



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGON

2001
2E3

**FALLA DE ORIGEN
IMPROCEDENCIA DE LA LIBERTAD
PROVISIONAL BAJO CAUCION EN LA
COMISION DE DELITOS GRAVES EN GRADO
DE TENTATIVA EN EL DISTRITO FEDERAL**

TESIS

**QUE PRESENTA :
PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO
EN DERECHO**

RUBI RODRIGUEZ FRANCO

**ASESOR DE TESIS :
DR. ELIAS POLANCO BRAGA**

San Juan de Aragón, Estado de México 1995.



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.

A MIS PADRES:

**ESTEBAN RODRIGUEZ LOPEZ
MARGARITA FRANCO VARGAS (+)**
Quienes al darme la vida e inducirme a
las mejores de mis metas, me legaron
una gran herencia.

A MIS HERMANOS:

**MARTIN, DOMINICA, PABLO (+),
REYNA, ESMERALDA, ESTEBAN, ERNESTO,
SERGIO, FERNANDO Y NANCY.**
Por el cariño y apoyo que siempre me han
brindado.

Al DR. ELIAS POLANCO BRAGA.
Por su orientación, apoyo y motivación
para llegar a la culminación de este
trabajo.

GRACIAS POR SU PACIENCIA.

**LIC. FERNANDO ESCAMILLA
SANTIAGO.**

A quien agradezco profundamente por
haberme enseñado a dar los primeros
pasos en mi carrera profesional.
**CON CARÍO, ADMIRACION Y
RESPECTO.**

Al Lic. GONZALO RUTZ ORTIZ

A quien en forma por demás especial, debo agradecer y brindarle este trabajo por haberme apoyado incondicionalmente en todos los aspectos y por ser una de las personas más importantes en mi formación como estudiante ya que sus consejos me han ayudado a superarme como profesionista y como mujer. A tí que estuviste siempre al pendiente de mí y siempre te has preocupado por darme lo mejor de tí. GRACIAS. Por haberme motivado a lograr la culminación de esta meta.

CON MUCHO CARIÑO Y ADMIRACION.

LIC. MARIO SOSA HERNANDEZ

Al gran amigo que estimo mucho por que siempre me ha brindado una amistad limpia y sincera y por que ha estado conmigo en los momentos más difíciles de mi vida.

CON MUCHO CARIÑO Y RESPETO

LIC. ISABEL CRISTINA HERRERA
GONZALEZ

A la amiga que siempre me ha brindado su
confianza y quien a lo largo de mi carrera
profesional ha sido mi consejera.

GRACIAS POR TU AMISTAD SINCERA

LIC. TERESA BORJA MORENO

Por que con su comprensión y apoyo he
logrado salir adelante en mis triunfos y
fracasos.

POR SIEMPRE AGRADECIDÁ.

LIC. LAURA ALBA PALMA

A una de las personas que con su ejemplo me ha enseñado a tomar las cosas difíciles de una manera pasiva pues todo en esta vida tiene solución.
GRACIAS.

LIC. REYNA MARIBEL CORONA
CARRILLO

Por que con sus críticas constructivas he sabido corregir ciertos errores como persona y como profesionista.
GRACIAS.

LIC. DAVID RODRIGUEZ PEREZ
Que siempre estuvo de alguna manera
apoyandome incondicionalmente y me
motivo para lograr la meta que me he
fijado.

GRACIAS

A LA ESCUELA NACIONAL DE
ESTUDIOS PROFESIONALES ARAGON
a quien con sus enseñanzas dentro de las
aulas de clase día tras día durante toda mi
carrera me enseñó a vencer obstáculos y
formarme como profesionista.
GRACIAS

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO
Por haberme dado la oportunidad de
formarme como estudiante en sus
instalaciones.
GRACIAS

**IMPROCEDENCIA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO
CAUCION EN LA COMISION DE DELITOS GRAVES EN GRADO DE
TENTATIVA EN EL DISTRITO FEDERAL.**

INTRODUCCION..... I

CAPITULO I

DEL DELITO EN GENERAL.

A.- Antecedentes del Delito.....	1
B.- Concepto del Delito.....	11
C.- Clasificación de los Delitos.....	27
D.- Los Delitos Graves:.....	42
1.- En la Doctrina.....	42
2.- En la Ley.....	46

CAPITULO II.

LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION.

A.-Reseña Histórica de la Libertad Provisional Bajo Caucción.....	50
B.- Su Reglamentación en la Constitución.....	63
C.- Su Reglamentación en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.....	73
D.-Requisitos para su procedencia.....	83
E.-Trámite para obtener la Libertad Provisional Bajo Caucción.....	91

CAPITULO III

ANALISIS DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION EN LA COMISION DE LOS DELITOS GRAVES EN GRADO DE TENTATIVA.

A.-Antecedentes de la Tentativa.....	96
B.-Concepto de Tentativa.....	103
C.-Clasificación de la Tentativa.....	114
D.-Análisis del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal.....	123
E.- La Necesidad de reformar el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.....	127
F.-Jurisprudencia al respecto.....	133
CONCLUSIONES.....	139
BIBLIOGRAFIA GENERAL.....	143

INTRODUCCIÓN

Es de gran importancia todo cuanto se refiere a la libertad del procesado, la cual es un bien de gran valor y al mismo tiempo de interés público que encuentra su fundamento en el artículo 20 Constitucional fracción I. Este derecho se afirma también en el proceso penal una vez que el inculpado se convierte en sujeto del mismo. Por ello cuando la ley no consienta expresamente una restricción de la libertad, hay que respetarla en su integridad.

El principio de la libertad del procesado tiene su más importante restricción en el caso de que el mismo sea recluido a prisión antes de que exista una sentencia firme (prisión preventiva). Si, es evidente que el procesado debe ser privado de su libertad una vez que exista una sentencia firme de condena, es natural que sólo en caso de necesidad sufra aquellas restricciones con anterioridad a la misma. De un lado encontramos el principio de la libertad del inculpado o presunto responsable y del otro la prisión preventiva impuesta por exigencias sociales jurídicamente valoradas.

Dos razones pueden justificar la prisión preventiva: Una de seguridad, para impedir la fuga del que ha cometido el hecho delictuoso; otra, procesal y ésto atiende a la gravedad de la infracción penal imputada o cometida. La necesidad de hacer comparecer al probable autor del delito ante el órgano jurisdiccional para que responda a los cargos formulados en su contra y se puedan llevar a cabo la trilogía de actos característicos del proceso, justifican

que se restrinja la libertad del sujeto; pero una vez sometida a la jurisdicción, puede gozar del beneficio de obtener su libertad provisional a través de una garantía suficiente para considerar que no se sustraerá a la acción de la justicia y comparecerá a participar en el procedimiento cuantas veces sea necesario.

La índole misma de estas razones hace indudable que no valgan para todos los casos; no rigen en los de poca importancia en los cuales la seguridad no aparece comprometida, también deberá atenderse cuidadosamente a la personalidad del probable responsable y a los efectos de su peligrosidad.

En general, en el sistema de nuestro país la prisión preventiva o formal prisión se decreta cuando existen los motivos indicados, predominando el criterio de la gravedad y calidad del delito.

Pero surge la interrogante respecto a la tentativa en los Delitos Graves cuando se presenta la solicitud de la Libertad Provisional Bajo Caución, debido a que el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no establece nada al respecto y como todas las normas que entrañen una limitación de la libertad del procesado en caso de duda, se debe interpretar a favor del procesado, por lo que no es lícito que se le prive de su libertad.

Pero debemos de tomar en cuenta que la negación de la Libertad Provisional Bajo Caución en la comisión de delitos graves en grado de tentativa radica en la objetiva peligrosidad de daño en la que pone al bien jurídicamente tutelado por el delito tentado.

Por las razones indicadas, y en atención a que en Materia Criminal como lo marca el artículo 14 Constitucional está prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata; y toda vez de que en la práctica algunos jueces cuando se trata de la comisión de un delito de los enumerados en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales en Grado de TENTATIVA niegan la libertad provisional argumentando que se trata de un delito grave, y ésto sin que exista fundamento alguno en la Ley; el objetivo del desarrollo del presente trabajo es que el Legislador agregue un párrafo al artículo 268 del Ordenamiento Legal citado en el cual exprese claramente que los delitos considerados como graves cometidos en grado de TENTATIVA NO GOZARAN DEL BENEFICIO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN y de esta manera se encuadre el actuar de los jueces a la Ley.

Este trabajo se inicia con un renglón histórico en cada uno de los tres capítulos de que consta. En el primer capítulo hablaremos del Delito en general, sus antecedentes, concepto, clasificación, los delitos graves en la doctrina y en la Ley. En el segundo capítulo analizaremos la Libertad Provisional Bajo Caucción, su reseña histórica en Roma, España y México, en este mismo capítulo hablaremos de la Reglamentación de la Libertad Provisional Bajo Caucción en la Constitución, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, sus requisitos y trámite. Por último en el tercer capítulo analizaremos los antecedentes de la tentativa, el concepto de la tentativa, su clasificación, análisis del artículo 12 del Código Penal y el punto central es la necesidad de reformar el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y para reforzar citamos jurisprudencia de la Corte.

Los Métodos y técnicas empleados en el desarrollo del presente trabajo fueron: La utilización del Método Científico, la investigación bibliográfica y la realización de fichas de trabajo.

CAPITULO I

DEL DELITO EN GENERAL.

A.- Antecedentes del Delito

B.- Concepto del Delito

C.- Clasificación de los Delitos

D.- Los Delitos Graves:

1.- En la Doctrina

2.- En la Ley

CAPITULO I

DEL DELITO EN GENERAL.

A. ANTECEDENTES DEL DELITO.

Para poder hablar de los antecedentes del delito tenemos que remontarnos a los orígenes del derecho penal; como sabemos el surgimiento del derecho penal obedece a la necesidad de regular el comportamiento del hombre en sociedad. El delito nace con el hombre cuando todavía no existía un orden jurídico, ni una sociedad organizada; el delito se manifiesta en su más rudimentaria forma al inferirle daños a bienes ajenos. El hombre aún no articulaba palabras, pero ya desarrollaba conductas que afectaban a otros, por ejemplo el apoderamiento del animal cazado por otro, las violencias físicas ejercidas sobre una mujer, etc. De ahí la necesidad de regular las conductas mencionadas y señalar castigos para lograr el orden y la convivencia pacífica.

Hay que destacar las etapas de evolución por las que ha pasado esta disciplina jurídica. Según sea el punto de vista en que nos situemos, las ideas penales presentan los siguientes aspectos:

1.- La Venganza Privada: Es en la cual el mismo sujeto que ha sufrido la ofensa se hacía justicia por sí mismo. Podemos citar lo que a este respecto nos menciona el autor Fernando Arilla Bas :

"La venganza se racionaliza con el talión que señala la debida proporción cualitativa y cuantitativa, entre el delito y la reacción social sobre él. El enunciado más antiguo es la LEX TALIONIS se encuentra en el Éxodo (21:24: ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie). La conveniencia

política hizo evolucionar la pena tallonal, convirtiéndola en una retribución exacta del mal por mal (tallón material) o la privación del miembro del delincuente con el que había delinquido (tallón simbólico). Ejemplo del primero tenemos en aquellos casos en que la pena que se condena a sufrir al delincuente consiste en la privación del mismo bien jurídico que él privó a la víctima (vida por vida, justificación tallonal de la pena de muerte) y del segundo en la aplicación y ejecución de las penas corporales (amputación de la mano del ladrón, castración del violador)".¹

De esta manera vemos como el autor nos explica la ley del tallón, una de las formas más antiguas de actuar frente al delito y se expresa diciendo "ojo por ojo, diente por diente", que como ya lo vimos equivale a causar un daño igual o semejante al realizado por el delincuente.

2.- La Venganza Divina: Es la que se sanciona a nombre de la divinidad. El carácter religioso de las primeras reacciones punitivas es indudable; muy frecuentemente, el castigo consistía en inmolarse para los Dioses al infractor de la norma, a fin de tratar de aplacar su enojo. El autoritarismo teocrático-político caracterizó a los periodos antiguos, durante los cuales los reyes y emperadores tenían carácter divino.

Rafael Márquez Piñero en su libro Derecho Penal nos señala algunos Códigos de carácter meramente religioso y entre los cuales podemos señalar a los cinco primeros libros del Antiguo Testamento llamados Pentateuco y que se le atribuyen a Moisés y en el cual señala que el derecho a castigar dimana del poder divino, el delito es una ofensa a Dios, y el perdón de EL se ruega

¹ Arilla Bas, Fernando; Derecho Penal. Toluca, México., UAEM, 1982, p.61.

mediante sacrificios de carácter expiatorios; la pena tiene un fin de contricción, de intimidación y su medida es el Talión. También nos señala que el derecho Chino está contenido en el libro de las Cinco Penas y en el cual está imbuido de carácter sagrado y las penas terrenales eran: 1.- Amputación de la nariz, 2.- Amputación de las orejas, 3.- Obturación de los orificios del cuerpo, 4.- Incisiones en los ojos y 5.- Muerte; señala que quienes fueron los inventores de éstas fueron los MIAO. Nos sigue diciendo este autor que los Libros Sagrados que contenían el derecho egipcio, también estaban impregnados del sentido religioso ya que en ellos se establecía que el delito era una ofensa a los Dioses, por lo cual los Sacerdotes imponían las penas más crueles por delegación divina y para calmar a las divinidades, el signo de la justicia era la pluma de avestruz, consideraban como animales sagrados al buey Apis, cocodrilo, gato, halcón, etc.; por lo que estaba prohibida su muerte. En la India, nos dice, el Código o Libro de Manú que es el más completo del material penal del Antiguo Oriente, en éste se estableció la diferencia entre imprudencia, caso fortuito y las causas y motivaciones de los delincentes.²

La excepción a este sentido religioso se encuentra en el Código de Hammurabi, el más antiguo de Oriente; en el cual se contempla la Ley del Talión, asimismo como lo acabamos de mencionar en el Código de Manú se presenta un carácter más humano, contrario a ésto, el derecho penal griego reviste en sus orígenes un carácter meramente religioso y fatalista, pues tanto el crimen como la venganza se nos presentan en las antiguas leyendas míticas, regido por la necesidad emanada de las fuerzas de los Dioses, adquiere con el tiempo un perfil humano.

² CFR. Márquez Piñero, Rafael; Derecho Penal. México, Trillas, 1986, pp. 38-40.

3. La Venganza Pública: En la que el Estado es el único titular del Derecho a castigar, llamado IUS PUNIENDI. En la actualidad nos encontramos en esta etapa, pues sólo el Estado puede decir que actos son delitos, que sanciones deben imponerse a los que los cometan y además es el único que puede aplicar materialmente los castigos.

Por lo que podemos citar a las leyes más importantes de esta etapa como lo señala el autor Carlos Franco Sodi y que son: En Grecia las de Licurgo, Solón, Dracon y Zeleuco, advirtiéndose que Dracon distingue entre los delitos públicos y privados. Nos señala también que en el derecho Romano, en su doble aspecto público y privado, en un principio el padre de familia tenía arbitrio para castigar los delitos y las faltas de los suyos lo mismo afectaran tan sólo a la familia, o a la colectividad. Más tarde fue obligado a entregar al Estado a las personas sujetas a su autoridad que cometían un delito de orden público. La mujer estuvo siempre sujeta a la autoridad de su padre, su marido, al rey o al Sumo pontífice, tratándose en este último caso, de las jóvenes consagradas al culto de Vestas. Fuera de los límites de la urbe, el magistrado en defensa de la integridad romana, a su arbitrio determinaba que era el delito y cual pena le correspondía, normando su voluntad por la conveniencia y utilidad militares. De este orden se consideraron como graves los delitos de sedición, la desertión, la rebeldía, la indisciplina, la injuria y el hurto cometido en el campo de batalla. En la Ciudad la autoridad del Magistrado determinó libremente primero, las acciones antisociales que debían perseguirse; pero más tarde, con la Ley Valeria, se inició la etapa de la legalidad, ya que dicha ley somete a la confirmación de los ciudadanos la pena de muerte impuesta por el Magistrado.

tratándose de delitos públicos y con relación a los delitos privados, desposee al pretor de su facultad para resolver definitivamente, puesto que su resolución tenía que remitirla para su confirmación al jurado.³

Debemos hacer hincapié en que la sabiduría del Derecho Romano se encuentra en las Instituciones de Justiniano, los Digestos, los Códigos y las Novelas.

En el Derecho Germánico, se toma en cuenta el daño causado por el delito y su reparación. La composición aplicada en un principio tan sólo a los delitos involuntarios, alcanzó tres formas: Reparación del daño pagado a las víctimas, rescate, cubierto a los familiares de aquélla para evitar la venganza privada y pago de multa diríamos nosotros, cubierto al Estado.

"Al cometerse un delito, se rompía la paz pública y en consecuencia, con criterio retribucionista, el delincuente debía perder y perdía su paz; lo que implicaba la confiscación de sus bienes y el peligro de ser muerto en cualquier momento, ya excluido de la paz social, por lo mismo de la protección colectiva, los familiares de sus víctimas tenían derecho a arrancarle la vista; lo anterior se podía evitar cubriendo la reparación o pagando el rescate."⁴

Todo lo anterior constituye el principio de la penalidad que trascendería a las obras legislativas más avanzadas; también es importante destacar que el Derecho Canónico tuvo mucha influencia en la humanización impositiva penal

³ CFR. Franco Sodi, Carlos; Nociones de Derecho Penal. 2a Edición, México, Botas, 1950, pp. 24-25.

⁴ IBIDEM. p. 26.

en esta etapa en la que los delincuentes eran objeto de crueles durezas, lo que conforma otro antecedente del Derecho Penal actual.

4.- Periodo Humanitario: La obra de César Bonnesana, Marqués de Beccaria: De los delitos y las penas, en 1764 provocó el surgimiento profuso de ideas que tendían a humanizar el Derecho Penal. En esta obra denuncia el Derecho Penal reinante: demasiado libre ejercicio del poder mal dirigido, que presenta tantos ejemplos de atrocidades. Por lo que este autor en su obra ya citada, combate la pena de muerte, las proscripciones, las confiscaciones, las penas infamantes, las torturas y el procedimiento inquisitivo, se pronuncia por las garantías procesales del acusado, la legalidad de las penas y la atenuación de las mismas.

No obstante, nos dice Rafael Márquez Piñero, "El punto clave de esta evolución de las ideas penales, donde se reflejo con mayor amplitud el pensamiento de Beccaria y sus ansias renovadoras fue la Revolución Francesa de 1789. La Declaración de los Derechos del Hombre, estableció principios penales sustantivos y procesales, constitutivos de garantías individuales; después aparecieron los primeros Códigos de la Revolución de 6 de Octubre de 1791 y de 25 de Octubre de 1795, que tuvieron efímera vigencia, y se llegó al Código Penal de 1810 que se fundamentó en los principios del utilitarismo de Bentham y pretendió realizar la defensa social mediante la intimidación."*

5.- Periodo Científico: En esta etapa se mantienen los principios básicos de la etapa humanitaria, pero se profundiza científicamente respecto al

* Márquez Piñero, Rafael; Ob. Cit., p.67.

delincuente. Se considera que el castigo no basta, por humanizado que sea, sino que además se requiere llevar a cabo un estudio de personalidad del sujeto y analizar a la víctima; es indispensable conocer el por qué del crimen, saber cual es el tratamiento adecuado para readaptar al sujeto y sobre todo prevenir la posible comisión de delitos. En la pena se estima que un tratamiento y el sujeto son productos de las propias fallas sociales, con influencias de factores de índole diversa (interna y externa).

La sistematización de las ideas surgieron en el periodo humanitario, crearon en el periodo científico, escuelas o concepciones racionalizadas sobre el delito, por delincuente y pena. Por lo que es de suma importancia entrar al estudio de las mismas para poder entender las actuales figuras e instituciones jurídico-penales.

a) Escuela Clásica: La escuela clásica es una corriente que apareció a raíz de las nuevas ideas surgidas como reacción vigorosa a la anterior y ancestral forma de ver al derecho penal.

Los pensadores cuya obra dio origen a esta escuela son varios, entre los cuales se considera a Francisco Carrara como el máximo representante y otros fueron Romagnosi, Hegel, Rossi y Carnignani.

Lo más sobresaliente de esta escuela se encuentra en sus postulados a que llegaron sus seguidores y que son:

1.- Libre albedrío: Aquí se establece que todos los hombres nacen con igualdad para actuar conforme a derecho, de manera que quien lo viola es a su

libre elección; además se niega el determinismo, el fatalismo o la predisposición al delito.

2.- Igualdad de derechos: De este postulado se desprende que la ley debe aplicarse de la misma manera a todos los hombres.

3.- Responsabilidad Moral: Este postulado se desprende del libre albedrío ya que si el hombre puede decidir libremente entre el bien y el mal, la responsabilidad que adquiere es de tipo moral.

4.- El delito como eje y como entidad jurídica: Para esta escuela el punto de partida lo constituye el delito, es decir la manifestación externa constitutiva del delito es lo que interesa, independientemente de las circunstancias internas y por lo tanto con base en el delito se debe castigar al delincuente.

5.- Método empleado: Emplea el método deductivo (de lo general a lo particular), que también se conoce como método especulativo, lógico abstracto, teleológico o finalista.

