Pruebas Penales. Edit. Porrúa. México, 1980.

FLORIS MARGADANT, Guillermo. Derecho Romano. 6a. Edic. Edit. Porrúa. México, 1973.

FRANCO SODI, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. 4a. Edic. Edit. Porrúa. México, 1951.

GARCIA RAMIREZ, Sergio, ADATO IBARRA, Victoria. Prontuario de Derecho Penal Mexicano. 3a. Edic. Edit. Porrúa. México, 1984.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. Edit. Porrúa. México, 1972.

GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Mexicano. 3a. Edid. Edit. Porrúa. México, 1961.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 10a. Edición. Edit. Porrúa. México, 1977.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. T. III. Edit. Porrúa. México, 1981.

LARRANAGA, José, DE PINA, Rafael. Derecho Procesal Civil. Edit. Porrúa. México, 1954.

LOPEZ ROSADO, Felipe. El Régimen Constitucional Mexicano. Edit. Porrúa. México, 1955.

PIÑA Y PALACIOS, Javier. Derecho Procesal Penal. Edit. Talleres Gráficos de la Penitenciaría del Distrito Federal. México, 1948.

RAMIREZ, Alfonso Francisco. Restricciones a la Libertad en la Constitución del 17. Anales de Jurisprudencia T. XIX. Publicado por el Tribunal Superior de Justicia. México.

RECANSENS SICHES, Luis. Panorama del Pensamiento Jurídico del Siglo XX. 1a. Edic. Edit. Porrúa. México, 1963.

RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. 15a. Edic. Edit. Porrúa. México, 1985.

VARGAS LAZARE, José. Los medios de prueba y su eficacia en el Proceso Penal. Edit. Herrero. México, 1987.

ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. 2a. Edic. Edit. Porrúa, México, 1987.

ZAVALETA, Arturo J. La Prisión preventiva y la libertad provisionaria. Edit. Anaya, Buenos Aires.

L E G I S L A C I O N

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Edit. Sista. México, 1993.

CODIGO DECOMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS 1889.

Edit. Porrúa. 57a. Edic. México, 1992.

CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Edit. Sista.

México, 1993.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Edit. Porrúa. México, 1993.

O T R A S F U E N T E S

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO BRUGUER. T. IV. Edit. Bobes,

España. 1968.

DOCUMENTOS DE TRABAJO PARA LA CONFERENCIA DEL DR. RICARDO FRANCO GUZMAN, SOBRE LA LIBERTAD PROVISIONAL RESPECTO DE DELITOS CON TERMINO MEDIO ARITMETICO SUPERIOR A CINCO AÑOS.

México, 1991.

ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPEA-AMERICANA.

Espasa-Calpe T. XX

MEXICO A TRAVES DE SUS CONSTITUCIONES. 2a. Edic. Edit.
Porrúa. México, 1978.

NUEVO DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO. T. IV. Edic.
Nauta. Barcelona, España, 1980.