6.- Pena proporcional al delito: La pena debe ser un castigo directamente proporcional al delito cometido y debe estar previamente señalada en la ley.

b).- Escuela Positiva: Como reacción contraria a la escuela clásica surge esta corriente, la cual se fundamenta en bases científicas que corresponden a las Ciencias Naturales. Sus principales representantes: Enrico Ferri, Rafael Garófalo y César Lombroso.

Los postulados de esta escuela constituyen la negación de los postulados de la escuela clásica y son :

1.- Niega el libre albedrío: Esta escuela afirma que el hombre no escoge libremente y de manera conciente el mal sobre el bien; dado que es un ente natural y en algunos casos con anormalidades que evitan su sano y libre discernimiento, no puede elegir. Cabe señalar aquí la influencia de César Lombroso, con sus estudios médicos y antropológicos. Por lo que se afirma que hay hombres que nacen con predisposición hacia su futura manera de comportamiento, de acuerdo con sus características biológicas, antropológicas y psicológicas.

2.- Responsabilidad Social: Como consecuencia de la predisposición de algunos sujetos hacia el delito la colectividad debe tomar en cuenta las medidas necesarias para prevenirlo y en un momento dado defenderse.

3.- Delincuente, punto central: El delito no es el centro de atención, sino la persona que lo comete; a su vez el delincuente es el objeto de estudio, mientras que el delito es sólo la consecuencia.

4.- Método empleado: Utilizaron el método inductivo (de lo particular a lo general), conocido también como experimental. A partir de estudios realizados acerca de un delincuente o sujeto antisocial concreto, llegan a sus conclusiones y desarrollan hipótesis, con lo que crean sus tesis relacionadas con el comportamiento criminal.

5.- Pena proporcional al estado peligroso: En esta corriente se asegura que la pena debe ser proporcional al estado peligroso del delincuente, independientemente del tipo y gravedad del delito.

6.- Prevención: De los postulados anteriores se desprende la importancia de la prevención del delito, que debe darse en lugar de su represión.

7.- La medida de seguridad es más importante que la pena: En lugar de castigar se debe prevenir y por tanto aplicar las medidas de seguridad para evitar las penas.

8.- Clasificación de delincuentes: A esta escuela a diferencia de la clásica no le preocupa tanto la clasificación de los delitos, como la de los delincuentes, con fundamento en su peligrosidad y características sociales y psicológicas.

9.- Sustitutivos Penales: Se proponen los sustitutivos penales como medios para evitar la abundancia y crueldad de las penas, esto en virtud de que consideran ineficaces las penas, éstos pueden ser religiosos, médicos, psicológicos, etc.

La historia del Derecho Penal podría ocupar varios volúmenes; sin embargo, en este inciso sólo se muestra un breve panorama de su evolución en el transcurso del tiempo. Por lo que pasamos a estudiar los diversos conceptos de delito que se han dado a través de la evolución de las ideas penales.

B. CONCEPTO DE DELITO.

Son numerosos los penalistas que han pretendido elaborar una definición filosófica del delito con validez universal; una definición fincada en elementos intrínsecos e inmutables; pero vanos han sido los esfuerzos desplegados y orientados a tal finalidad, pues hallándose la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, aquella ha de seguir forzosamente los cambios de éstos, y por consiguiente es muy posible que lo penado ayer como delito se considere hoy como lícito y viceversa. Es pues inútil buscar una noción de delito en sí.

Por lo que es necesario remontarnos a la Doctrina y hacer un análisis de lo que los autores han definido como delito a través de la historia del derecho penal:

Carrara, representante de la Escuela Clásica definió al delito como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

Para Carrara, el delito no es un hecho sino un ente jurídico, esto es, una infracción a la ley, una contradicción entre la conducta y la ley.

Al respecto el autor Miguel Ángel Cortés Ibarra nos señala que el sistema que sigue Carrara, es una consecuencia de la teoría Jus-naturalista. De acuerdo a ella el derecho es un derivado racional de la ley suprema del orden, y

en la razón se encuentran los principios lógicos para desarrollar todo el contenido detallado de las instituciones penales, sin que el legislador pueda incriminar a su arbitrio determinados hechos que no reúnen en sí las categorías que Carrara exige para que una acción pueda ser declarada punible. Carrara al definir al delito nos señala que éste es una relación de contradicción entre el acto del hombre y la ley, una disonancia armónica, pero aparte de ese elemento formal, nos señala que la ley está sometida a postulados racionales extratécnicos, suministrados, mediante deducción lógica por la suprema ley natural del orden, que emana de Dios. *

Por otro lado la Escuela Positiva sostuvo en sus postulados la concepción del delito como hecho natural, resultado de causas antropofísicas y sociales. Rafael Garófalo, Jurista de esta tendencia doctrinal, construyó la definición del delito natural entendiéndolo como la violación a los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. Con esta definición pretendió encontrar una noción inalterable del delito valedera en todo lugar y tiempo, así son ofensas al sentimiento de piedad, el homicidio, heridas, mutilaciones, malos tratos, estupro, enfermedades provocadas, secuestros, injurias, calumnias, seducción de doncella, etc. Son ofensas al sentimiento de probidad, robos, incendios, daños, estafas, falsedades, etc.

Esta escuela distingue el delito natural del delito artificial o legal, entendiéndolo a éste como toda conducta reputada delictiva por la ley sin

* CER, Cortés Ibarra, Miguel Angel, Derecho Penal, 3a Edición, Tijuana, Baja California,.- Cárdenas Editor y Distribuidor, 1987, pp. 119.

ocasionar ofensa a los sentimientos de piedad y de probidad tales son los delitos políticos y aquéllos que hieren el sentimiento religioso o el honor, etc.

A este respecto existen numerosas críticas que se han enderezado contra la concepción del delito natural y podemos citar a Ignacio Villalobos quien nos dice que: "La esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza; pero la esencia del delito, la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de la justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la convivencia humana, etc., por tanto no se puede investigar que es en la naturaleza el delito, por que en ella y por ella sólo no existe, sino a lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración, los criterios conforme a los cuales una conducta se ha de considerar delictuosa, cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza; la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, en un concepto a priori, una forma creada por la mente humana para agrupar y clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza". "La noción del delito natural no satisface ninguna función pragmática, por lo que resulta inútil".⁷

El autor Ignacio Villalobos nos señala que: "La primera noción vulgar del delito es la que se refiere a un acto sancionado por la ley con una pena".⁸

De este concepto se desprenden muchas críticas ya que por un lado existen delitos que sancionados por una pena gozan de excusas absolutorias y

⁷ Villalobos, Ignacio; Derecho Penal Mexicano, 3a. Edición México, Porrúa S.A., 1975, p. 120

⁸ IBIDEM p. 201.

no por ello pierden su carácter delictuoso; por otro lado abundan las infracciones administrativas las cuales se hayan sancionadas por una pena, sin ser delitos.

Por lo que es necesario entrar al estudio de la definición legal de delito como nos lo marca el artículo 7° del Código Penal para el Distrito Federal "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

"La palabra delito: deriva del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de linquere, dejar, y el prefijo de en la connotación peyorativa, se toma como linquere viam o rectam viam: o abandonar el buen camino". *

Podemos observar en la definición que da nuestro primer ordenamiento penal del año de 1871 y en la cual establecía al delito como la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda. Identificándose de esta manera con lo que nos señala Carrara al decir que el delito no es una acción si no una infracción por lo que este elemento de antijuridicidad es lo que identifica y distingue al delito.

Asimismo al unir la definición del delito que nos da el Código Penal de 1871 y la definición de Carrara obtenemos una definición de delito más completa. Y así tenemos que hay una conducta del hombre, pero esta conducta es contraria al Derecho aquí se dice que es una oposición objetiva o antijurídica. También se da una oposición subjetiva que constituye la culpabilidad y que se encuentra en la frase "infracción voluntaria de una ley penal". La infracción a

* IBIDEM p.202.

que nos referimos debe realizarse haciendo lo que la ley prohíbe o dejando de hacer lo que manda; este elemento da origen a la teoría de la tipicidad.

Con los elementos mencionados queda completa la definición del delito, equivalente al que se maneja hasta la fecha por los tratadistas franceses al exigir un elemento material: el acto (con su resultado); un elemento legal (o ilegal): su oposición precisamente a una ley y no sólo a la moral, las buenas costumbres, la cultura etc.; y un elemento moral (o psicológico): la voluntariedad.

La definición que acabamos de citar, cumple con los elementos formales, específicos del delito, como son la antijuridicidad típica y culpable y el elemento genérico, como es el hacer humano, por lo que podemos decir que se trata de una definición formal del Delito.

Por lo que respecta a los elementos del delito debemos tomar en cuenta la noción jurídico sustancial que consiste en hacer referencia de los elementos de que consta el delito ya que diversos autores no coinciden en cuanto al número de elementos que deben conformar el delito de modo que existen corrientes: Unitaria o totalizadora y atomizadora o analítica. Por lo que pasamos a estudiar cada una de estas corrientes.

1.- UNITARIA O TOTALIZADORA.

Los partidarios de esta tendencia afirman que el delito es una unidad que no admite divisiones, el delito es como un bloque monolítico, el cual puede presentar diversos aspectos, pero no es en modo alguno fraccionable.

2.- ATOMIZADORA O ANALÍTICA.

Para los seguidores de esta tendencia, el delito es el resultado de varios elementos que en su totalidad integran y dan vida al delito. Según esta corriente, algunos autores estiman que el delito se forma con un número determinado de elementos, otros más aseguran que se requieren tres, y así sucesivamente, hasta llegar a quienes afirman que el delito se integra de siete elementos; surgen así las siguientes concepciones:

BITÓMICOS: De dos elementos que son: Conducta y tipicidad.

TRITÓMICA: De tres elementos que son: Conducta, tipicidad y antijuridicidad.

TETRATÓMICA: De cuatro elementos que son: Conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

PENTATÓMICA: De cinco elementos que son: Conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

HEXATÓMICA: De seis elementos que son: Conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad y condicionalidad objetiva.

HEPTATÓMICA: De siete elementos que son: Conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad, condicionalidad objetiva e imputabilidad.

Es necesario estudiar cada uno de los elementos del delito por lo que seguiremos la Teoría Heptatómica pues consideramos que es la más completa.

ELEMENTOS DEL DELITO SEGÚN LA TEORÍA HEPTATÓMICA.

En líneas anteriores se afirmó que como son diversos los criterios y corrientes respecto al número de elementos que conforman el delito, analizaremos siete para dar una perspectiva mejor para su comprensión.

Los elementos del delito son las partes que lo integran a saber son: Conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad, punibilidad y condicionalidad objetiva.

Ahora analizaremos cada uno de los elementos citados:

a) Conducta: La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

La conducta como elemento del delito y en este sentido como género de la acción y de la omisión tiene mayor o menor alcance según las distintas teorías del delito.

Existen diversas corrientes doctrinarias que tratan de definir a la teoría de la acción y las más importantes son: La teoría causal de la acción y la teoría final. Por lo que daremos un breve resumen de lo que señala Enrique Bacigalupo al respecto: Este autor nos menciona que "los seguidores de la teoría causal de la acción han reducido la estructura de la acción a un mero suceso causal productor de un resultado; causación de una transformación en el mundo exterior proveniente de un movimiento corporal voluntario. Por lo tanto, han separado el concepto de acción al aspecto vinculado con el de la

causalidad por la voluntad hacia un fin anticipado por el autor. De esta manera la descripción típica se agotará en la causación del resultado; la antijuridicidad será simplemente el resultado no justificado; mientras que la voluntad dirigente de la causalidad y su dirección al resultado (dolo) o no (culpa) será la culpabilidad."¹⁰

Esta teoría trata a la acción como factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención que llevó al sujeto a cometerla. De la acción sólo importa si el comportamiento movido por la voluntad, causó el resultado y no así, si la voluntad iba dirigida a éste.

A la acción se le considera como un hacer voluntario, pero en esa voluntad no hay contenido; es decir, no contempla el actuar lleno de sentido, ni la simple producción de dicha actuación referida al mundo exterior, a la que se llama resultado.

Por lo que podemos concluir que para esta teoría la acción es un movimiento hecho con voluntad de moverse, y que causa un resultado.

Para la teoría finalista, "La acción se define como una actividad humana final, la descripción contraria a la norma tendrá que alcanzar también a la dirección final y no de la acción del resultado. Por ello este elemento es ya parte de la adecuación típica y no de la culpabilidad; la justificación no quedará reducida a que sólo el resultado aparezca cubierto por una causa de justificación: se requerirá también un obrar sobre la base de la justificación; la culpabilidad por último, no será una categoría reservada para la descripción de

¹⁰ Bacigalupo, Enrique; Lineamientos de la Teoría del Delito. Buenos Aires, Argentina. Depalma 1978, pp. 25-26.

los elementos subjetivos del comportamiento (que ahora son elementos de lo injusto), si no que consistirá en la reprochabilidad al autor." "

Para esta corriente la acción es un comportamiento anticipado mentalmente, de carácter conciente; es decir, el agente para cometer el hecho delictivo piensa el ilícito y realiza la conducta delictiva, por que su voluntad lleva un fin y éste es el último acto que provoca la aparición del delito. La voluntad lleva un contenido, la intención de cometer el ilícito, el propósito de llegar a algo.

Es preciso hacer notar que la diferencia entre la teoría causalista y la teoría finalista de la acción estriba en que en la primera se considera a la acción como un producto causal y mecánica; en cambio la segunda determina la dirección o propósito a ese producto causal, es decir existe una voluntad orientada en determinado sentido.

Pasaremos a estudiar el segundo elemento del delito.

b) Tipicidad: La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, el fundamento de este elemento del delito lo tenemos en el artículo 14 Constitucional que establece en forma expresa: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata"; lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos

¹¹ IBIDEM p.27.

penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto

La importancia de la tipicidad es fundamental, ya que si no hay una adecuación de la conducta al tipo penal, podemos afirmar que no hay delito.

Para concluir expresaremos que por más inmoral o antisocial que se considere cualquier hecho, si no se encuentra en un tipo penal, no será un delito; lo anterior atendiendo al principio de legalidad establecido en el artículo 14 Constitucional ya señalado.

Ahora toca el turno al elemento de la antijuridicidad.

c) Antijuridicidad: Decimos que a la antijuridicidad la podemos considerar como un elemento positivo del delito, por que lo antijurídico es lo contrario al Derecho y por tanto cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito.

De esta forma se considera a la antijuridicidad como el choque de la conducta contra el orden jurídico, el cual tiene además del orden normativo, los preceptos permisivos, como son las causas de justificación.

Ahora bien a la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se le llama antijuridicidad formal. La antijuridicidad no se agota, sin embargo, en esta relación de oposición entre acción y norma, si no que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de antijuridicidad material.

Antijuridicidad formal y material no son si no aspectos del mismo fenómeno.

Una contradicción puramente formal entre la acción y la norma no puede ser calificada de antijurídica, como tampoco puede ser calificada como tal la lesión a un bien que no esté protegido por la norma que infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se de esa ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de antijuridicidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción

Fernando Castellanos nos dice: "Antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo".¹²

d) Culpabilidad: Para que un hecho sea delictuoso se requiere además de típico y antijurídico que sea culpable. Esto significa que pueda reprocharse al sujeto el haber obrado contrariamente a lo establecido por la norma. De este modo, se dice que el sujeto actúa con culpabilidad cuando se le puede llamar la atención o reprochar el haber violado ese precepto legal.

Fernando Castellanos nos dice que "La culpabilidad es rebeldía subjetiva con el orden jurídico, es el nexa intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto, de conformidad con la teoría psicologista; según la normativista, la culpabilidad consiste en el juicio de reproche de una conducta antijurídica, a la luz de las normas del deber. Se manifiesta la culpabilidad en dos formas: dolo y culpa. En el dolo el sujeto conociendo la antijuridicidad de su conducta, quiere realizar el hecho delictuoso; hay una franca oposición al derecho. En el obrar culposo la persona no quiere producir el resultado, se produce en el

¹² Castellanos, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 30a. Edición, México, Porrúa, S.A., 1991, p. 178.

menosprecio de los intereses de los demás mediante un actuar imprudente, negligente, irreflexivo, imperito, etc." ¹³

Es importante hacer mención de lo que a este respecto señala el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 9º:

"Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."

Por lo que podemos concluir que para la imposición de una pena, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico, pues existen determinados casos en los que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de responsabilidad penal. Lo anterior demuestra que junto a la tipicidad y a la antijuridicidad debe darse otro elemento del delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena. Este elemento es la culpabilidad.

e) Imputabilidad: Para ser culpable un sujeto es preciso que antes sea imputable, si en la culpabilidad intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de conocer y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce.

¹³ IBIDEM p. 234.

La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

Cuando falta la capacidad de comprensión y de determinación nos encontramos en el caso de la inimputabilidad y tal elemento negativo del delito se encuentra contemplado en el artículo 15 del Código Penal en su fracción VII y que a la letra dice:

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

"VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible".

Por lo anterior podemos decir que imputabilidad es la capacidad condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión.

f) Punibilidad: La conducta, antijurídica y culpable debe ser punible para constituir delito. Esto significa que debe estar amenazada por una pena. La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.

Fernando Castellanos " nos da tres conceptos de punibilidad:

"1.- Merecimiento de penas;

2.- Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y

3.- Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley."

Respecto a la punibilidad como elemento del delito. Algunos autores sostienen diversas posturas; así, para unos es un auténtico elemento del delito y para otros no. Hay que recordar que nuestro Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 7º enuncia; "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales." Por lo que se observa que este precepto exige explícitamente la pena legal. Aunado a lo anterior debemos de tomar en cuenta a las excusas absolutorias; pues la conducta que realiza el que tiene a su favor una excusa absoluta, es típica, antijurídica y culpable, pero no se le aplica sanción alguna debido a la presencia de la excusa absoluta.

Por lo que se concluye que la punibilidad si es un elemento del delito, pues como ya se dijo delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales y por tanto una conducta que no está sancionada por la ley no se puede decir que constituya un delito.

g) Condicionalidad Objetiva: La condicionalidad objetiva de punibilidad no pertenece a lo injusto ni tampoco pertenece a la culpabilidad, pero condiciona la punibilidad. Opera con relación a todas las personas que han participado en el

¹⁴ Castellanos, Fernando; Ob. Cit. p. 275.

hecho. El legislador recurre a las condiciones objetivas de punibilidad para limitar el ámbito de la punibilidad de ciertos delitos.

La condicionalidad objetiva está constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que se pueda perseguir el delito. Algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad o perseguibilidad, mientras que para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles, y para otros más constituyen un auténtico elemento del delito.

En realidad, las condiciones objetivas son, elementos del tipo; a veces tienen que ver con la intencionalidad del sujeto, otras con aspectos referentes a la perseguibilidad, etc. Un ejemplo de condición objetiva es la siguiente: para que la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 310 del Código Penal para el Distrito Federal opere en beneficio del sujeto activo se requiere que el delito sea cometido en circunstancias que atenúen su culpabilidad; como lo menciona textualmente dicho artículo.

Podemos citar también lo que señala el artículo 388 bis del mismo Ordenamiento Legal que establece: "El que se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de eludir las obligaciones a su cargo con respecto a sus acreedores, se le impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa"; por lo que para su punibilidad se requiere además, que el sujeto activo se coloque en estado de insolvencia; sólo entonces determina el Código Penal la punibilidad de la realización de ese hecho típico, antijurídico y culpable que mencionamos. Por que de lo contrario no se encuadraría el tipo penal si el deudor no se coloca en estado de

insolvencia por lo que estamos de acuerdo con los autores que señalan que la Condicionalidad Objetiva es un requisito de procedibilidad.

Con esto terminamos el análisis de los elementos del Delito de acuerdo a la teoría Heptatómica por lo que pasamos a estudiar la clasificación de los delitos.

C. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS.

La clasificación de los delitos varía de acuerdo con los principios de división que adopten. Podemos, sin embargo citar la clasificación de los delitos por autor; y así tenemos:

Arilla Bas Fernando ¹⁴ los clasifica en cuatro grupos: 1.- Por su gravedad objetiva, 2.- Por su naturaleza intrínseca, 3.- El bien jurídico lesionado y 4.- Los presupuestos o elementos generales del delito.

En cuanto a las clasificaciones que hace este autor respecto de los delitos en este inciso sólo estudiaremos las marcadas con los números 2 y 3, lo anterior debido a que la marcada con el número 1 se estudiará en el siguiente inciso de este capítulo y la número 4 fue objeto de estudio del inciso anterior.

1.- Por lo que este autor al clasificar a los delitos de acuerdo a su naturaleza intrínseca los divide en:

a) Los delitos comunes: Son aquellos cuya ejecución lesiona bienes jurídicos de los gobernados.

¹⁴ Arilla Bas Fernando; Ob. Cit. p. 231-234.

b) Delitos Políticos: Para diferenciar el delito político del común, se han recurrido a tres criterios: subjetivo, que atiende únicamente al móvil político, inspirador del sujeto activo; objetivo que se inspira en la naturaleza del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito; y mixto que participa de ambos.

Pensamos que el único criterio aceptable es el objetivo, pues el delito, en todo caso se caracteriza por dañar o poner en peligro un bien jurídico de cualquier clase y titular, resulta inconcluso que las conductas que no afectan a bienes jurídico-políticos del Estado no merecen en realidad, clasificación de políticos. El magnicidio que acostumbra citarse por cierto sector de la doctrina, como delito político de carácter subjetivo, en nada afecta al régimen político del Estado. Las constituciones señalan el modo y vía de sustituir al Jefe del Estado en caso de falta definitiva, cualquiera que sea la causa. El delito político constituye la conducta orientada finalísticamente a cambiar el régimen político, por vías prohibidas constitucionalmente.

En México, los delitos políticos se definen con criterio objetivo. El artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal incluye como tales, los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos.

Los delincuentes políticos gozan, por otra parte, en México de un tratamiento penal privilegiado. Están exentos de ser extraditados y de ser sancionados con la pena de muerte.

Así también las penas impuestas por delitos políticos no causan reincidencia y pueden, además, ser conmutadas ya sea por confinamiento o por

multa de acuerdo a lo establecido por el artículo 73 del Código Penal para el Distrito Federal.

c) Delitos sociales: Son los cometidos con la finalidad de producir una perturbación o cambio a la estructura económica o social de la colectividad.

El terrorismo constituye una modalidad intrínseca del delito. El terrorismo, cuya finalidad es esencialmente la de aterrorizar a la comunidad, lesiona un bien jurídico propio: La seguridad colectiva, diferente de las estructuras política y económica social.

d) Delitos religiosos: Que son de naturaleza intrínseca diferente de los comunes, políticos y sociales, admitieron históricamente dos formas: delitos de religión que son violatorios de los deberes del hombre para con su Dios y los delitos contra la religión violatorios de los deberes del ciudadano para con la religión del Estado.

2.- Por el bien jurídico lesionado: es decir los intereses jurídicamente tutelados, varían de acuerdo con las valoraciones prejurídicas llevadas a cabo por los titulares del órgano legislativo. Ahora bien, Fernando Arilla Bas nos dice, los intereses jurídicamente protegidos se titularizan en la persona física o moral esta última de derecho público o de derecho privado, o en la colectividad. Los bienes jurídicos personales son numerosos, en tanto que los colectivos se reducen generalmente a uno sólo: la seguridad colectiva.

Ahora estudiaremos la Clasificación de los Delitos que hace el autor Juan del Rosal.¹⁶

Este autor clasifica los delitos de la siguiente manera: 1.- En cuanto a su gravedad, 2.- Por su esencia, 3.- En razón a la ley que infringe, 4.- Por su resultado, 5.- Por el instante de su descubrimiento y 6.- Por el ejercicio de la acción persecutoria.

1.- Por lo que respecta a la clasificación que hace en cuanto a su gravedad, será objeto de estudio del inciso siguiente del presente capítulo.

2.- Por su esencia: Esta clasificación reviste gran importancia por su criterio diferenciador del bien jurídico infringido; desde el punto de vista técnico y dogmático por lo que se divide en:

a) Delitos personales: Que son aquellos que lesionan o ponen en peligro valores de la persona particular.

b) Delitos políticos: Son los que atentan o ponen en peligro el orden político de una comunidad, bien en su aspecto externo: delitos contra la independencia del Estado, su seguridad exterior, integridad del territorio; etc. o interno: contra el jefe del estado, su forma de gobierno, cuerpos legisladores, etc.

Este autor concluye diciendo que el *quid proprium* del delito político ha querido hayarse en:

- El fin o propósito del agente (posición subjetiva, escuela positivista y doctrina francesa).

¹⁶ cFR. Rosal, Juan del; Treatado de Derecho Penal Español, 3a. Edición, vol. I, Madrid España., Artes Gráficas, 1978, pp. 555-562.

- En la naturaleza del bien jurídico lesionado posición objetiva: forma la communis opinio).

- El bien jurídico lesionado combinado con los móviles del autor (posición objetivo subjetiva).

3.- En razón de la ley que infringen: Puede dividirse en dos sectores: a) delitos comunes y b) delitos especiales.

Los primeros son tipificados en el Código Penal común; en tanto que los segundos para este autor son los que están regulados en la amplia legislación penal especial, que presenta características propias.

La división de delitos en comunes y especiales entraña una separación formal como sustancial. De las primeras infracciones son sujetos del delito todos los súbditos de la nación. De los segundos, determinadas personas (militares, eclesiásticos, etc.), o bien por las especiales cualidades que concurren de los individuos, o por las singulares situaciones jurídicas en que se encuentran las personas e incluso por razón del espacio o el tiempo en que se han efectuado las reacciones humanas.

4.- Por su resultado:

a) Materiales o formales: Delito material quiere decir con producción de resultado tangible. En tanto que los formales carecen de resultado, en razón a que se da coetáneamente la manifestación de voluntad y aquél. Por tanto, dice el autor Juan del Rosal, en los primeros se da una conexión causal entre la manifestación de voluntad y el resultado; inexistente en los últimos en la forma cronológica en que aparecen en los primeros.

Por eso se habla de la existencia de delitos en los cuales la manifestación de voluntad y el resultado aparecen teóricamente en distinta unidad de tiempo: los casos de homicidio por disparo de arma de fuego (delitos materiales); otro grupo, en los que la ofensa y el daño están unidos (formales) los casos de falsedad de declaración, portación de arma prohibida; y tercero los llamados delitos materiales stricto sensu, en los que tenemos un intervalo de tiempo entre la manifestación de la voluntad y el resultado: lesiones por envenenamiento, por ejemplo.

b) Lesión y peligro: Todo delito ocasiona un daño, bien efectivo o real, o tan sólo constituye la puesta en peligro, de los intereses protegidos por la ley en favor de cada persona o de la colectividad.

En los delitos de lesión existe un daño inmediato o directo que consiste en la violación ocasionada a cualquier interés protegido, traducido en un mal material o moral.

En los delitos de peligro se da un daño mediano o indirecto, es decir, no pasa de ser un menoscabo a la seguridad del orden jurídico.

5.- Por el instante de su descubrimiento: En la presente clasificación entran más bien aspectos procesales que penales. De modo que gozan de importancia accesoria, y se dividen en:

a) Flagrantes: Los cuales son descubiertos en el momento de su perpetración. El autor Juan del Rosal nos dice que delito flagrante es el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos.

b) No flagrante: Nos dice este autor que son por exclusión todos los demás.

6.- Por el ejercicio de la acción persecutoria: Esta clasificación atiende según este autor a la clasificación de los delitos perseguibles de oficio, y a instancia de parte, por lo que se divide en:

a) Delitos de carácter privado: Son aquellos en los cuales la titularidad la ejerce el particular y cuya pretensión está enmarcada por determinados requisitos de procedibilidad. Como ejemplo de ellos nos enuncia este autor a: Calumnias, Adulterio, Violación, Estupro, etc.

b) Delitos de carácter público son aquellos en los cuales la acción se ejerce por el Ministerio Público, como representante de la ley.

El autor Francisco Pavón Vasconcelos ¹⁷ hace una clasificación de delito en orden a los sujetos:

1.- Respecto al sujeto pasivo nos dice, los delitos se dividen en:

a) Personales: Cuando la lesión recae sobre una persona física.

b) Impersonales: Cuando dicha lesión recae sobre una persona moral, el Estado o la Sociedad en general. Ejemplos: Traición a la Patria, Motín, etc.

Nos dice este autor, que con referencia al sujeto activo y tomando en consideración la calidad y número de los que intervinieron en su comisión, los delitos pueden clasificarse:

2.- En razón de la calidad del sujeto:

¹⁷ CFR. Pavón Vasconcelos, Francisco., Manual de Derecho Penal Mexicano, 6a edición, Porrúa, S.A., p.p. 168-169.

a) Delitos de sujeto común o indiferente: En estos delitos la ley no destaca algún carácter respecto de los sujetos por lo que permite su comisión por cualquier persona.

b) Delitos exclusivos, propios o de sujeto cualificado: En los cuales, se exige la concurrencia en el sujeto, de una determinada cualidad o relación personal, de tal manera que únicamente quienes la reúnen pueden realizarlos; ejemplos: Peculado, Incesto, etc.

3.- En razón al número de sujetos: Este autor los divide en:

a) Delitos monosubjetivos: En los que el esquema legal permite la comisión de la conducta o del hecho por una sola persona, y

b) Delitos plurisubjetivos: Los cuales, según este autor, sólo pueden realizarse con el concurso necesario de varios sujetos.

4.- Y así este autor refiriéndose a las condiciones del sujeto activo los divide en:

a) Delitos ocasionales: Son aquellos cometidos por sujetos de personalidad normal y equilibrada en los cuales las dificultades para cometer el delito se han superado excepcionalmente por una causa externa de considerable importancia.

b) Delitos de hábito: Son los cometidos por personas en las cuales se han atenuado las dificultades para cometer el delito y por ello se inclinan fácilmente a repetirlo.

El autor que nos hace una clasificación más completa de los delitos es Fernando Castellanos ¹⁹ quien los divide de la siguiente manera: 1.- En función

¹⁹ CFR, Castellanos, Fernando; Ob. Cit. pp. 135-146.

de su gravedad, 2.- Según la conducta del agente, 3.- Por su resultado, 4.- Por el daño que causan, 5.- Por su duración, 6.- Por el elemento interno o culpabilidad, 7.- Delitos simples y complejos, 8.- Unisubsistentes y plurisubsistentes, 9.- Unisubjetivos y plurisubjetivos, 10.- Por la forma de su persecución, 11.- Delitos comunes, federales, oficiales, militares y políticos y 12.- Clasificación legal.

1.- Como lo hemos mencionado reiterativamente, por lo que respecta a la clasificación de acuerdo a su gravedad será objeto de estudio del inciso siguiente de este capítulo.

2.- Según la conducta del agente: Se divide en:

a) De acción: Que son los que se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva.

b) De omisión: Consisten en la no ejecución de algo ordenado por la ley, se infringe una ley dispositiva.

Los delitos de omisión suelen dividirse en delitos de simple omisión y de comisión por omisión, también llamados delitos de omisión impropia.

Los delitos de simple omisión o de omisión propiamente dichos, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con la independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión misma.

Los delitos de comisión por omisión o impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce un resultado material.

En los delitos de simple omisión, nos dice este autor, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal, mientras en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material. En los primeros se viola una ley dispositiva; en los de comisión por omisión se infringe una dispositiva y una prohibitiva.

3.- Por su resultado: Según el resultado que produce se clasifican en formales y materiales. A los primeros también se les denomina delitos de simple actividad o de acción; a los segundos se les llama delitos de resultado.

Los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal y en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca un resultado externo. Son delitos de mera conducta; se sanciona la acción (u omisión) en sí misma.

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la producción de un resultado objetivo o material.

4.- Por el daño que causan: Con relación al bien jurídico protegido por la ley, los delitos se dividen en delitos de lesión y de peligro. Los primeros consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada, como el homicidio, el fraude, etc.; los segundos

no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.

5.- Por su duración: Los delitos se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

Nuestro Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 7º sólo alude a tres especies de delitos en función de su duración: instantáneo, permanente o continuo y continuado.

Instantáneo: cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos. Ejemplos: homicidio y robo.

Instantáneo con efectos permanentes: Es aquél cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un sólo momento pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo. En el homicidio, por ejemplo, se destruye instantáneamente el bien jurídico de la vida y la supresión del mismo, consecuencia de la conducta que perdura para siempre.

Continuado: Cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viole el mismo precepto legal.

Permanente: Cuando la consumación se prolonga en el tiempo. Este se ha identificado con el continuo.

6.- Por el elemento interno o culpabilidad: Teniendo como base la culpabilidad, los delitos se clasifican en dolosos y culposos.

Al respecto el artículo 9º del Código Penal para el Distrito Federal establece: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

"Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."

7.- Delitos simples y complejos: En función de su estructura y composición, los delitos se clasifican en simples y complejos.

Nos dice Fernando Castellanos, llámase simples aquellos en los cuales la lesión jurídica es única, como el homicidio. En ellos la acción determina una lesión jurídica inescindible.

Los delitos complejos son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya función da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a los que la componen, tomadas aisladamente ejemplo Robo cometido en casa habitación, aquí se unen dos delitos, el robo y el allanamiento de morada.

8.- Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes: Por el número de actos integrantes de la acción típica, los delitos se denominan unisubsistentes y plurisubsistentes; los primeros se forman por un sólo acto, mientras que los segundos constan de varios actos.

9.- Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos: Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo; como ejemplos tenemos: el homicidio, el robo, la violación, etc.; que son delitos que pueden ser cometidos por una sola persona, es decir, son delitos unisubjetivos. El adulterio, al contrario, es un delito plurisubjetivo, por requerir, necesariamente, en virtud de la descripción típica, la concurrencia de dos conductas para integrar el tipo; asimismo la asociación delictuosa, en donde se exige típicamente el concurso de tres o más individuos.

10.- Por la forma de su persecución: Nos dice Fernando Castellanos que, como una reminiscencia del periodo de la venganza privada, se conserva en las legislaciones un grupo de delitos que sólo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes. Estos delitos son llamados privados o de querrela necesaria, cuya persecución sólo es posible si se lleva el requisito previo de la querrela de la parte ofendida.

Los delitos perseguibles de oficio son todos aquellos en los que la autoridad, previa denuncia está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables con independencia de la voluntad de los ofendidos. Consecuentemente, en los delitos perseguibles de oficio no surte efecto alguno el perdón del ofendido a la inversa de lo que ocurre en los de querrela necesaria.

11.- En función de la materia: En función de la materia se dividen en:

a) Delitos comunes: Son aquellos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales.

b) Delitos federales: Son aquellos que se establecen en leyes dictadas por el Congreso de la Unión.

c) Delitos oficiales: Son los que comete un empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones (o mejor dicho en abuso de ellas).

d) Delitos del orden militar: Son aquellos que afectan la disciplina del Ejército. La Constitución General de la República en el artículo 13, prohíbe a los Tribunales Militares extender su jurisdicción a personas ajenas al Instituto Armado.

e) Delitos políticos: Nos dice este autor que se incluyen en estos todos los hechos que lesionan la organización del Estado en sí misma o en sus órganos o representantes.

12.- Clasificación legal: El Código Penal de 1931, en el libro segundo, reparte los delitos en 24 títulos, que a saber son:

Delitos contra la Seguridad de la Nación, Delitos contra el Derecho Internacional, Delitos contra la Humanidad, Delito contra la Seguridad Pública, Delito en materia de Vías de Comunicación y de Correspondencia, Delitos contra la Autoridad, Delitos contra la Salud, Delitos contra la Moral Pública y las Buenas Costumbres, Revelación de Secretos, Delitos cometidos contra la Administración de Justicia, Responsabilidad Profesional, Falsedad, Delitos

contra la Economía Pública, Delitos Sexuales, Delitos contra el Estado Civil y Bigamia, Delitos en materia de Inhumaciones y Exhumaciones, Delitos contra la Paz y la Seguridad de las Personas, Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal, Delitos contra el Honor, Privación Ilegal de la Libertad y otras Garantías, Delitos en contra de las Personas en su Patrimonio, Encubrimiento.

Por lo anteriormente visto, nos hemos dado cuenta de que existen innumerables clasificaciones respecto del Delito y que cada autor realiza desde diferentes puntos de vista por lo que consideramos que la clasificación que hace el autor Fernando Castellanos es la más completa y aplicable.

D. LOS DELITOS GRAVES.

1.- EN LA DOCTRINA

Ahora bien hablaremos sobre los Delitos Graves y decimos que se han hecho diversas clasificaciones al respecto, pero las más importantes son:

La división Bipartita en la que se distinguen los delitos de las faltas; la clasificación Tripartita que nos habla de crímenes, delitos y faltas o contravenciones.

Por lo que analizaremos cada una de ellas comenzando con la clasificación Tripartita.

a) TEORÍA TRIPARTITA.

Desde tiempos muy antiguos existe la propensión a clasificar los delitos por su gravedad, generalizándose durante los siglos XVII y XVIII una división tripartita con penas y jurisdicciones correspondientes a cada una de sus categorías.

En el Derecho Romano anterior a la Era Cristiana, nos señala el autor Ignacio Villalobos,¹⁹ que se distinguían los crímenes, ofensas públicas, de los delitos que no eran si no deslices o faltas en el orden de las relaciones privadas o individuales. En Francia, tomando el efecto como causa, se consignó en las

¹⁹ CFR. Villalobos Ignacio; Ob. Cit. p. 228.

leyes la clasificación expresada, el origen de esta disposición, nos dice este autor, se remonta a la época de las luces en que se quiso distinguir entre crímenes, dirigidos contra los derechos naturales del hombre; delitos, tan sólo contra los derechos nacidos del contrato social; y simples contravenciones de policía. Se han dado varias explicaciones para justificar esta clasificación, refiriéndose algunas al elemento material de antijuridicidad por que es un ilícito contra la organización social en sí o contra el orden administrativo; otras se refieren al elemento moral o psicológico considerando el crimen como un acto doloso, el delito cometido por culpa y la contravención como infracción puramente material; y otras más se refieren al elemento legal: Crímenes o delitos contra la ley y contravenciones o faltas contra los reglamentos de policía. Ninguna era satisfactoria y sólo sirvieron estos estudios para señalar una mayor justificación para la división bimembre propuesta por los Italianos.

La clasificación tripartita tiene actualmente pocos partidarios y es criticada severamente desde el punto de vista científico, los propios autores franceses la censuran. Aún cuando se le reconoce utilidad práctica, se le reprocha la inversión del orden natural, es decir, en vez de derivar la gravedad de las acciones de la naturaleza del hecho en sí, deduce la gravedad de la pena, sin inquietarse en absoluto de la inmoralidad del hecho.

En conclusión podemos decir que en esta división se consideran crímenes los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; como delitos las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad; por faltas o contravenciones, las infracciones a

los reglamentos de policía y buen gobierno. En México carece de importancia esta división.

b) TEORÍA BIPARTITA

Como ya lo mencionamos frente a la clasificación tripartita se dio la clasificación bipartita, también de antiguos precedentes fundamentalmente en el derecho germánico, que divide los hechos en delitos y contravenciones. En favor de esta división, nos dice el autor Rafael Márquez Piñero, ²⁰ se argumenta que entre los crímenes y delitos no hay diferencia esencial, si no absolutamente de cuantía, en tanto que entre delitos y contravenciones hay diversidad de naturaleza y de cualidad. Los delitos son infracciones inspiradas por una intención maliciosa, vulneradoras de intereses individuales o colectivos y su represión es realizada en similares condiciones por todos los pueblos. A su vez, las contravenciones son hechos distintos, por lo general carentes de inmoralidad, perpetrados normalmente sin perversidad, constitutivos de un simple peligro para el orden jurídico y que se sancionan a título preventivo.

En suma podemos decir que la diferencia entre delito y contravención es de carácter cualitativo. Al hacer una comparación entre delito y contravención encontramos que el delito afecta a la seguridad social y la contravención a la prosperidad; el delito lesiona un derecho subjetivo y la contravención la norma creada por razón de mayor utilidad social; el delito importa siempre una lesión y la contravención ordinariamente un peligro, el delito transgrede las condiciones

²⁰ CFR. Márquez Piñero, Rafael; Ob. Cit. P. 137.

permanentes y fundamentales de la existencia social y la contravención transgrede las condiciones secundarias y complementarias; el delito viola la norma jurídica y la contravención la desobedece; el delito lesiona bienes jurídicamente protegidos y la contravención lesiona intereses de carácter administrativo.

"El Código Penal Mexicano de 1871 adoptó la clasificación bipolarita de los delitos en cuanto a su gravedad y así mismo el que actualmente nos rige, considerando que las faltas no son materia que deba reglamentar, ocupándose tan sólo de los delitos, entendidos según lo que establece el artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal ya mencionado." "

Es importante hacer notar que nuestro sistema legal no ha escapado a la confusión reinante, en cuanto a definir la naturaleza de las faltas. El artículo 21 Constitucional distingue los delitos de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, y encomienda la persecución de los delitos al Ministerio Público y a la Policía Judicial y su sanción a la autoridad judicial, en tanto que las segundas atañen sólo a las autoridades administrativas.

²¹ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 5a Edición, Tomo II, México; Porrúa S.A. p. 882.

2.- LOS DELITOS GRAVES EN LA LEY

Este término lo encontramos primeramente en la Constitución en el segundo párrafo del artículo 108 que establece que el Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común. La Constitución entiende como distintos tanto a los delitos graves del orden común como a los denominados simplemente delitos comunes pero sin que los determine o de algún concepto de ellos.

"La frase delitos e infracciones graves proviene de la tradición jurídica inglesa que se remonta al juicio de responsabilidad incoada en contra de Earl of Suffolk en 1386. A partir de entonces, los delitos más habituales para fincar responsabilidad han sido malversación de fondos, negligencia en el deber y violación de las prerrogativas del parlamento. Según William Blackstone, la frase de delitos graves comprendía a las llamadas felonías y a las infracciones graves. Los inculcados de felonías eran susceptibles de recibir la pena de muerte."²²

Como ya lo mencionamos, la problemática del presente tema se reduce a determinar la gravedad de los delitos. Por lo que no encontramos ni en la ley ni en la jurisprudencia concepto alguno de los Delitos Graves.

Esta laguna que encontrábamos en la ley se ve subsanada con la Reforma por el Artículo Tercero del Decreto publicado en el "Diario Oficial" de

²² IBIDEM p. 882.

10 de enero de 1994, que entró en vigor el día primero de febrero del mismo año, al artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y de esta manera en el cuarto párrafo del inciso c) del artículo citado, se establece en forma expresa que:

"Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves, los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero, terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero, sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero, evasión de presos previsto en el artículo 150 con excepción de la primera parte del párrafo primero y 152, ataques a las vías de comunicación previsto en el artículo 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287, homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 excepto los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafo segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracción VIII, IX y X y 381 bis; extorsión previsto en el artículo 390 todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal".

Decreto que ha dejado precisado cuales son los delitos graves quedando así subsanada la laguna que había en la ley.

Herrera y Lasso ofrece una clasificación útil de los delitos contemplados por la Constitución. Según este autor los delitos se clasifican en:

"1.- Gravísimos y muy graves, si merecen la pena de muerte (artículo 22 Constitucional)."

"2.- Graves, si el inculpado no goza de la garantía de la Libertad Caucional (artículo 20 fracción I de la Constitución)."

"3.- Menos graves, si el inculpado puede acogerse a la garantía de la Libertad Caucional." "

Antes de analizar la Libertad Provisional Bajo Caución y La Tentativa creemos que es de gran importancia hacer una observación; respecto de la inquietud que nos llevó a realizar el presente trabajo.

Los Delitos Graves como ahora se encuentran bien definidos en la ley son tomados en cuenta en dos momentos muy importantes del procedimiento penal como son: 1) En la procedencia de la Libertad Provisional Bajo Caución y 2) Al momento de dictar sentencia.

Lo importante aquí es el primer punto referente a la Libertad Provisional Bajo Caución pues como ya se dijo reiterativamente se establece en forma clara cuales son los delitos graves y por consiguiente en cuanto a la procedencia de la Libertad Provisional Bajo Caución se establece que sólo se otorgará la libertad cuando no se trate de delitos que la ley considere como graves.

²³ IBIDEM, p. 882.

Pero hay una situación muy distinta cuando se trata del grado de tentativa de estos delitos considerados como graves, pues la ley no dice nada expresamente respecto del grado de tentativa. Y en la práctica algunos Jueces otorgan la Libertad Provisional Bajo Caución cuando se trata de Tentativa y otros por el contrario la niegan y establecen que la Tentativa de delito grave aunque no haya sido consumado se puso en peligro un bien jurídicamente tutelado y que además que el delito es considerado como grave en la ley. Pero estas resoluciones son a criterio del Juez pues no existe fundamento legal alguno que establezca que procede o no la Libertad Provisional Bajo Caución en la comisión de delitos graves en grado de tentativa. Y tomando en cuenta que en materia penal no se puede utilizar la interpretación de conformidad con el artículo 14 Constitucional las resoluciones de los Jueces respecto a la procedencia o improcedencia de la Libertad Provisional Bajo Caución son violatorias a las garantías constitucionales de los procesados pues sus resoluciones deben ser de acuerdo a la ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Por lo anterior es preciso hacer un análisis detallado de la Libertad Provisional Bajo Caución y de la Tentativa.

Por lo que en el siguiente capítulo hablaremos de la Libertad Provisional Bajo Caución.

CAPITULO II.

LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION.

- A.-Reseña Histórica de la Libertad Provisional Bajo Caución
- B.- Su Reglamentación en la Constitución
- C.- Su Reglamentación en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal
- D.-Requisitos para su procedencia
- E.-Trámite para obtener la Libertad Provisional Bajo Caución

CAPITULO II

LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

A. RESEÑA HISTÓRICA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

El tema de nuestro estudio se refiere a la garantía que regula la Constitución en su artículo 20 fracción I, por lo que haremos un estudio de la misma iniciando por el Derecho Romano.

1.- EL DERECHO ROMANO.

En un principio el Derecho Romano consideraba que todo delito cometido era un atentado contra la divinidad porque provocaba la cólera divina de ahí que la pena corriente fuera la consagración del delincuente a los Dioses.

La pena en un principio se mostró como el castigo al atentado contra la divinidad consistente generalmente en la eliminación o expulsión del culpable del núcleo social a que pertenecía.

Con el transcurso del tiempo y con el crecimiento de las tribus, la pena ya no es considerada como un atentado contra la divinidad, ya que la imposición de ésta corresponde exclusivamente al Jefe del grupo, es decir, al Pater Familias. ²⁴

²⁴ CFR. Peña Guzmán, Luis Alberto; Derecho Romano. Buenos Aires, Argentina; Tipografía, 1962, p. 560.

Luis Alberto Peña Guzmán nos señala que la pena era considerada como un castigo público lo que significaba que debía estar consagrada por la ley y se hacía efectiva por medio de los órganos del Estado. Como consecuencia de tal evolución se establecieron penas de diversos tipos que consistían tanto en sanciones pecuniarias como corporales y morales, que se aplicaban con mayor o menor rigidez, según cual fuera el tipo de crímenes que se debía castigar y tomando en consideración la condición social del sentenciado, así como el momento social y político por el que atravesara Roma, de esta manera aumenta la pena de prisión con o sin trabajos forzados, ya aplicados a los delitos privados de tal suerte que numerosos delitos de real gravedad fueron sancionados sólo con multas, como los ultrajes al pudor, la usura, el acaparamiento de productos alimenticios, el juego y los manejos ilícitos para obtener votos.²⁵

Ahora hablaremos sobre las acciones que se realizaban para obtener el cumplimiento de las obligaciones, es decir, la composición pecuniaria, así encontramos entre otras las Acciones Penales que eran aquellas en las que el lesionado buscaba la imposición de una pena de carácter económico.

Por lo que si eran varios los autores del delito cada uno de ellos debía pagar la pena entera; estas acciones no podían ser pagadas por sus herederos, ya que la sanción se imponía exclusivamente al autor del delito.

También se regulaban las acciones penales que se dan como noxales, esto quiere decir que cuando el delito ha sido cometido por una persona sujeta a

²⁵ CFR. IBIDEM, p. 560.

Potestad, o bien, éste era un esclavo, la acción penal se dirigía contra el Pater Familias y éste tenía la posibilidad de librarse del pago entregando al culpable con el ofendido.

Alvaro D'ors nos señala que las acciones nacidas del delito suelen ser privadas, en el sentido de que sólo la parte interesada puede promoverlas, pero sin embargo algunas acciones pretorias son populares, ésto es, que pueden promoverlas cualquier persona, en algunos casos el mismo delito puede dar a una acción privada y a un juicio público.²⁶

En Roma se admitía la libertad provisional a excepción de los casos siguientes: imputados, confesos o sorprendidos en flagrancia, reos de crímenes públicos o notorios de lesa majestad o de otros delitos graves, bandidos, podía concederse sólo contra caución o fianza.

Así encontramos que la caución en Roma se regulaba en las XII Tablas específicamente en el libro XI que nos dice:

"Caución es el acto por el cual da el reo al actor o este al reo una seguridad."²⁷

Por tanto la caución que se le exige al reo, es la llamada *Judicio Sisti* (de presentarse en juicio), esto quiere decir que permanecerá en él hasta el fin del pleito y no eludirá con la ausencia.

De manera similar la palabra caución significaba el documento escrito, o sea, las tablillas en la que se expresa el acto de la caución verbal promisoría

²⁶ CFR. D'ors, Alvaro: *Derecho Privado Romano*. Pamplona, España., Ediciones Universidad de Navarra, 1968, p. 347.

²⁷ D.J.R. Correcciones de Ricardo Ovidio, *Manual de la Legislación Romana*, París, Francia., 1869, p. 255.

prestada; el redactar por escrito la caución es por sí mismo considerado ya un acto de caución puesto que es constituir la prueba de la caución existente.

La misma tabla XI nos señala que la caución se exigía por que al Estado le importaba que los juicios no fueran ilusorios y que los ciudadanos no fueran vejados con pleitos injustos.

Asimismo la tabla IV nos dice que : "para un rico sólo otro rico puede ser vindex (especie de responsable que hacía suya la causa), más para un proletario que pueda ser el que quiera." ²⁸

Algunas clases de cauciones reguladas en Roma son: SATISDACION O CAUCION FIDEYUSORIA, consistente en presentar fiador que por su riqueza y demás circunstancias ofrezca suficiente seguridad; CAUCION PIGNORATICIA, que consiste en prendas pero es preciso que la prenda depositada tenga realmente el valor que se le ha apreciado; CAUCION JURATORIA que consiste en prometer bajo juramento y deben presentarla las personas honradas y de buen nombre, que no puedan afianzar de alguno de los modos mencionados; CAUCIÓN PROMISORIA, que se hace con la fórmula de estipulación y que presta el fisco, el Estado, los clérigos y los poseedores de cosas inmuebles.

Así vemos que cuando se habla de CAUTIO sin agregar ninguna otra designación, se entendía que se hablaba de CAUTIO PROMISORIA, que podía ser voluntaria o impuesta por el pretor o las partes.

²⁸ M. Ortolán, Instituciones del Emperador Justiniano, trad. Francisco Pérez Anaya, Madrid, España., D. Leocadio López Editor, 1887, p. 111.

Al igual que las cauciones las estipulaciones son reguladas por el Derecho Romano, por lo que el maestro Humberto Cuenca nos señala que siendo éstas de origen pretorio existían algunas obligaciones de prometer o afianzar que sólo el pretor podía imponer, otras podían ser otorgadas directamente ante el juez, estas últimas eran propiamente las judiciales pertenecen a éstas; La CAUTIO IUDICATUM SOLVI que tiene por objeto asegurar al vencedor el cumplimiento de la sentencia, esto se hacía para que el triunfador no viera frustrados sus derechos y consumida su acción por el efecto extintivo de la LITIS CONTESTATION CAUTIO RATO; es la promesa o garantía que debe prestar el procurador o apoderado del litigante en el juicio para responder de que el representado ratifica en todas sus partes su gestión.²⁹

Una vez que se analizó la manera como se regulaban las cauciones y las acciones que se realizaban para obtener el pago de las mismas, haremos un breve análisis del procedimiento penal que se reguló en Roma; al respecto Luis Alberto Peña Guzmán señala que por los numerosos habitantes que existían en esta ciudad, originaron la creación de Tribunales criminales de carácter extraordinario, presididos por un magistrado. El trámite que debía seguirse ante el Tribunal de las quaestiones perpetuae, tenía carácter acusatorio por que ante el mismo podía llegar cualquier ciudadano a formular la acusación previa autorización dada por el magistrado; sólo se admitía un acusador, y si eran varios la suerte determinaba quien debía actuar como tal y los otros sólo quedaban como suscriptores, la denuncia debía ser pública en el foro, con el objeto de que fuera conocida por todos para permitir así que cualquier interesado pudiera formular los reparos del caso, una vez obtenida la postulatio,

²⁹ CFR. Cuenca, Humberto; Procesal Civil Romano, Buenos Aires, Argentina., Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, p. 342.

el acusador debía manifestar el nombre del imputado y señalar el delito que se le atribuía, todo lo cual era asentado en un acta que era firmada por el denunciante y por las personas que lo acompañaran en su acusación. El procedimiento continuaba con la citación del presunto reo, si el demandado se negaba a presentarse inmediatamente ante el magistrado, y no ofrecía un fiador para garantizar su futura presentación, el actor podía llamar testigos y llevar por la fuerza al demandado ante el pretor, el presunto reo estaba obligado a comparecer con el fin de informarse sobre los cargos que se le hubieran formulado, llenadas dichas formalidades el pretor inscribía la causa en el registro del Tribunal.³⁰

Aquí vemos claramente como se le da vida a la figura jurídica de la Libertad Provisional Bajo Caución en su modalidad de fianza pues se requería la presentación del demandado ante el Tribunal y de lo contrario se tenía que presentar su fiador para que garantizara su presentación y asimismo si no cumplía con esto, podía ser presentado por los testigos.

El acusado era interrogado por el Magistrado y por lo general no lo privaba de su libertad, se le designaba una audiencia siempre y cuando no hubiera confesión del reo. El día fijado se reunían las partes (denunciante, acusado y defensor) y bajo la presencia del magistrado se procedía a elegir a los integrantes del jurado, teniendo cada parte el derecho de recusación.

Cuando no se presentaba el acusador se le tenía por desistido, quedando el proceso sin efecto, si la ausencia se debía al acusado el juicio continuaba

³⁰ CFR. Peña Guzmán, Luis Alberto; Ob. Cit. p. 564.

hasta la condena del mismo. Reunidas las partes se procedía bajo la presidencia del pretor, a celebrar los debates que se iniciaban con la oratio del acusador a la que seguían las pruebas y el jurado debía dictar sentencia condenando o absolviendo.

El pretor daba a conocer el resultado de la votación y si éste era absolutorio el acusado no podía ser sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, si era condenatorio se le imponía la pena correspondiente al delito cometido.

Ahora vamos a estudiar que influencia tiene en el Derecho Español, la reglamentación de la Libertad Provisional Bajo Caución en el Derecho Romano.

2.- DERECHO ESPAÑOL.

En el Derecho Español encontramos que los delitos eran castigados de la misma manera como se realizaba en Roma, es esto quiere decir que en la época medieval la pena también tiene un fin expiatorio ya que se trataba de proporcionar satisfacción a los Dioses; asimismo observamos que el fin retributivo de la pena que se reguló en Roma, lo encontramos en la Edad Media, esto es, que se sustituía la pena impuesta por una composición pecuniaria.

En el periodo de dispersión normativa, la autoridad real castigaba los delitos que se cometían directamente sobre ella; en los otros casos la comunidad declaraba la enemistad del delincuente con la víctima sin imponer

pena, ya que cuando se declaraba la simple enemistad, la víctima o sus parientes podían vengarse con ciertas limitaciones de tiempo, modo y lugar.

Esta acción de venganza sustituye a la pena y tiene los mismos efectos de ésta, expiatorios y retributivos, dicha acción es empleada por los pueblos germánicos y sin seguridad de que se haya utilizado por los visigodos en España.

Nos dice el maestro Jesús Lalinde Abadía que en forma parcial subsiste en el Derecho Visigodo la Ley del Talión. Y al no poder buscar la igualdad de la pena y el delito, se busca la equivalencia o la proporción, esto es, la composición o enmienda muy extendida en el derecho privado romano y en el derecho visigodo, incluso hasta la codificación. Esta enmienda consistía en sustituir los daños corporales por los daños patrimoniales que suponen un valor aproximado, al grado que si no, se podía cumplir con la pena patrimonial se mantenía la anterior, esta composición podía presentarse en animales, granos, etc., pero generalmente se realizaba en dinero. El castigo máximo era para los delitos de mayor gravedad, de tal manera que se distingue entre penas mayores y menores como en las partidas, o bien en aflictivas y correctivas como en la codificación.³¹

Ahora haremos mención sobre el destino que se le daba a la pena pecuniaria en el derecho español, así tenemos, que la multa era destinada a las cajas públicas y la composición o enmienda se destinaba en todo o en parte a compensar a la víctima o a su grupo familiar.

³¹ CFR, Lalinde Abadía, Jesús; Iniciación al Derecho Español. Barcelona, España; Ediciones Ariel, 1970, p. 520.

En cuanto a la restitución pecuniaria que se reguló en España, a partir de Leovigilio ésta era diversa en cuanto a las multas introduciendo múltiples y nonopto para los hurtos agravados, el endécuplo para rapiñas agravadas, en los delitos corporales no calificados como el homicidio y lesiones producidas en riña o tras contienda y el aborto sin daño para la madre, para el homicidio se fija una cantidad que era común para todo hombre; posteriormente se hacía una distinción tomando en consideración la condición social del delincuente.

Ahora bien, analizaremos las diversas clases de penas que imponía el Derecho Español, por lo que al respecto el autor: Jesús Lalinde Abadía nos señala que la codificación hacía una distinción entre entrafamiento o expulsión del territorio español confinamiento de permanecer en el lugar y destierro o prohibición de permanecer en un territorio determinado. Entre los visigodos el exilio se impone por determinados abusos de los señores respecto de sus siervos y por yacimiento sexual entre afines, encontramos que las Partidas recogen el Derecho Romano, el trabajo forzado en las minas, así gran número de delincuentes son enviados a los presidios de Indias.²²

Entre las diversas penas reguladas por el Derecho Español, encontramos la pena Privativa de Libertad, que es la que nos interesa, en cuanto a nuestro tema en estudio.

Así pues, tenemos que las penas de libertad más graves son las que privan completamente de la libertad, irrogando trabajos y gastos de instalación y vigilancia, primero tienen un carácter preventivo, éste es, que sirven para

²² CFR. IBIDEM p. 555.

asegurar al delincuente hasta que se le imponga la pena definitiva que generalmente era corporal.

La pena típica privativa de la libertad es la reclusión o internamiento en un recinto cerrado.

Así en la Alta Edad Media, la reclusión tiene lugar en la misma casa del Juez, bajo la vigilancia que solía pagar el mismo reo, como paga su alimentación, o en cualquier otro sitio sin vigilancia, mediante el sistema de tener aprehendidos sus miembros en un cepo con hierros y cadenas.

Más adelante suelen sustituirse los cepos por prisiones comunes de la ciudad, villa o lugar.

En algunas prisiones como el Castillo de Zuda de Tortosa, se separan los condenados a muerte o mutilación, los criminales y finalmente los presos por deudas.

Ahora bien, la detención o privación de la libertad constituía una garantía de presencia del reo en el proceso criminal, esta privación de libertad se encuentra regulada de la misma manera en todas las épocas de España, incluida la de la codificación.

La detención puede emplearse como medio subsidiario por no prestar la fianza de redra, como en el ordenamiento jacense, o contra el fiador de

mandamiento en el Derecho local castellano y el fiador de Aragón que no pagan ni ceden sus bienes.

En el Derecho Romano, se regulan las garantías personales entre las que destacan la de comparecer un día determinado a través de fiadores especiales, de tal manera que en el proceso medieval este sistema de garantías personales se hipertrofia debido a las dificultades para reparar de otro modo el daño irrogado por una actuación dolosa de las partes, recibiendo el nombre genérico de fianza.

Para ser fiador o garantizador general en el proceso, se requería generalmente que fuera del lugar o de lugares vecinos y que tuviera un cierto patrimonio. La garantía era personal por lo que muerto el fiador no respondían ni la mujer ni los hijos.

Las fianzas procesales decaen en la Edad Media siendo sustituidas por promesas o cauciones, sobreviven en la codificación y sobre todo en el proceso criminal para que el procesado por algunos crímenes pueda disfrutar de la libertad durante el proceso.

Por lo consiguiente haremos un breve resumen sobre el procedimiento seguido en las diversas épocas de España, así pues encontramos que los particulares podían hacerse justicia por su propia mano, esta justicia privada la encontramos regulada en la Alta Edad Media; a diferencia del Derecho Romano, se exigía en España una declaración judicial del estado de enemistad entre ofensor y ofendido.

Como consecuencia de la justicia privada que tuvo el sistema procesal de la Alta Edad Media el procedimiento era acusatorio y el proceso sólo se iniciaba a instancia de la parte perjudicada o que se consideraba ofendida.

El procedimiento acusatorio, fue desplazado por un procedimiento inquisitivo en el cual los delitos eran perseguidos aunque no existiera acusación de parte perjudicada, bastaba que el juez tuviera conocimiento del hecho, para que éste hiciera una investigación o inquisición, este procedimiento era seguido ante el Tribunal de la Inquisición, era secreto y se iniciaba de oficio o por denuncias, sin que se diera a conocer el nombre de los denunciantes, se notificaba al acusado, las acusaciones pero no el nombre de los acusadores, durante el proceso el inculpado quedaba en prisión preventiva e incomunicado mientras tanto los inquisidores procedían a la práctica de las pruebas. Más adelante encontramos el Código Huesca que en el libro VIII regulaba el Derecho Penal y en el libro XI establecía en materia procesal que la fianza liberaba la prisión.³³

Por lo que nos damos cuenta que tanto en Roma como en España se encontraba regulada la Libertad Provisional Bajo Caución.

Ahora estudiaremos como se ha regulado en México la Libertad Provisional Bajo Caución.

3.- EL DERECHO MEXICANO.

En el derecho penal mexicano encontramos la aplicación de diversas penas, las cuales consistían, básicamente en la pena de muerte y en la

³³ CFR. G. de Vadea Vellano, Luis; Historia de las Instituciones Españolas. 2a Edición, Madrid, España., Ediciones de la revista de Occidente, 1970, p. 560.

esclavitud, y en algunas ocasiones en penas pecuniarias, no obstante haber tenido un derecho penal en esta época; la libertad bajo caución que es la que nos interesa en cuanto al análisis que venimos haciendo, la encontramos regulada hasta la Ley de Jurados de 1869.

Sin embargo, Sergio García Ramírez nos señala los primeros códigos penales del Estado de México y al respecto nos dice: "El primer texto penal de la etapa soberana no alcanzó condición de ley, fue un bosquejo del Código Penal para el Estado de México y que el primer Código fue el correspondiente al Estado de Veracruz de 1835. El 7 de diciembre de 1871 fue promulgado el Código Penal para el Distrito Federal que trazó los fundamentos para el sistema penitenciario y estableció la Libertad Preparatoria Condicional; que con tal nombre pasaría a las leyes posteriores que dan a las leyes penales y procesales numerosos aciertos, entre ellos la supresión de la pena de muerte, al arbitrio judicial, la reclamación oficiosa del resarcimiento del daño privado."³⁴

Es importante hacer hincapié en que la Libertad Provisional Bajo Caución se encuentra regulada en casi todas las Constituciones que han regido en nuestro país, es por lo que sólo podemos decir en este inciso que las penas que imponía el Derecho Penal Mexicano como ya lo hemos mencionado era: la de muerte y la esclavitud. La Libertad Provisional la analizaremos más adelante.

Por lo que pasamos a estudiar la reglamentación de la Libertad Provisional en todas y cada una de las constituciones.

³⁴ García Ramírez, Sergio; Introducción al Derecho Mexicano. Tomo I, México, D.F., UNAM, 1986, p. 447.

B.- SU REGLAMENTACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

A través de la historia México se ha regido por varias constituciones, entre las cuales analizaremos la manera como se reguló en cada una de ellas la Libertad Bajo Caucción; iniciaremos nuestro estudio con la constitución de Cádiz de 1812.

1. CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812

Empezaremos por hacer un estudio de lo que se entendía por libertad, al respecto el artículo 4o., señala que la libertad consistía en hacer todo lo que no perjudicara a otro y que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tenía más límite que asegurar a los otros miembros de la sociedad el goce de éstos.

Más adelante encontramos contemplada la garantía de la Libertad Individual de tal manera que el artículo 7o. de la mencionada Constitución establecía que ningún hombre puede ser acusado, arrestado, ni detenido sino en los casos determinados por la Ley, y según las formas que la misma prescribe de manera similar señala que a todo hombre se le presume inocente hasta que no haya sido declarado culpable, y que todo rigor que no sea necesario para asegurar a la persona debe ser reprimido.

Esta Libertad como garantía la encontramos también en su artículo 287 en el sentido de que ningún español podría ser preso sin que precediera

causalidad por la voluntad hacia un fin anticipado por el autor. De esta manera la descripción típica se agotará en la causación del resultado; la antijuridicidad será simplemente el resultado no justificado; mientras que la voluntad dirigente de la causalidad y su dirección al resultado (dolo) o no (culpa) será la culpabilidad."¹⁰

Esta teoría trata a la acción como factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención que llevó al sujeto a cometerla. De la acción sólo importa si el comportamiento movido por la voluntad, causó el resultado y no así, si la voluntad iba dirigida a éste.

A la acción se le considera como un hacer voluntario, pero en esa voluntad no hay contenido; es decir, no contempla el actuar lleno de sentido, si no la simple producción de dicha actuación referida al mundo exterior, a la que se llama resultado.

Por lo que podemos concluir que para esta teoría la acción es un movimiento hecho con voluntad de moverse, y que causa un resultado.

Para la teoría finalista, "La acción se define como una actividad humana final, la descripción contraria a la norma tendrá que alcanzar también a la dirección final y no de la acción del resultado. Por ello este elemento es ya parte de la adecuación típica y no de la culpabilidad; la justificación no quedará reducida a que sólo el resultado aparezca cubierto por una causa de justificación: se requerirá también un obrar sobre la base de la justificación; la culpabilidad por último, no será una categoría reservada para la descripción de

¹⁰ Bacigalupo, Enrique; Lineamientos de la Teoría del Delito. Buenos Aires, Argentina., Depalma 1978, pp. 25-26.

información sumaria del hecho y que mereciera según la ley ser castigado con pena corporal y que existiera un mandamiento por escrito del Juez.

Así pues, en cuanto a la Libertad bajo caución que es la que nos interesa, la encontramos regulada en esta Constitución en su artículo 295 que establecía: que no será llevado a la cárcel el que de fiador en los casos en que la ley no prohíba expresamente que se admitía la fianza, así mismo el artículo 296 señalaba que en cualquier estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al preso pena corporal, se le pondrá en libertad dando fianza.

2.- CONSTITUCIÓN DE APATZINGAN DE 1814

Los constituyentes de 1814 se apoyaron en las declaraciones de 1789 y 1793, para proteger aspectos sobre la libertad individual, así pues el artículo 21 señalaba que la ley sólo puede determinar los casos en que pueda ser acusado, preso o detenido algún ciudadano.

Por lo que se refiere a la libertad bajo fianza que es la que venimos analizando, esta Constitución no la contempló de la manera como lo hizo la Constitución de 1812, sin embargo, en cuanto a la aplicación de las penas lo señala el artículo 239 que la Ley sólo debe decretar penas muy necesarias y proporcionadas al delito y así mismo deben ser útiles a la Sociedad contemplando el sistema del artículo 30: "Todo ciudadano se reputa inocente mientras no se declare culpable".³⁵ En este sentido es el único antecedente que encontramos dentro de la Constitución de 1814.

³⁵ Colección de Derechos del Pueblo Mexicano a través de sus Constituciones, Tomo I, XLVI, Legislatura de la Cámara de Diputados, 1967, p. 412.

3.- CONSTITUCIÓN DE 1824

Encontramos que anterior a la constitución de 1824, el Reglamento Provisional del Imperio Mexicano de 1822 en su artículo 74 regulaba la libertad bajo fianza y establecía que: "Nunca será arrestado el que de fiador en los casos en que la ley no prohíba admitir la fianza y este recurso quedará expedito para cualquier estado del proceso en que consten no haber lugar a la imposición de la pena corporal".³⁹

Vamos a analizar que antecedente dejó esta Constitución sobre el tema de la libertad provisional bajo caución, por lo que hallamos un capítulo relativo a la administración de justicia que contempla la garantía de la libertad individual, en lo relativo al artículo 150 que dice que nadie podía ser preso sin que existiera prueba o semiprueba plena de ser delincuente, éste es el antecedente que encontramos en cuanto a la garantía que nos otorga el artículo 20 fracción I de la Constitución actual, aún cuando no se hace mención en cuanto a la fianza sin embargo si protege la libertad individual en el caso señalado.

³⁹ IBIDEM p. 204

4.- LEYES CONSTITUCIONALES DE 1836

De manera semejante a las anteriores constituciones existe en las leyes Constitucionales de 1836 un capítulo referente a la administración de justicia en lo criminal y dentro de este capítulo está contemplada la garantía a que hemos hecho referencia, así pues el artículo 43 señala los casos en que puede proceder la prisión y nos dice que para que exista ésta, debe haber una información sumaria del que resulte un hecho que merezca ser castigado con pena corporal, además que resulte algún indicio suficiente de que tal persona haya cometido el delito.

De igual manera nos menciona dicho artículo cuándo procede la detención y señala que basta alguna presunción legal o sospecha fundada que incline al Juez contra persona por delito determinado.

Así en lo que respecta a la libertad en su artículo 46 establece que "Cuando en el proceso de la causa y por sus circunstancias particulares, apareciere que el reo no debe ser castigado con pena corporal, será puesto en libertad, en los términos y circunstancias que determine la ley".³⁷

Más adelante nos señalan las leyes que venimos analizando, en el artículo 47, que dentro de los tres días en que se verifique su prisión o detención se tomará la declaración preparatoria del reo y se le hará saber el nombre de su acusador si existe y no se tomará juramento del procesado, se le hará saber los cargos correspondientes así como los testigos y documentos que

³⁷ Tena Ramírez, Felipe; Leys Fundamentales de México. 2a. Edición, México, Porrúa, S.A., 1964, p.238.

obran en su contra, y establece además que jamás se usará el tormento para la averiguación de ningún delito, así como no se impondrá pena de confiscación de bienes, por último que la pena es personal del delincuente y nunca se transmitirá a su familia.

5.- BASES ORGÁNICAS DE 1843

Encontramos en esta Constitución que el individuo goza de ciertas garantías individuales, entre las que encontramos que ningún hombre podía ser aprehendido, detenido, ni preso, si no previo mandato o auto escrito de Juez competente de su propio fuero; ésto es, que no podía ser sentenciado por otro, ni fuera de la residencia del que debe juzgarlo, así mismo se señala en su artículo 7 fracción VIII que "No puede declararse preso a un individuo sin que proceda una información sumaria por escrito y sólo cuando de ella resulten nuevos indicios o se corroboren legalmente los anteriores; ni podrá conservársele en detención o prisión dando fianza, siempre que la calidad del delito o de la constancia procesal aparezca que no se le pueda imponer pena corporal".³⁴

Hemos observado a través de las constituciones que venimos analizando que la fianza se ha regulado como una garantía de todo individuo sujeto a un procedimiento penal, aún cuando éste haya cometido o existan indicios suficientes para presumir la comisión de un delito, se le otorga el derecho de que pueda solicitar su libertad a cambio de una suma de dinero; así también quedó asentado en las Bases Orgánicas de 1843.

³⁴ IBIDEM p. 308.

6.- CONSTITUCIÓN DE 1857

Ahora bien, continuamos con el estudio de la libertad bajo fianza y encontramos como antecedente a la Constitución de 1857, el Estatuto Orgánico Provisional de 1856 en el que se establecía en su artículo 50 que "En los delitos que las leyes no castiguen con pena corporal se pondrá al reo en libertad bajo fianza".³⁹

También nos señala este Estatuto que en todo proceso criminal el acusado tiene derecho a que se le haga saber cuantas constancias obren contra él; que se le caree con los testigos y que rinda pruebas y se escuche su defensa.

Por lo que hace a la Constitución de 1857 en cuanto a la libertad bajo fianza, podemos concluir diciendo que ésta no la reguló, sin embargo podemos señalar los derechos que estableció para los acusados en su artículo 20 y el cual establecía:

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

"1.- Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador si lo hubiere."

"2.- Que se le tome declaración preparatoria dentro de 48 horas, contadas desde que esté a disposición de su Juez."

"3.- Que se le caree con los testigos que depongan en su contra."

³⁹ Colección de Derechos del Pueblo..., Ob. Cit. p. 206.

"4.- Que se le facilite los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar sus descargos."

"5.- Que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará la lista de los Defensores de Oficio, para que elija el que, o los que le convengan." ⁴⁰

7.- CONSTITUCIÓN DE 1917

Ahora estudiaremos como se reguló originalmente en la Constitución de 1917 la libertad bajo fianza, y podemos decir que su fundamento estriba en el aseguramiento de la persona del inculcado para evitar que pudiera sustraerse a la acción de la justicia, ya que sin su presencia la aplicación del derecho resultaría imposible.

El autor Rafael Pérez Palma opina en relación a la libertad bajo fianza y nos dice que "El proceso se inicia generalmente fundado en presunciones de culpabilidad, en indicios, es decir, en circunstancias y en condiciones tales, en las que solamente por excepción será posible anticipar el resultado final del proceso. Así pues, ante la gravedad que significa la prisión preventiva, lo incierto que resulte el final del proceso y la ineludible necesidad del aseguramiento de la persona del inculcado, se ha pensado en una medida provisional, en una situación transitoria, en la que sin perjuicios de que el proceso continúe, el inculcado puede disfrutar de libertad, aunque sujeto a determinadas restricciones y se encuentre en mejores condiciones para atender

⁴⁰ Pérez Palma, Rafael; Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1974, pp. 93-94.

a su defensa. Esta medida es la de la libertad bajo fianza o caución, establecida como garantía de orden constitucional en el artículo 20 fracción I" ⁴¹

Ahora veremos que establecía el texto original de la Constitución de 1917 en su artículo 20 fracción I, el texto original de este mandato constitucional decía "Inmediatamente que lo solicite (el acusado) 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." ⁴²

En la actualidad prácticamente en todas las legislaciones contemporáneas está previsto y reglamentado el derecho a la libertad provisional bajo caución, aunque sujeto a condiciones y restricciones que toman en consideración a la gravedad del delito y demás cuestiones de mayor significado que las que resultan de un simple cómputo aritmético.

La fracción I del artículo 20 Constitucional, en su texto original, tuvo graves deficiencias que es necesario señalar:

1.- Una fianza cuyo máximo fuera sólo de diez mil pesos, resultaba irrisoria.

2.- Uno de los defectos más graves en que incurrió el texto original consiste en que se atiende de manera exclusiva al aseguramiento de la persona

⁴¹ IBIDEM p.257.

⁴² IBIDEM pp. 257-258.

del delincuente, con total desprecio o ignorancia del daño moral o material causado a la víctima del delito, o de sus deudos o de las condiciones económicas en que queden aquellos que dependan económicamente del sujeto pasivo. En otras palabras la libertad provisional se concibió de tal manera que se traduce en una protección para el transgresor de la ley, sin que importen ni gastos, ni las condiciones económicas, ni perjuicios, ni nada que sea protección para la víctima. En este sentido la ley es imparcial e injusta.

3.- Otro de los defectos de que adolece el texto original, es el fundar la procedencia de la libertad bajo fianza en un simple cálculo aritmético, sin pensar en que el delincuente sea un reincidente, que se encuentre confeso del delito cometido o convicto por las pruebas reunidas en su contra, o apresado en el mismo acto de la comisión del delito, es decir, cuando las probabilidades de que sea condenado se elevan a la categoría de una convicción. Por lo que consideramos que es injusta porque no atiende a la víctima del delito y porque se traduce en negativa de justicia para la sociedad ofendida. En conclusión podemos decir que la libertad provisional bajo caución es una institución conveniente y necesaria, pero que para otorgarla no se debería de pensar única y exclusivamente en el acusado, sino también en la víctima del delito y en la sociedad ofendida.

Es importante hacer hincapié en los términos que se empleaban "Fianza y Caución", gramaticalmente la caución es la garantía que alguien otorga para dejar a otro exento de alguna obligación legal, la seguridad que se da para que se cumpla con lo pactado, con lo prometido o con lo mandado. Y la fianza es

simplemente una de tantas maneras de otorgar una caución. De aquí que con razón se haya dicho que la caución es el género y la fianza es la especie.

A continuación transcribiremos el texto actual del artículo 20 fracción I de la Constitución: "En todo proceso del orden penal, tendrá el acusado las siguientes garantías:

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

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

"El Juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso."

Con ésto concluimos el breve estudio de las diferentes constituciones que han regulado la Libertad Provisional Bajo Caución, ahora haremos un análisis de los antecedentes de la Libertad Provisional en los Códigos de Procedimientos Penales.

C. SU REGLAMENTACIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

1. LEY DE JURADOS DE 1869.

Encontramos, que, en cuanto al tema de que venimos hablando, el 4 de diciembre de 1869, la Ley del Congreso, estableció que cuando los reos cumplieran la pena impuesta en primera instancia y estuviera pendiente la revisión de su causa se le pusiera en libertad bajo fianza.

Al respecto el Presidente de la República Benito Juárez expide un decreto con un único artículo que a la letra nos establecía:

"ÚNICO: En el Distrito y territorios siempre que los reos cumplan la condena que les fuere impuesta en primera instancia pendiente la revisión de sus causas los jueces respectivos, bajo su responsabilidad y sin especial gestión de los interesados los mandarán poner en libertad previa fianza con sujeción a las leyes." ⁴³

Por lo que respecta a esta Ley es el único antecedente que encontramos a la tantas veces citada Libertad Bajo Fianza, por lo tanto daremos inicio al estudio del Código de Procedimientos Penales de 1880.

2. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1880.

Comenzaremos el estudio de este Código, diciendo que para que se regule la Libertad Bajo Fianza o Bajo Caución antes debemos encontrar la

⁴³ Dublán Manuel Lozano, José María: Legislación Mexicana o Colección Completa de las Disposiciones Legislativas. Tomo X. México, Edición Oficial, 1878, p. 768.

privación de la libertad, y en cuanto a esta privación el Código que nos ocupa regula la aprehensión y detención, siendo éstas una de las formas de restringir la libertad a una persona, de tal suerte que regula la aprehensión en su artículo 245 que establecía: Nadie podrá ser aprehendido sino por la autoridad competente o en virtud de orden escrita, y asimismo nos dice quienes son competentes para aprehender, y menciona quienes pueden aprehender, las autoridades políticas y administrativas cuando la ley les otorgue esta facultad, los funcionarios y agentes de la policía, los jueces del ramo civil, cuando se decreta prisión como medida de apremio, etc.

De manera semejante nos señala este Código como se reguló la Libertad Bajo Caución y al respecto establecía en su artículo 260: Toda persona detenida o presa por un delito cuya pena no sea más grave que la de cinco años de prisión podrá obtener su libertad bajo caución, previa audiencia del 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.

Así nos señala las circunstancias que debe tomar en consideración el juez para fijar la caución, artículo 261: Concurriendo todas las circunstancias que expresa el artículo anterior, el juez hará prestar la caución conforme a las reglas siguientes:

I.- Si el delito que se persigue debiere ser castigado con pena alternativa pecuniaria o corporal, el inculcado prestará caución por el maximum de la pena pecuniaria.

II.- Si la pena señalada fuere corporal y el delito de la competencia de los jueces correccionales, la caución se prestará por una cantidad que no baje de \$300.00, ni exceda de \$10,000.00 pesos.

El Juez tomando en consideración la clase y los antecedentes de la persona detenida o presa y la gravedad y circunstancias del delito, fijará dentro de los límites establecidos la cantidad por que deba prestarse la caución.

Posteriormente nos señala el artículo 262 donde debe depositarse la caución, ésta la depositará el inculpado en el Monte de Piedad y la cantidad la va a fijar el juez, o bien constituyendo una hipoteca sobre bienes cuyo valor libre no exceda de una mitad de lo que importe la suma señalada así si el inculpado no constituye el depósito, a juicio del juez, lo puede hacer alguna otra persona siempre que concurren las circunstancias exigidas por el Código Civil para el fiador judicial.

También nos señala en su artículo 263: Que en cualquier estado del proceso, después de recibirse la declaración indagatoria, podrá pedirse y decretarse la libertad provisional, ésta se tramitará como incidente que se promoverá ante el Juez o Tribunal que conozca del proceso, se substanciará por cuerda separada.

El mismo Código nos indica que las sentencias de primera o segunda instancia que pronuncien la libertad bajo caución no pasa en autoridad de cosa juzgada ya que por causas supervenientes o por nuevos datos que se adquieran, puede repetirse la instancia mientras dure la instrucción.

Ahora bien, el Código nos habla del desacato sin justa causa al juez que conoce del procedimiento, una vez otorgada la Libertad Bajo Caución y nos señala en el artículo 265 que:

La persona que habiendo sido puesta en libertad provisional o bajo caución, haya desobedecido sin justa causa y probada la orden de presentarse al Juez o Tribunal será desde luego reducida a prisión, no tendrá derecho a que se le concedan de nuevo los expresados beneficios ni en la misma causa ni en otra, y por ese sólo hecho será reaprehendido, perderá el depósito se hará efectiva la hipoteca que se hubiera constituido procediéndose al efecto en la Vía de Apremio y en la forma que está reglamentada en el Código de Procedimientos Penales sin perjuicio de que en su oportunidad se le imponga la pena del delito por que se le juzgue.

Asimismo establece que las órdenes que se expidan para que comparezca la persona puesta en libertad se entienden con el fiador, al cual el juez le otorga un plazo de quince días para presentarlo, si en este plazo no comparece el inculcado se procederá a aprehenderlo y no tendrá más derecho a que se le otorgue de nuevo el beneficio de la libertad bajo caución ni en la misma causa ni en otra.

Más adelante el código nos establece qué sucede en caso de que el inculcado se fugue; así pues, el artículo 268 nos señala que si el inculcado se fugare antes de que se pronuncie sentencia irrevocable fijando el monto de la responsabilidad civil y si transcurriendo un año desde el día en que se comprobó su fuga, no se ha logrado reaprehender, se hará efectiva la caución otorgada.

También habla de cuando se tiene temor de que el inculpado se fugue u oculte, en tal caso, una vez que se asegure al inculpado se procederá a la cancelación de las fianzas o hipotecas que se hubiesen otorgado. La fianza o hipoteca que se otorgue se constituirá en escritura pública de la que se agregará al proceso testimonio en forma.

3.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1894

En cuanto al antecedente que éste nos dejó en lo referente a la libertad bajo caución podemos decir que reguló de igual manera al Código de 1880, la detención y la aprehensión como forma de restringir la libertad, por lo que creemos conveniente no hacer repeticiones debido a que ésto quedó analizado en el código de 1880.

Ahora bien, pasaremos analizar el tema de nuestro estudio y encontramos que el código de que venimos hablando contempla un capítulo referente a la Libertad Bajo Caución y nos señala en su artículo 440: que toda persona detenida o presa por un delito en el que el maximun de la pena no exceda de siete años de prisión podrá obtener su libertad bajo caución siempre que llene las condiciones que fija el artículo 438 fracciones II, III, IV y VI.

Las condiciones que se le imponían al inculpado para poder otorgarle la libertad bajo caución era según el artículo 438 que: Tuviera domicilio fijo y conocido en el lugar en donde se siga el proceso, que tenga buenos antecedentes de moralidad, que tenga profesión u oficio o modo honesto de vivir, y a juicio de juez no haya temor de que se fugue.

Posteriormente nos señala la circunstancias que debe tomar en consideración el juez para fijar la fianza y nos establece en el artículo 441: Que el delito que se persigue tenga pena alternativa pecuniaria o corporal. Si la pena es corporal, el importe de la caución se fijara por el juez sin que sea nunca menor de \$300.00 ni exceda de \$30,000.00, podemos hacer una observación en cuanto al código que se analizó con anterioridad diciendo que la caución que se fijaba en el código de procedimientos penales de 1880, era no menor de \$300.00 y que no excediera de \$2000.00, tomando en consideración la competencia de los jueces correccionales; y tratándose de la competencia del jurado de \$1, 000.00 a \$10, 000.00 por lo que, en el código que se estudia, ya no se toma en consideración la competencia de los jueces y se aumenta el máximo de la caución, tomando en cuenta el juez para fijar la caución la clase y antecedentes de la persona detenida o presa, la gravedad y circunstancias del delito y el mayor o menor interés del inculpado de sustraerse a la acción de la justicia.

A diferencia del Código de 1880, este código señala como lugar para depositar la caución el Banco Nacional, y el código de 1880 señalado como lugar de depósito el Monte de Piedad.

También señala que la libertad bajo caución podrá pedirse por el interesado o su defensor o por el legítimo representante de aquél.

En su artículo 444, al igual que el código anterior, dice que el incidente deberá promoverse ante el juez que conozca de la causa y por cuerda separada.

El artículo 447 establece los casos en que puede revocarse la libertad bajo caución y nos señala que: La libertad bajo caución se revocará en los casos siguientes;

I.- Cuando el inculpado desobedeciere sin justa causa y probada la orden de presentarse al juez o tribunal que conozca de su proceso.

II.- Cuando cometiere, antes de que la causa en que se le concedió la libertad, esté concluida por sentencia ejecutoriada un nuevo delito que merezca pena corporal;

III.- Cuando amenazare a la parte ofendida o algún testigo de los que deponen en su contra o trate de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos.

IV.- Cuando lo presente el fiador y pida se le releve la fianza;

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

VI.- Cuando en el curso de la instrucción apareciere que el delito tenga mayor pena que la señalada en el artículo 440;

VII.- Cuando recaiga sentencia en primera o segunda instancia en la que se imponga una pena más grave que aquella que se tuvo presente al conceder la libertad;

VIII.- Cuando el juez o tribunal abrigue temor fundado de que se fugue u oculte el inculpado.

Con esto damos por terminado el estudio de este Código concluyendo que se reguló la libertad provisional bajo caución de manera muy completa.

4.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1929

Este código también nos señala cuando procede la libertad bajo caución y nos dice que el juez la otorgará tomando en cuenta si el delito que se persigue tiene pena alternativa corporal o pecuniaria, el juez fijará la caución por el máximo de la sanción pecuniaria.

Y si la sanción es corporal el monto de la caución la fijará tomando como base la temibilidad del delincuente, la gravedad y circunstancias del delito, el interés que tenga el acusado para sustraerse a la acción de la justicia y sus condiciones económicas.

Nos establece también en que consiste la caución y al respecto el artículo 581 nos señala: La caución consistirá en:

I.- Depósito en efectivo que se haga en el Banco de México de la cantidad fijada por el juez,

II.- En caución hipotecaria sobre inmuebles que no tengan gravamen alguno y cuyo valor comercial sea, cuando menos tres veces el monto de la suma fijada.

III.- En fianza personal bastante, otorgada con arreglo a las disposiciones conducentes del código civil.

También nos señala que el género de caución quedará a elección del acusado, así mismo al igual que los anteriores códigos, pueden solicitar la libertad bajo caución el acusado, su defensor o legítimo representante de aquél.

El artículo 586 nos establece los casos en que se revocará la libertad bajo caución y que son:

I.- Cuando el acusado desobedeciere sin causa justa y aprobada, la orden de presentarse al juez o tribunal que conozca de su proceso.

II.- Cuando cometiere; antes de que la causa en que se concedió la libertad éste concluida por sentencia ejecutoriada un nuevo delito que tenga por señalada sanción corporal.

III.- Cuando tratase de sobornar a alguno de los que debiere deponer en su causa, al Juez, Agente del Ministerio Público o Secretario del Juzgado o Tribunal

IV.- Cuando lo presente el fiador pidiendo se le releve de la fianza.

V.- Cuando lo solicite el mismo acusado y se presente al Juez.

VI.- Cuando en el curso de la instrucción apareciere que el delito tiene una sanción privativa de libertad mayor de cinco años.

VII.- Cuando recaiga sentencia condenatoria en primera o segunda instancia.

Como podemos observar las causas de revocación de la libertad bajo caución que se enumeraron en este código son semejantes a las señaladas en el código de 1880.

Asimismo, nos señala en en el artículo 589 en qué casos el Juez mandará cancelar la caución otorgada, y éstos son:

I.- En los casos de las fracciones IV, V del artículo 586. Que se refieren la primera de ellas a cuando lo presenta el fiador pidiendo que se le releve de la fianza y cuando lo solicita el mismo acusado y se presenta ante el Juez.

II.- En los casos de las fracciones II, III, VI y VIII, cuando se haya efectuado la aprehensión;

III.- Cuando el acusado sea absuelto por sentencia ejecutoriada;

IV.- Cuando salga condenado y se presente a cumplir su condena y,

V.- Cuando se dicte auto de libertad.

De igual manera este Código establece que las órdenes que se expidan para que comparezca la persona puesta en libertad bajo fianza, se entenderán con su fiador, si éste desde luego no pudiere presentar a su fiado, el juez, podrá otorgarle un plazo hasta de 15 días para que lo haga sin perjuicio de librar las órdenes de aprehensión que creyere oportunas.

Si concluido el plazo concedido al fiado no se logre la comparecencia del procesado, se hará efectiva la fianza y se procederá a aprehender a éste.

Como podemos observar el contenido de éste Código por lo que respecta a la libertad provisional bajo caución y a su revocación es muy similar al Código de 1894.

Ahora estudiaremos la procedencia de la Libertad Provisional Bajo Caución.

D. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA

Con el objeto de tener un mejor entendimiento de lo que es la libertad Bajo Caución, transcribiremos algunos conceptos de diversos autores; así pues, encontramos que el maestro Colín Sánchez Guillermo nos dice: La Libertad Bajo Caución es: "El derecho otorgado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a todo sujeto objeto de un procedimiento para que, previa la 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 excede de cinco años de prisión" ⁴⁴

Definición que resulta inaplicable por lo que respecta al término medio aritmético, pues actualmente se habla de delitos considerados como graves en la ley.

Por otra parte González Bustamante Juan José nos señala que: "Se conoce en el procedimiento penal a 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" ⁴⁵

Posteriormente el maestro Piña y Palacios, Javier nos dice que: "La palabra caución equivale a garantía e incidente en su aceptación general, es lo que al surgir afecta la estructura lógica del proceso, una cuestión surgida en relación con la obtención de la Libertad bajo fianza o bajo caución. Es el medio

⁴⁴ Colín Sánchez, Guillermo; Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 8a Edición, México, Porrúa S.A., 1984, p.543.

⁴⁵ González Bustamante, Juan José; Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. 6a. Edición, México, Porrúa S.A., 1985, p.298.

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." **

Ahora vamos a analizar lo que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en vigor nos dice al respecto de los requisitos para la procedencia de la Libertad Provisional Bajo Caución y así tenemos que el artículo 556 establece al respecto:

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

"I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño;"

"Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo;"

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

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

"IV.- Que no se trate de delitos que por su gravedad están previstos en el párrafo último del artículo 268 de éste Código."

** Piña y Palacios, Javier; Recursos e Incidentes en Materia Procesal Penal y la Legislación Mexicana. México, Ediciones Botas, 1958, pp. 128 y 130.

Es importante resaltar lo que a este respecto nos dice la Suprema Corte de Justicia de la Nación por lo que citamos la siguiente Jurisprudencia:

Instancia: Primera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación.

Época : 5A

Tomo : CXIII

Página : 683

RUBRO: LIBERTAD CAUCIONAL, GARANTÍA PARA LA.

TEXTO: Es fundado el concepto de violación que hace consistir el quejoso en que la autoridad responsable le fija como requisito para otorgarle la libertad provisional, que la garantía sea otorgada en efectivo, puesto que la fracción I del artículo 20 Constitucional, en forma expresa, faculta al solicitante de la libertad bajo fianza para depositar en efectivo la suma de dinero señalada, o para otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla.

PRECEDENTES:

Duran Rosendo. Pág. 683.

Tomo CXIII. 28 de agosto de 1952. 4 Votos.

Con la transcripción de la anterior jurisprudencia nos damos cuenta que el inculcado puede garantizar su libertad provisional bajo caución en cualquiera de las formas que establece la ley y por tanto el Juez tiene la obligación de fijarla en todas las formas que señala la ley, para que de esta manera el inculcado pueda elegir la que más convenga a sus intereses y así poder garantizar el pago de la reparación del daño, las sanciones pecuniarias y las obligaciones que deriven en razón del proceso.

Es de gran importancia hacer hincapié por lo que respecta a la fracción IV del artículo 556 del Código de Procedimientos Penales, pues no se menciona nada al respecto de los delitos graves cometidos en grado de tentativa por lo que se deja una gran laguna en el artículo 268 del mismo Ordenamiento Legal citado que es necesario subsanar y que es el motivo del presente trabajo.

Por lo que decimos apegándonos al principio de lo que la ley no distingue, no es lícito distinguir, es decir, que los jueces no pueden por un lado negar la Libertad Provisional Bajo Caución y por otro lado otorgarla ya que la ley no los autoriza para ello. Por lo que consideramos que es necesario que el Legislador agregue un párrafo aclaratorio en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en lo referente a la Tentativa.

Nosotros podemos concluir que si el tipo básico está considerado como Delito Grave es por lo tanto considerado como Grave el Grado de Tentativa en este tipo de delitos. Pero es necesario que el Legislador lo establezca expresamente en la ley.

El disfrute de la libertad mediante caución implica que una persona se constituya frente al Estado (a través del Tribunal o del Ministerio Público) como fiador en un proceso, con la condición de que si incumple con las obligaciones que el Estado impone, perderá el monto con que aseguró el cumplimiento de las mismas.

Ahora pasaremos a estudiar la clasificación que se hace respecto de la caución.

1.- CLASIFICACIÓN DE LA CAUCIÓN.

La caución puede clasificarse de varias formas. He aquí algunas:

a) -Por su origen, se dice que la caución puede ser convencional, legal, judicial ó administrativa. En el caso mexicano resulta ser legal porque la misma proviene de la Ley, ya que el artículo 20 fracción I de la Constitución la establece.

b).-Por su extensión. En cuanto a su monto, se dice que la caución es limitada o ilimitada. Esto es, que el fiador responde por cantidad fija o por cantidad ilimitada. En el caso mexicano, la acogida es la limitada. Pues el fiador responde por la cantidad sobre la que se exhibió la póliza de fianza.

c).- Por los sujetos ante los cuales se otorga, la caución puede ser previa o administrativa y judicial. En el sistema mexicano encontramos las dos especies, previa, por que se puede constituir, en ciertos casos ante el Ministerio Publico (Art. 574 bis CPPDF y Art. 135 CFPP); y judicial porque se constituye ante el tribunal que conoce del caso. Esta última es la que se encuentra garantizada en la Constitución (Art. 20 fracción I y 556 CPPDF).

d) Por lo que hace al tipo de caución, ésta será: En efectivo, En hipoteca, En prenda, En fianza y En fideicomiso.

Debido a la importancia que esta última clasificación reviste en México, tanto en la ley como en la doctrina, nos detendremos a considerarla .

Comenzando por el concepto de caución, ésta es, según Calamandrei, "La prestación que se impone al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial, esto es mandato de excarcelación." ⁴⁷

La caución podrá consistir:

I.- En depósito en efectivo, hecho por el inculcado o por terceras personas, en la institución de crédito autorizada para ello. El certificado que en estos casos se expida, se depositará en la caja de valores del Ministerio Público, del tribunal o juzgado, tomando razón de ello en autos.

En hipoteca otorgada por el inculcado o por terceras personas, sobre inmuebles cuyo valor fiscal no sea menor que el monto de la caución, más la cantidad necesaria para cubrir los gastos destinados a hacer efectiva la garantía.

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

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

En fideicomiso de garantía formalmente otorgado.

⁴⁷ Silva Silva, Jorge Alberto; Derecho Procesal Penal, México, Harla, p. 520.

En consecuencia podemos decir que la libertad bajo caución es: una garantía otorgada por la Constitución a todo detenido que se encuentra sujeto a un procedimiento penal y que se le impute un delito que merezca ser sancionado con una pena corporal siempre y cuando éste otorgue una garantía y reúna los requisitos que la ley impone.

Ahora bien estudiaremos como se otorga la libertad provisional bajo caución.

2.- SISTEMA DE OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

Por lo que se refiere a las hipótesis de las que puede partirse para conceder el derecho a disfrutar de la libertad provisional bajo caución, encontramos 3 posibles sistemas:

a) Sistema Indiscriminado: Que se conceda a cualquier persona privada provisionalmente de la libertad, sistema que es desconocido en la realidad.

b) Sistema Personal Discriminado o sistema cualitativo de la personalidad. Que se conceda solo a quienes no representen un gran peligro social y se niegue a quienes lo representen caso en el cual se atiende a su personalidad.

c) Sistema de penalidad o sistema cuantitativo de la sanción: Que se concede a quienes se encuentran procesados, o vayan a ser procesados por delitos con penas menores, y se les niegue a los enjuiciados por delitos

gravemente sancionados. Aquí se atiende a la penalidad que podría merecer el hecho calificado como delictuoso.

González Bustamante menciona "En un proyecto de reforma al artículo 20 Constitucional, elaborado por el Secretario de Gobernación del Presidente Lázaro Cárdenas, se establecía que no debía concederse la libertad caucional a los reincidentes, a los que tuviere varios procesos y a los malvivientes." ⁴⁴

En suma el sistema acogido en México para conceder la libertad provisional mediante caución, es aquél que tiene en cuenta la gravedad del delito. Así podrán gozar de la libertad provisional bajo caución, según disposición constitucional, aquellos que estén procesados por delito que la Ley no considere como grave.

En la Constitución no se regulan los casos de acumulación ni los de penas agravadas o atenuadas, que la reglamentación secundaria se ha encargado de configurar y que es importante considerar para la procedencia de la libertad provisional bajo caución.

⁴⁴ González Bustamante, Juan José; Ob. Cit. p.-110.

E.- TRAMITE PARA OBTENER LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

Aún cuando la libertad provisional bajo caución se encuentra enclavada entre los incidentes, no se tramita por separado del procedimiento principal. Esto así, en virtud de que en caso contrario tal vez se vulneraría la celeridad que la Constitución ha querido imponer al otorgamiento de ese beneficio. Disponen los Códigos que la libertad caucional se resuelva de inmediato, en la misma pieza de autos (artículo 558 Cdf. y 400 Cf.) sin el trámite de pequeño juicio que acompaña a los incidentes. Otra cosa ocurría al amparo de los Códigos de 1880 y 1894, en que la liberación se otorgaba o negaba, previo conocimiento por separado del asunto, con audiencia de partes. ⁴⁹

La libertad es algo de lo máspreciado para el hombre. El liberalismo le dio tónica privilegiada y a partir de ese momento, todas las Constituciones, basadas en la corriente liberal, luchan por protegerla. Es tan exagerada la inquietud de proteger la libertad, que se extiende hasta los inculpados, encontrándose en todas las legislaciones modernas, cierta inclinación por concederles, hasta donde sea posible, el goce del "bien" que hemos citado. Nuestra Constitución también es protectora de la libertad de los inculpados y entre las instituciones que ha previsto para favorecer ésta, se halla la libertad provisional bajo caución, cuya mira es concederla en todos aquellos casos en que esa concesión no dañe la buena administración de justicia. La prisión preventiva tiene por objeto evitar una posible evasión de la justicia y en tanto que ello puede lograrse recurriendo a otros medios que no perjudiquen la

⁴⁹ CFR. García Ramírez, Sergio; Curso de Derecho Procesal Penal. 4a. Edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1983, P. 481.

libertad, se les deben dar cabida. Es éste el fundamento de la libertad bajo caución, la cual, en términos sumamente generales, se puede definir como el procedimiento promovido por el inculpado, su defensor o su legítimo representante, en cualquier tiempo (arts. 557 del Código del Distrito y 400 del Código Federal) y con el objeto de lograr su libertad mediante caución (en cualquiera de sus formas) que garantice la sujeción del propio inculpado a un órgano jurisdiccional.

El trámite a seguir lo establece el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal del artículo 557 al 561 y 567 cuyo contenido a continuación se explica:

La libertad bajo caución podrá pedirse en cualquier tiempo por el acusado, por su defensor o por el legítimo representante de aquél (Art. 557).

Una vez reunidos los requisitos legales, el juez decretará inmediatamente en la misma pieza de autos la Libertad Caucional (Art. 558).

En caso de que se niegue la libertad caucional puede solicitarse de nuevo y ser concedida, por causas supervenientes (Art. 559).

La naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado, quien al solicitar la libertad manifestará la forma que elige. En el caso de que el inculpado, su representante o su defensor no hagan la manifestación mencionada, el Ministerio Público, el Juez o el tribunal, de acuerdo con el

artículo que antecede, fijará las cantidades que correspondan a cada una de las formas de la caución (Art. 561).

Al notificarse al indiciado el auto que le concede la libertad caucional, se le hará saber que contrae las siguientes obligaciones, presentarse ante el Ministerio Público o el Juez cuantas veces sea citado o requerido para ello; comunicar a los mismos los cambios de domicilio que tuviere y presentarse ante el Ministerio Público, juzgado o tribunal que conozca de su causa el día que se señale de cada semana. En la notificación se hará constar que se hicieron saber al indiciado las anteriores obligaciones, pero la omisión de este requisito no libra al indiciado de ellas ni de sus consecuencias (Art. 567).

De lo anterior podemos concluir que la libertad provisional bajo caución no es un incidente, que se puede pedir en cualquier tiempo del proceso ya sea por el inculcado o su defensor y que independientemente de todo el inculcado queda obligado ante el Juez que conoce de su proceso a presentarse cuantas veces sea requerido por el mismo.

1.- REVOCACIÓN DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

Hasta este momento hemos analizado la forma en que el inculcado puede obtener la garantía de libertad provisional bajo caución, ahora nos corresponde hacer un breve estudio de las causas que dan origen a que se revoque la garantía de libertad provisional bajo caución mencionada.

Haciendo un análisis lógico jurídico podemos decir que la libertad provisional bajo caución se revoca por que el inculpado no cumple con las obligaciones que contrajo con el Juzgado;

Cuando desobedeciere, sin causa justa y comprobada, las órdenes legítimas del tribunal que conozca del asunto;

Cuando fuere sentenciado por un nuevo delito intencional que merezca pena privativa de libertad, antes de que la causa en que se le concedió la libertad esté concluida por sentencia ejecutoriada;

Cuando amenazare a la parte ofendida o algún testigo de los que haya depuesto o tengan que deponer en su causa, o tratare de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, al Juez, Al Agente del Ministerio Público o al secretario del juzgado o tribunal que conozca de su causa;

Cuando lo solicite el mismo inculpado a su juez;

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

Cuando en su proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia; (Art. 568).

En caso de revocación de la libertad caucional se mandará reaprehender al procesado y se hará efectiva a favor de la víctima o del ofendido por el delito la garantía relativa a la reparación del daño las que versen sobre las sanciones

pecuniarias y para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso, se harán efectivas a favor del Estado. (Art. 569).

Con lo anterior damos por terminado el análisis de la libertad provisional bajo caución por lo que podemos concluir que la misma procede tomando en cuenta la gravedad del delito y es preciso hacer notar que los requisitos y el trámite que se sigue ante el Tribunal para obtener la misma es procedente en la etapa de Averiguación Previa. Asimismo una de las causas más importantes por la que se revoca la libertad provisional bajo caución es la desobediencia a cumplir con las obligaciones contraídas con el Juzgado derivadas del proceso penal.

CAPITULO III

ANALISIS DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION EN LA COMISION DE LOS DELITOS GRAVES EN GRADO DE TENTATIVA.

A.-Antecedentes de la Tentativa

B.-Concepto de Tentativa

C.-Clasificación de la Tentativa

D.-Análisis del artículo 12 del Código Penal para el
Distrito Federal

E.- La Necesidad de reformar el artículo 268 del Código
de Procedimientos Penales para el Distrito Federal

F.-Jurisprudencia al respecto

CAPITULO III.

ANÁLISIS DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS GRAVES EN GRADO DE TENTATIVA.

A. ANTECEDENTES DE LA TENTATIVA.

Para comprender la actual significación jurídico-penal de la tentativa, es útil dar una breve referencia histórica al desarrollo que la misma ha tenido.

En las épocas más antiguas que establecían la responsabilidad por el resultado, no se conocía este concepto, por cuanto no se producía, con la tentativa, perjuicio alguno. Nos abstenemos de examinar si ha existido un mero derecho penal de resultado en el comienzo de aquella evolución jurídico-penal. Podemos decir que la tentativa se ha desarrollado poco a poco, antes de tener el sentido que le damos en la actualidad.

En la época franca no encontramos un concepto general de tentativa, pero si la equiparación de la tentativa a la consumación de un delito flagrante y el castigo en los casos de exposición a peligro de la vida, en la paz general, etc.

Los derechos populares ya habían castigado especialmente con pena las acciones correspondientes, como las de: desvainar el cuchillo, arruinar caminos, asaltar, etc.

Vamos a estudiar ahora como ha evolucionado el concepto de tentativa a través de la historia en Roma, Alemania, Italia y México.

1. EL DERECHO ROMANO.

El Derecho Romano, siguiendo el principio de que no hay delito sin actividad manifestada, no llegó a concretar un criterio distintivo entre consumación y tentativa, ni creó término técnico alguno para diferenciar tales grados del delito.

En el Derecho Penal Privado siempre se atendió al daño causado, sancionándose únicamente los delitos consumados; en el Derecho Penal Público, sin embargo, no tuvo validez absoluta la regla anterior, pues a pesar de la exigencia de que el animus entrase en el campo de la exteriorización material, no llegó siempre a requerirse un resultado caracterizado en un daño. En los delitos de lesa majestad, por ejemplo, era punible como delito consumado, cualquier acto exteriorizador de la voluntad, aun cuando se tratara de actos puramente ejecutivos. No obstante, en los últimos tiempos del Derecho Romano, la circunstancia de que el resultado no llegara a consumarse constituía, en algunos casos, una atenuante.

La idea de la tentativa debe su origen a la ciencia jurídica medieval de Italia. En el Derecho Romano falta el concepto y la palabra técnica de la tentativa: Más por el contrario en las Leyes Cornelia, algunos actos de tentativa y de preparación están sancionados con la pena del delito consumado. Bajo la influencia de la retórica literaria y filosófica fue acentuándose más y más, especialmente desde Adriano, el lado subjetivo del delito, la voluntad en contraposición al exitus y por tanto, el flagitum imperfectum en general, fue

sancionado con penas atenuadas. Pero ni siquiera el Derecho Romano ulterior llegó a formar un concepto general de la tentativa.⁸⁰

2. EL DERECHO GERMÁNICO.

En el Derecho Germánico fue desconocida en un principio la tentativa. Posteriormente aún cuando no llegó a precisarse una forma diferenciadora, se equiparó la tentativa al delito consumado, principalmente en el delito flagrante. Por fin en los siglos XIV y XV parece reconocerse el concepto de la tentativa en el sentido moderno, sin que ciertamente puedan señalarse desde allí líneas de enlace inmediatas con la época presente.

Fue el Código llamado de la Carolina (Constitución Criminal) dictado por Carlos V, el primero que contiene una definición de la tentativa como elementos distintivos de este instituto penal, tales como actos externos de voluntad criminal y falta de consumación del evento contra la voluntad del agente; tal definición la contiene el artículo 178, el cual influyó notablemente en los diversos Códigos Penales de los estados alemanes.

Gran influencia ejerció también el Código Josefino dictado en 1787, que exigió para la punición de la tentativa la realización de actos dirigidos a la consumación de un delito aspecto en que fue secundado por la Ley francesa del año IV, por el Código Francés de 1810, el Código Sardo y otros. El Francés de 1810 consagró la fórmula del comienzo de ejecución para definir la tentativa, concepto recogido por el Código Prusiano de 1851 y el de Baviera de 1861,

⁸⁰ CFR. Pavón Vasconcelos, Francisco; Ob. Cit., pp. 439-440.

iniciando la evolución de los Códigos europeos de siglo XIX en esta materia. A partir de la Carolina empieza a precisarse la distinción entre actos preparatorios, actos de ejecución como constitutivos de tentativa punible y delito frustrado o tentativa acabada. Se observó casi invariable el principio de penar en forma atenuada la tentativa y, en algunos casos, se equiparó en cuanto a la sanción, el delito frustrado y el consumado.⁵¹

3.- EL DERECHO ITALIANO.

El Derecho Italiano en la edad media considera más exactamente, desde el punto de vista científico el concepto de la tentativa (conatus). La tentativa se describe como un cogitare, agere, sed non perficeré, y se castiga más levemente (extraordinem). Se toma en cuenta, asimismo, la tentativa inidónea y el desistimiento en la tentativa. Dahm describe en su obra *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter* (El Derecho Penal de Italia en las postrimerías de la edad media), la extensa trayectoria ideológica que fue necesario recorrer para arribar, desde la concepción concreta de los derechos más antiguos, el concepto de la auténtica tentativa que se remonta, esencialmente al siglo XIV. Los estatutos Italianos fijaron verdaderas reglas acerca de la tentativa, pero sin dejar de reconocer la concepción antigua. también tiene importancia la jurisprudencia de la iglesia. Bajo la influencia de la práctica. También la teoría propicia que la tentativa sea castigada más levemente que el hecho consumado.

52

⁵¹ CFR. IBIDEM. p. 441

⁵² CFR. Mezger, Edmund; Derecho Penal. 2a Edición, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990, pp. 276-277.

4. REGULACIÓN DE LA TENTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL MEXICANO.

En este punto nos ocuparemos de analizar los antecedentes de la regulación de la tentativa, exclusivamente en la legislación penal mexicana, tanto en materia federal como local.

a) CÓDIGOS Y PROYECTOS FEDERALES

En materia federal tenemos, en primer lugar, el Código Penal de 1871, conocido también como Código Martínez de Castro, el cual regula la tentativa en el capítulo II título primero (Arts. 18-26), partiendo de la siguiente distinción en los grados del delito intencional:

- I.- Conato;
- II.- Delito Intentado;
- III.- Delito Frustrado, y
- IV.- Delito Consumado (Art. 18).

Como se señala en la exposición de motivos, esta distinción encierra como novedad la inclusión del delito intentado como intermedio entre el conato y el delito frustrado, que son dos figuras que hasta entonces se habían admitido en los Códigos, sobre todo europeos, como el español.

Señalándose como fundamento de esta innovación que, además de que no puede decirse con propiedad que se frustra una cosa imposible que se intenta ejecutar, no es justo aplicar la misma pena a quien se le frustra la

ejecución de un delito posible, que al que intento vanamente cometer un delito irrealizable.

Conforme a este Código, el conato de delito consiste en ejecutar uno o más hechos encaminados directa o inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que lo constituye (Art. 19), siendo punible solamente cuando no se llegue al acto de la consumación del delito, por causas independientes de la voluntad del agente (Art. 20). Si analizamos el contenido de estos artículos de este Código, encontramos una redacción análoga a lo que el Código de 1931 establece en su artículo 12 hasta antes de la reforma de 1985, lo que quiere decir que, lo que entonces se llamó conato es lo que actualmente se conoce como tentativa. Pero es importante destacar lo que señala el artículo 22 del Código de 1871, al establecer: "En todo conato, mientras no se pruebe lo contrario, se presume que el acusado suspendió la ejecución espontáneamente, desistiéndose de cometer el delito"³³. Redacción muy clara y reveladora del criterio que animó a este Código, que está acorde con el contenido de su artículo 8, por parte del principio de presunción de inocencia. Cosa distinta sucede en el Código de 1931, al reconocer en su lugar, el principio de presunción de intencionalidad.

Por delito intentado, en cambio, se entiende aquél que llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación, si esta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible, o porque son evidentemente inadecuados los medios que se emplean (Art. 25). Esto corresponde a lo que la doctrina conoce como tentativa inidónea o delito imposible, que se regula de manera expresa en algunos Códigos. El delito

³³ Madrazo, Carlos A.; *La Reforma Penal (1983-1985)* México, Porrúa S.A., 1989, p. 192.

frustrado por su parte, es el que llega hasta su último acto en que debió verificarse la consumación, si ésta no se verifica por causas extrañas a la voluntad del agente, diversos de los que se expresan en el artículo que precede (Art. 26). Esta expresión es utilizada sobre todo en la legislación española y corresponde a lo que llamamos tentativa acabada.

b) EL CÓDIGO PENAL DE 1929.

Este Código sólo habla de delito consumado y tentativa o conato, usando como sinónimos estos dos últimos vocablos. Según el artículo 22 de este Código, hay tentativa punible cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente por actos idóneos y no practica todos los esenciales de ejecución que debieren producir el delito, por causa condición que no sean su propio y espontáneo desistimiento.

Se regula expresamente el desistimiento y el arrepentimiento en los artículos 24 y 25, así como otras situaciones relacionadas que no son previstas por el Código de 1931.

De la regulación de la tentativa, se puede vislumbrar ya cierta intención de adoptar el criterio del principio de ejecución, cuando el artículo 22 habla del inicio de ejecución exterior del acto y a diferencia del Código de 1871, en este ya no se mantiene el principio de presunción de inocencia ni de que el acusado suspendió espontáneamente la ejecución, si no se incluye el principio de presunción ni intencionalidad como también sucedió en el Código de 1931.

B. CONCEPTO DE TENTATIVA.

Para poder analizar el concepto que nos da el Código Penal de 1931 que seguiría en orden cronológico al estudio que estamos realizando, tenemos que estudiar primeramente los elementos del concepto de tentativa que nos da la doctrina.

Empezaremos por decir que todos los delitos tienen un desenvolvimiento propio que se compone de una serie de actos que constituyen las etapas del proceso criminoso, al que se le ha llamado *iter criminis*. Todo *iter criminis* comienza como un proceso psíquico que tiende a transformarse en conducta delictiva. El periodo *iter criminis* sólo puede darse en los delitos donde el sujeto decide, piensa y resuelve cometer un ilícito, éste es, en los delitos dolosos.

Zaffaroni dice que "desde que el designio criminal surge como un producto de la imaginación en el fuero íntimo del sujeto, hasta que se opera el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso, parte del cual no se exterioriza necesariamente en forma que pueda ser advertida por ningún observador fuera del propio autor. A este proceso se denomina *iter criminis* o camino del crimen, significando así al conjunto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito" ⁴⁴

Pensamos que todos los delitos dolosos en general, y sin excepción alguna, tienen un camino que recorrer y que es el que los autores llaman *iter criminis*.

⁴⁴ Zaffaroni, Eugenio; Tratado de Derecho Penal. Tomo IV, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1988. p. 409.

Todo delito nace, como toda acción humana, en la mente del autor. La deliberación puede ser breve e incluso faltar lo que explica que, de concurrir la premeditación constituye una circunstancia de agravación. Pero la resolución, es presupuesto de todo hecho doloso, aunque en la comisión puede adoptar forma pasiva. Por lo que decimos que la fase interna del delito no puede ser objeto de castigo por el derecho, si no sólo en cuanto se traduzca a una fase externa.

El maestro Porte Petit sostiene que el iter criminis comprende dos esferas: una subjetiva en la que se da la concepción deliberación y decisión del delito, y otra exterior, que incluye la manifestación de la resolución del sujeto, actos preparatorios, actos ejecutivos (en los que se puede dar la tentativa inacabada o acabada y la tentativa imposible por inidoneidad de los medios, o inexistencia del objeto jurídico o material).⁴⁴

Como veremos después el concepto actual de tentativa que nos proporciona el Código Penal en su artículo 12 no contempla a los actos preparatorios.

Consideramos que las etapas del iter criminis son grados de realización del delito y por lo tanto un grado de realización es tanto más merecedor de pena cuanto más se aproxime a la consumación típica.

El iter criminis es el camino recorrido por el delito, que va desde su ideación en la mente del agente hasta su ejecución. Este camino o vida del

⁴⁴ CFR. Porte Petit, Celestino: Programa de Derecho Penal. 3a Edición, México, Editorial Trillas, 1990 p. 740.

delito tiene dos fases una interna y subjetiva; otra externa y objetiva en la que se da su ejecución, todos los autores coinciden en señalar que el delito tiene estas dos fases y que la interna no es tema del derecho penal si no más bien del ámbito moral.

Concordamos con que el delito tiene dos fases, pero consideramos que la fase interna esta compuesta por una idea criminosa, deliberación y resolución del delito, actos no punibles; mientras que en la fase externa encontramos a la comunicación o exteriorización, preparación y ejecución; en esta última aparece la tentativa (delito frustrado) acabada, inacabada o imposible, y la consumación, que es el logro del objetivo ilícito.

Ahora vamos a analizar cada una de estas fases que integran el camino del delito:

1. FASE INTERNA.

La fase interna del iter criminis comprende:

- a) Idea Criminosa.
- b) Deliberación.
- c) Resolución.

En esta fase interna como ya mencionamos, el delito no ha sido exteriorizado, la idea de cometerlo está en la psique del agente, "surge primero

lo que los escolásticos llamaban la tentación o idea de delinquir, aparece en la mente del sujeto, este puede rechazarla o no." ⁴⁸

La idea criminosa es la sola representación del delito en la mente del sujeto; tal sería el caso de quien desea matar, se imagina el hecho de ver a su víctima privada de la vida. Después de la idea de cometer el delito surge la deliberación, que es la lucha interna entre el bien y el mal pensamiento, el agente examina el pro y el contra de una conducta delictiva, tomando fielmente una decisión. En este periodo rechaza o determina una resolución criminal. La deliberación también es un acto que se efectúa en la mente y constituye el examen detenido que realiza el sujeto de la idea criminosa; es el análisis detallado en el que piensa si ejecuta o no el hecho delictivo. Una vez analizada la idea criminosa, aunque puede también ser rechazada, el sujeto debe decidir si la realiza o no, con lo que aparece lo que hemos definido como resolución.

Como hemos dicho con anterioridad, esta fase subjetiva, que únicamente se desarrolla en el sujeto no es importante para nuestro derecho penal, en virtud de que éste tipifica únicamente conductas, que son hechos externos.

Al respecto, opina el maestro Porte Petit que "en la doctrina se cuenta con un principio rector como base para la aplicación para la punibilidad a los momentos o etapas del iter criminis; así, se considera, que un momento del iter criminis debe sancionarse en tanto se encuentre cerca del último momento del camino del delito: La consumación, y será merecedor de menor pena, si la etapa

⁴⁸ Jimenez de Asúa, Luis: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, Buenos Aires, Argentina., Editorial Sudamericana, 1990, p. 459.

respectiva de éste camino se aleja más de aquella, hasta llegar a la fase interna o al pensamiento, que no debe sancionarse" ⁸⁷

El pensamiento delictivo no está penado, el hecho puede ser punible cuando el delito se encuentra en su fase externa en las situaciones debidamente marcadas por nuestra ley penal. Por esto carece de relevancia en el iter criminis la fase subjetiva, ya que únicamente son hechos punibles los exteriorizados por el sujeto, tendientes a la comisión del ilícito penal.

En conclusión, podemos decir que la transgresión interna o subjetiva de la ley penal no es suficiente para constituir un delito y por tanto originar una pena.

2.- FASE EXTERNA.

La fase externa comprende:

- a) Comunicación o exteriorización.
- b) Preparación.

-Acabada

1) Tentativa -Inacabada

c) Ejecución -Imposible

2) Consumación

La fase externa del iter criminis es la que tiene relevancia en el Derecho Penal el sujeto exterioriza su resolución de delinquir, realizando actividades

⁸⁷ Porte Petit, Celestino, Ob. Cit. p. 742.

encaminadas a la preparación del hecho delictivo, como procurarse los medios para su realización, observar el lugar, el momento, buscar cómplices; después ejecutar su conducta y finalmente es consumado el hecho delictivo.

Algunos autores consideran que entre la fase interna y la fase externa hay una fase intermedia que está contigua a los actos preparatorios, en la que encontramos la exteriorización o también llamada resolución manifestada, para nosotros, ésta pertenece a la fase externa a virtud de que es un acto exterior, como dice el maestro Porte Petit "externo" es lo que obra o se manifiesta al exterior; sea en forma verbal o material y que linda con los actos preparatorios, distinguiéndose de éstos en que en la resolución manifestada que forma parte de la fase externa con la fase que subsigue, o sea, los mencionados actos preparatorios, no hay exteriorización de hechos materiales y en los preparativos si los hay".⁵⁴

Se contraponen a nuestra opinión y a la del maestro los autores como Jiménez de Asúa, que dice al respecto: "Entre la fase interna, actualmente impune, y la externa, existen varias zonas intermedias, y de ellas, dos principalmente merecen un examen detenido: la resolución manifestada y el delito putativo".⁵⁵

La resolución manifestada como ya se expresó es lo que llamamos comunicación o exteriorización. Cuando la fase interna o subjetiva del iter criminis le corresponda un acto externo no delictivo y por tanto no punible, entonces estaremos en presencia del llamado, delito putativo. Puede darse el

⁵⁴ IBIDEM p. 744.

⁵⁵ Jiménez de Asúa, Luis; Ob. Cit. p. 464.

caso en que el sujeto realice una acción pensando que está prohibida como delito, siendo que no lo es; o bien, por un error, la acción del sujeto no es idónea jurídicamente para conformar o colmar un delito, en ambos casos estaríamos frente a la figura del delito putativo, aquél que se tiene por el agente como delito sin que en realidad lo sea.

La manifestación es un acto externo y pertenece precisamente a la fase externa y objetiva. La comunicación o exteriorización es la manifestación del pensamiento criminoso. La comunicación o exteriorización consiste en dar a conocer a los demás, por medio de la palabra, la idea criminoso de delinquir que ya se encontraba en la mente del sujeto.

En nuestro sistema jurídico, sólo por excepción es penada la resolución manifestada y podemos citar los siguientes artículos: el artículo 125 del Código Penal Federal que castiga "al que incita al pueblo a que reconozca al Gobierno impuesto por el invasor o a que acepte una invasión o protectorado extranjero"; el artículo 282 que castiga al que infiera amenazas; el artículo 209, que impone pena al que provoque públicamente a cometer un delito; el artículo 13 fracción V, considera responsable del delito al que determina dolosamente a otro a cometerlo. En general, podemos decir que nuestro Derecho Positivo se refiere a dos formas genéricas: La proposición y la conspiración, que pueden ser contra la seguridad exterior e interior de la nación integrando delitos independientes pero en función de los tipos expresamente recogidos en la ley; por tanto, sólo es dable hablar con propiedad de proposición para cometer traición y de conspiración para realizar traición, espionaje, rebelión, sedición y otros desórdenes públicos; no es posible, por ende y con base en la ley, enjuiciar a

nadie por proposición de robo o por conspiración de homicidio. Las amenazas y la provocación de un delito constituyen igualmente tipos autónomos.

Una vez que se exteriorizó el pensamiento, se inicia la propagación del delito. Así de la resolución de delinquir; continúa la obtención de los medios o búsqueda de las condiciones adecuadas para delinquir.

La preparación consiste en hacer las operaciones necesarias para ejecutar el delito. Podemos decir que, en un principio, la preparación es impune, ya que sólo excepcionalmente puede ser castigada. La mayoría de las veces es indiferente para el derecho penal, ya que por ejemplo la compra de un veneno, no quiere decir que sea para matar a un sujeto, la excepcionalidad de un castigo en los actos preparatorios está encaminada a que éstos representen una amenaza actual al orden jurídico social. El acto preparatorio está encausado a reunir los elementos necesarios para cometer el delito; en esta etapa preparatoria no hay todavía una preparación al tipo penal.

Respecto a la punición de las fases anteriores a la consumación del delito existen tres grupos y teorías: objetivas, subjetivas y mixtas.

Las teorías objetivas sostienen que la razón de castigar a los actos preparatorios es el peligro en el que se coloque el bien jurídico protegido. Lo que explicaría que aún estando dirigida por una finalidad subjetiva, se castiga de diferente forma la preparación cuando es punible, la ejecución imperfecta y la consumación.

Las teorías subjetivas basan la punición en la voluntad contraria a derecho, manifestada o expresada.

Las teorías mixtas sostienen que la punición se fundamenta en la voluntad delictiva pero creen necesario limitar el castigo por exigencias subjetivas como que el hecho produzca una conmoción de la colectividad.

En nuestro sistema jurídico, serán punibles los actos preparatorios que se encuentran descritos en la acción constitutiva del delito. En general no son punibles, sólo por excepción. Un ejemplo de punición de un acto preparatorio lo señala la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos en su artículo 77 fracción I: "Serán sancionadas con penas de uno a diez días multa, o por falta de pago con el arresto correspondiente que en ningún caso excederá de 36 horas: I.- Quienes posean armas en lugar no autorizado o que no sea su domicilio."

La última etapa de la esfera externa del iter criminis es la consumación, el acto o actos unívocos e idóneos para la realización del hecho delictivo, la voluntad en esta etapa es única, decidida y resuelta a delinquir; con éste acto comienza la violación a la norma. Es un acto unívoco por que se distingue sin equivocación de la intención de cometer el delito y es idóneo por que es adecuado y conveniente para colmar el tipo penal.

Una vez que hemos estudiado las etapas de la vida del delito podemos entrar al análisis de nuestro tema de estudio que lo es la tentativa por lo que estudiaremos algunas definiciones que nos da la doctrina:

Para el autor Miguel Angel Cortés Ibarra "hay tentativa cuando se realizan actos encaminados objetiva y subjetivamente a la consumación de un delito si éste no se produce por la invasión de causas interruptoras, externas y ajenas a la voluntad del agente".⁸⁰

De la definición transcrita se infiere que la tentativa consta de varios elementos que son:

- 1.- La intención dirigida a cometer un delito,
- 2.- La conducta encaminada a la realización del delito y
- 3.- Un resultado no verificado por causas externas.

Por lo que podemos decir que la tentativa es de naturaleza imperfecta en relación al delito consumado.

Por su parte Carlos Fontán Balestra nos define a la tentativa como: "El comienzo de ejecución de un delito determinado con dolo de consumación y medios idóneos, que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor".⁸¹

Para Fernando Castellanos la tentativa constituye "Los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto".⁸²

⁸⁰ Cortés Ibarra, Miguel Angel; Ob. Cit. p. 400.

⁸¹ Fontán Balestra, Carlos; Derecho Penal, 12a Edición, Buenos Aires, Argentina., Editorial Abelardo Perrot, p. 415.

⁸² Castellanos, Fernando, Ob. Cit. p.279.

Como podemos observar los anteriores conceptos tienen los mismos elementos ya mencionados, por lo que podemos concluir que la tentativa ocurre al existir plena voluntad del sujeto para consumar el delito y éste no se logra por causas ajenas a su voluntad.

A continuación analizaremos los elementos de la tentativa numerados con anterioridad.

1.- La intención dirigida a cometer un delito: Empezaremos por decir que la intención dirigida a cometer un delito es indispensable, por que al no haber intención delictuosa tampoco puede existir la tentativa. El dolo proviene del tipo de delito que se desea cometer. De esta manera, la intención es inequívoca, no admite interpretaciones, esa intención a la que nos referimos debe estar dirigida a la comisión de un delito.

2.- La conducta encaminada a la realización del delito: Para que exista la tentativa tiene que darse por lo menos un acto idóneo. Este acto puede ser de cualquier naturaleza, resulta indispensable; la idoneidad debe concretarse, es decir, ser capaz de producir el resultado que se ha propuesto el activo, sin que lo pueda conseguir por causas ajenas a su voluntad.

3.- Un resultado no verificado por causas externas: Este elemento nos permite ver con claridad que el acto delictivo estuvo incompleto, bien por que la conducta no se realiza, o por que el resultado no se verifica.

C. CLASIFICACIÓN DE LA TENTATIVA.

La ejecución puede ser subjetivamente completa y objetivamente incompleta o imperfecta, en cuyo caso se habla de delito frustrado o bien subjetiva y objetivamente incompleta o imperfecta, en el que se habla de delito tentado, tentativa o conato.

"En todo delito existen acciones, externas, decía el ilustre Carrara, y estas se componen de diversos momentos físicos, así como las internas se componen también de diversos momentos morales. Los momentos físicos pueden estar incompletos tanto subjetiva como objetivamente, cuando ninguno de ellos haya tenido su curso y por tanto no se haya alcanzado el fin propuesto por el culpable; en ocasiones tales momentos pueden estar subjetivamente completos pero objetivamente incompletos, pues a pesar de haberse agotado los momentos físicos de la acción, el derecho atacado por el agente no ha resultado afectado. En tales casos continúa diciendo Carrara, el delito presenta una degradación en la fuerza física, porque no está perfecta siquiera la acción, o si la acción fue perfecta, no está perfecta la ofensa a la ley"⁶³

Inicialmente se adoptó la clasificación bipartita, diferenciándose entre delito consumado y tentativa, sin distinguir en cuanto a ésta, si los actos realizados agotaban o no subjetivamente el delito. Más tarde los clásicos Italianos distinguieron la tentativa (conato) del delito frustrado, señalando como carácter de aquella su imperfección respecto a la actividad ejecutiva, al contrario de la frustración, en la cual el sujeto realiza todos los actos subjetivamente

⁶³ Carrara, Francesco: Derecho Penal, México, Harla, 1993, p 125.

necesarios para producir el resultado, sin que este llegue a verificarse por causas ajenas a su voluntad.

Jimenez de Asúa nos dice "Que los practicos al buscar el equilibrio entre el elemento subjetivo (intención) y el objetivo (daño), establecieron las diferencias entre tentativa y consumación, creando la figura del conato y llegando incluso a distinguir entre conato proxímó y remoto, como grados de aquel, conceptos que antecedieron al momento interruptor de la acción, con referncia al acto consumativo, para establecer así la cantidad del conato. En este criterio, funda Carrara dicha distinción, refiriendola a los actos que se desembruelven sobre el sujeto pasivo de la consumación, la cual se estimo comprensible en abstracto, pero difícil de concretar en la practica. Carrara distingui, entre delito perfecto y delito imperfecto. En el primero la violación al derecho tutelado se consume, mientras en el segundo no llega a realizarse a pesar de la voluntad proyectada a ese fin a través de actos apropiados. el delito queda imperfecto cuando imperfecta a quedado la acción al interrumpir .el curso de sus momentos fisicos, o porque a sido insuficientemente promovido, o cuando aun siendo perfecta la acción, en todo lo necesario a alcanzar el fin propuesto y por ello suficientes los momentos precisos para la finalidad, el efecto no ha sido logrado debido a un inpedimento imprevisto; en el primer caso surge el conato, en tanto en el segundo puede tenerse, en ciertas condiciones, el delito frustrado".⁴⁴

La mayoría de los autores y codigos modernos han abandonado la concepción tripartita (tentativa, delito frustrado y delito consumado), para volver a la antigua clasificación bipartita (tentativa y delito consumado), distinguiendose ahora entre tentativa inacabada y tentativa acabada. Debemos

⁴⁴ Jimenez de Asúa, Ob. Cit., p. 125.

reconocer, que en la actualidad la distinción entre tentativa y delito frustrado carece de importancia, pues los códigos la hacen innecesaria al comprender, en un solo concepto (tentativa), lo antiguamente conocido como instituciones diversas.

El código penal para el Distrito Federal en su artículo 12 establece dos clases de tentativa, por lo que pasamos a estudiar a la tentativa acabada y a la tentativa inacabada.

TENTATIVA ACABADA

"La tentativa acabada que se entiende como aquella ejecución completa de la conducta realizada por el activo encaminada hacia un resultado delictivo, pero éste no acontece por causas ajenas a su voluntad."⁶⁸

La tentativa acabada se define como la resolución de cometer un delito exteriorizando la conducta que debería de producirlo, sin embargo, aquel no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente.

Algunos autores denominan a la tentativa acabada "delito frustrado".

Existe una distinción importante entre los actos preparatorios del delito y la tentativa.

Al estudiar el iter criminis o vida del delito, observamos que los actos preparatorios son eventos que en sí, por su naturaleza, no se pueden considerar punibles, salvo casos de excepción; de ahí que ellos no se deban confundir con

⁶⁸ López Betancourt, Eduardo. Introducción al Derecho Penal, 2a. Edición, México, Porrúa S.A., 1994, P. 157.

la tentativa; un acto preparatorio podría ser para un homicidio, la compra de un arma de fuego; éste hecho no es en sí mismo un delito, a menos que hubiese una prohibición legal para ello; pero insistimos, en un principio no podemos considerarlo como un ilícito y, por supuesto rehusamos que pueda tratarse de una tentativa.

En la tentativa deben de presentarse los actos dentro de un periodo lógico, que respondan a una idoneidad, y por esto sin lugar a dudas, los actos preparatorios, por su naturaleza, están ajenos a esa idoneidad necesaria.

b). TENTATIVA INACABADA

"La tentativa inacabada consiste en la omisión de uno o varios actos tendientes a la verificación del delito. En este caso, la ejecución es incompleta, por lo que el resultado como consecuencia de tal omisión no se produce."⁶⁶

La tentativa inacabada, es cuando se tiene la resolución de cometer un delito, existiendo un comienzo de ejecución y no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

En resumen podemos decir que la diferencia entre la tentativa acabada y la tentativa inacabada es que en la primera el sujeto realiza todos los actos idóneos para la consumación del delito; pero el resultado deseado no se presenta por causas ajenas a su voluntad; y en la segunda el agente sin su voluntad omite uno de los actos indispensables para la consumación del delito y obviamente, éste no llega a presentarse.

⁶⁶ IBIDEM p. 157.

Tanto en la tentativa acabada como en la inacabada, el ilícito no se presenta por razones ajenas a la voluntad del sujeto, debido a factores externos que impidieron la consumación del ilícito.

c).DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO

Si el resultado esperado de la consumación de un delito no se presenta por causas ajenas a la voluntad del sujeto, se ha señalado que estamos frente a una tentativa. Por lo contrario, cuando la no realización o no consumación del ilícito se da por causas imputables a la voluntad del sujeto, estaremos frente a un desistimiento o un arrepentimiento.

"El desistimiento se presenta cuando antes de que el sujeto realice su conducta delictiva, la misma no la efectúa. El arrepentimiento es cuando ya cumplida o realizada la conducta, él mismo impide que se produzca el resultado."⁹⁷

Casi todas las legislaturas le dan valor pleno y reconocimiento absoluto al desistimiento como una figura no punible. Quien se desiste de su acción pecaminosa merece todo el respeto y la consideración de la sociedad y obviamente no se le sanciona. Así, Maggiore dice: "Desde el punto de vista de la política criminal, debe observarse que el que desiste de una acción delictuosa, incoada o completa, demuestra menor maldad y ciertamente menor peligrosidad que el que el que persiste en ella; por otra parte, es interés del Estado estimular el desistimiento y evitar un delito, prometiendo la impunidad, o

⁹⁷ IBIDEM p. 162.

un trato más benigno, al que se detiene ante las últimas consecuencias de la mala obra. Con razón dice Liszt: "A delincuente que desiste, puente de oro."⁶⁴

Se discute si sólo debe ser válido el desistimiento cuando sea voluntario, ésto es, cuando no sea aconsejado por otro. Esta diferencia ha hecho que el individuo se desista por su propia voluntad o por sugerencia de un tercero, no llegando a consumar su delito por así haberlo decidido, aunque haya sido producto de un consejo.

En efecto, el arrepentimiento implica sin lugar a dudas una mayor peligrosidad del sujeto, puesto que después de realizada su acción delictuosa, reflexiona que actuó mal y por lo tanto intenta que el resultado no se presente; tal sería el ejemplo de una persona que pretende la muerte de otra disparándole con un arma de fuego, y al haberlo hecho considera su conducta incorrecta y lo lleva al hospital salvándole con ello la vida; en este caso el arrepentimiento operará por lo que hace al delito de homicidio, pero no así al de lesiones, ilícito del cual será plenamente responsable. Por este hecho, la doctrina sostiene que el desistimiento es eficaz, mas no así el arrepentimiento; este criterio es válido en casos como el que planteamos de homicidio y lesiones, pero en otros el arrepentimiento es exactamente similar al desistimiento.

Respecto al desistimiento, la mayor parte de autores coinciden en señalar que tiene dos elementos: el objetivo y el subjetivo. El elemento objetivo es un inicio de ejecución encaminado a la consumación y el subjetivo es la decisión de suspenderla, de interrumpir la conducta.

⁶⁴ Maggioro, Giuseppe., Citado por López Betancourt, Eduardo., Ob. Cit., p.p. 162-163.

d). TENTATIVA IMPOSIBLE.

Se considera que hay tentativa imposible cuando, por falta de idoneidad del objeto, de los medios o del sujeto, no puede llegarse a la consumación del delito querido.

La tentativa imposible se encuentra relacionada con el delito imposible. Si en un momento dado hay imposibilidad para cometer un delito, esa imposibilidad elimina el que se pueda dar también la tentativa; de esta manera, el delito y la tentativa imposible van de la mano y existe una opinión generalizada de que este tipo de conductas no son sancionables, sino en la medida en que puedan producir un daño, distinto al querido.

Reiteramos que tanto el delito como la tentativa imposible se presentan cuando hay falta de objeto, de medios o de sujetos requeridos para que el delito efectivamente se logre. Asimismo, señalamos que existe opinión casi unánime de que este tipo de ilícitos no deben sancionarse, e inclusive en este sentido se ha orientado la jurisprudencia mexicana:

"La imposibilidad para cometer un delito elimina la punibilidad de una tentativa cuando los medios empleados son notoriamente inadecuados o no idóneos, o bien cuando es irrealizable por que es imposible, más no cuando uno de los copartícipes desiste de su propósito criminal y exclusivamente por esta causa los demás copartícipes no logran consumir la infracción penal."⁹⁹

⁹⁹ Lopez Betancourt, Eduardo., Ob. Cit., p. 165

Del delito y tentativa imposible, debe distinguirse el delito putativo, porque éste se define como la conducta no penada por la ley, cuando el autor cree erróneamente que sí lo está. Supone el agente, bajo los efectos de un error, de que existe un tipo penal aplicable a la conducta por él desplegada. En la tentativa imposible es típico lo que se pretende conseguir y que se intenta en forma inadecuada; en cambio en el delito putativo se tiene en mente que esta penado, o sea que es típico, lo que no lo es, y la conducta que se despliega es la idónea. es el caso particular el estado de Veracruz que no penaliza el adulterio, y si alguien bajo esa circunstancia, lo comete, estaremos frente a un caso de delito putativo. En el delito putativo, existe uniformidad de criterio de que no es sancionable.

Para concluir el tema de la tentativa, es justo mencionar que uno de los autores que más han profundizado sobre el tema es el doctor Celestino Porte Petit ⁷⁰ De las ideas que expresa al respecto, nos parece interesante incorporar los siguientes comentarios que el brillante autor formula:

1. La tentativa no es delito independiente, ello se debe a que implica una apreciación especial de la naturaleza de la propia tentativa, al corresponder a un momento del iter criminis o camino del delito.

2. La tentativa se presenta en los delitos de comisión por omisión y sus elementos son:

- a) Voluntad de cometer el resultado;
- b) Un comienzo de inejecución o inactividad, y
- c) No consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

⁷⁰ Porte Petit, Celestino., Ob. Cit., p. 750

3. Al desistimiento también se le puede llamar tentativa desistida o tentativa abandonada y sus elementos son:

- a) Querer el resultado;
- b) Comienzo de una ejecución;
- c) Cesación de los actos ejecutivos por voluntad del propio agente, y
- d) No consumación del delito.

En los delitos culposos no cabe la tentativa.

Si la omisión simple consiste en el no hacer, violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, es indudable que no da lugar a que pueda presentarse la tentativa, porque tan pronto no se realiza el hacer esperado y exigido, se comete el delito. Es decir, la omisión simple no admite el proceso ejecutivo del delito.

D. ANÁLISIS DEL ARTICULO 12 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Ahora bien, podemos analizar el contenido del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal el cual regula la tentativa en los siguientes términos:

"Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos que deberían producir el resultado, omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente."

"Para imponer la pena de la tentativa, el Juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito."

"Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyen por sí mismos delitos."

Del análisis de la ley positiva mexicana, observamos que son dos elementos básicos o esenciales de la tentativa:

- a) La resolución delictiva y
- b) El principio de la ejecución.

La resolución delictiva es un elemento subjetivo, íntimamente relacionado con la decisión tomada por el sujeto activo. El principio de ejecución, sin lugar a dudas es un elemento objetivo, comprobable y de evidente existencia. Nuestra ley positiva ha cumplido cabalmente con los avances doctrinarios referentes a la tentativa.

Luego entonces, la tentativa es la resolución que toma un sujeto para cometer un delito, realizando para ello una conducta tendiente a producirlo u omitiendo un acto indispensable; dando como consecuencia que el ilícito no se presente por causas ajenas a la voluntad del activo.

Nuestro Código Penal vigente, para evitarse el conflicto de explicar la tentativa acabada y la inacabada, sólo señala la existencia de tentativas punibles; pero al hablar de la no consumación por causas ajenas a la voluntad del agente, está dando pauta y reconociendo la existencia de ambas formas de tentativa.

Como ya lo hemos estudiado en el análisis que venimos haciendo a este artículo podemos concluir que existen dos formas de tentativa: La tentativa acabada y la tentativa inacabada.

Existe diversidad de opiniones en relación a la naturaleza de la tentativa. Por lo que cualquier concepto que pretenda darse sobre la tentativa se debe hacer en función del delito perfecto o consumado. Esto ha llevado a ciertos autores a denominar a la tentativa un delito secundario o imperfecto, pues faltando en ella la consumación sólo es posible su existencia en razón de un

determinado tipo legal al cual se la relaciona. Carrara considero a la tentativa como de un delito degradado en su fuerza física y, en consecuencia, de acción imperfecta.

Se ha considerado a la tentativa como una causa extensiva de la pena que amplifica el caracter delictivo de los hechos tipificados en la parte especial de los codigos y que, por ello, establece una especial tipicidad ubicada mas alla del circulo del delito consumado.

El autor Bettiol⁷¹ establece la imposibilidad de sancionar los actos dirigidos a la consumacion del delito cuando no se llega al fin propuesto, de no existir la norma secundaria de la tentativa, cuya funcion es extender la incriminacion de la norma principal. En consecuencia, la tentativa solo puede aplicarse en virtud de la necesaria relación existente entre ella y la norma incriminadora principal.

Por lo que podemos concluir que este autor concibe a la tentativa dependiente del tipo básico, ya que sin la existencia de éste no se hace posible el sancionar la conducta señalada como tentativa, pues la misma careceria de ilicitud penal.

Algunos autores consideran a la tentativa como un dispositivo amplificador del tipo, pero le niegan la autonomia considerando accesoria tanto su naturaleza como su rango jurídico penal, pues ontológica y teleológicamente solo entra en función cuando se conecta a un tipo específico.

⁷¹ Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Breve Ensayo Sobre la Tentativa. 4a edición, México, Porrúa, S.A., 1989, p.p.29-30

Para el autor J. Ramón Palacios la tentativa sanciona un acto tendiente a la lesión sin obtenerla, deduciendo de ahí que se requiere una norma específica incriminadora de dicha actividad, cuya naturaleza es accesoria de la norma principal y representa un grado menor de esta, pero al mismo tiempo es un título autónomo (tentativa, frustración), sin vida por sí misma y cuya previsión legal es indispensable dentro de nuestro sistema jurídico.⁷²

La imperfección de la tentativa surge de su contraste con el delito consumado. En lo que se refiere a su estructura, la tentativa es perfecta en sí, por presentar todos los elementos indispensables para configurar un delito: El hecho típico, la antijuridicidad y la culpabilidad, distinguiéndose únicamente del delito consumado en razón de su objetividad jurídica, en la cual no existe lesión efectiva al bien jurídico si no sólo el peligro de lesión. La tentativa se considera como el resultado de la combinación de dos normas, una principal y otra accesoria, originándose así un nuevo título de delito de carácter autónomo. En esta consideración la tentativa constituye un delito perfecto.

En nuestra opinión consideramos a la tentativa como dependiente del tipo básico, pues se desarrolla de la misma manera al configurarse cada uno de los elementos del tipo a excepción de la consumación que se ve sustituida por la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado, aunque se menciona que tiene una punibilidad concreta, todo lo debemos considerar en relación al tipo de delito básico pues si este no se encuentra regulado en la ley carecería la tentativa de ilicitud penal.

⁷² CFR. Palacios, J. Ramón, La Tentativa El Mínimo de Ilícitud Penal, México, Universitaria, 1951, p. 29.

E. LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 268 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

Cuando el tipo recibe una especial calificación en virtud de una circunstancia, llegada ésta, la consumación viola al mismo tiempo el tipo y la norma que prevé la circunstancia. El tipo es una combinación de dos preceptos legales: el que hipotiza la consumación y el que adosa la circunstancia. Como la tentativa no es sino la fusión de la norma del tipo y la genérica del delito tentado, referible a todos los tipos, con las excepciones que la ley misma determina, cuando se realiza una tentativa puede serlo de delito simple o de delito grave (circunstanciado). La circunstancia es un hecho de carácter objetivo o subjetivo, que se reporta a la pena.

Son objetivas las que se refieren a la naturaleza o especie del medio, al tiempo, lugar, a la gravedad del daño o del peligro; subjetivas las que contemplan la intensidad del dolo o de la culpa, la cualidad del imputado, sus relaciones con el ofendido. Siempre la circunstancia debe acompañar el comienzo de ejecución. En la frustración ya ha sido realizada totalmente. No importa en la tentativa inacabada que la circunstancia no esté completa, no es que se trate de tentativa de circunstancia, sino que existió tentativa del delito circunstanciado.

Dado que nuestro Código Penal para el Distrito Federal trata por igual a la tentativa acabada como a la inacabada, para efectos de la sanción, entraremos al análisis de esta última. El artículo 63 señala: A los responsables de tentativas punibles se les aplicará, a juicio de juez y teniendo en

consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposiciones en contrario.

En el texto del artículo se habla de tentativas punibles; de donde inferimos que acepta tanto la acabada como la inacabada, y la que se realiza de acción y por omisión, imponiendo una sanción atenuada, ésto es menor que de haberse consumado el delito. El arbitrio judicial es bastante, puesto que no habla de un mínimo aunque sí de un máximo; el juez no puede imponer más de las dos terceras partes de la sanción que le correspondiera si el delito se hubiera consumado.

Como se ve, tanto la tentativa acabada como la tentativa inacabada son punibles en la realización de cualquier delito; pero tenemos delitos determinados como graves en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y los cuales tienen una sanción penal agravada por la circunstancia que se da en ellos. Ahora bien estos tipos penales pueden ser cometidos en grado de tentativa y como ya hemos mencionado la sanción puede llegar hasta las dos terceras partes de la sanción que le correspondiere si el delito se hubiere consumado. Este tema tiene gran importancia en relación a la solicitud que hace el sujeto activo del delito tentado y considerado como grave para poder obtener la libertad provisional bajo caución, pues éste es uno de los momentos del procedimiento penal en el que se toma en cuenta la gravedad del delito como lo establece el artículo 556 fracción IV del Ordenamiento legal citado de lo que se infiere que los delitos graves no gozan del beneficio de dicha libertad. A lo que surge una interrogante por lo que

respecta a la tentativa en la comisión de este tipo de delitos, puesto que como lo hemos venido mencionando en el desarrollo del presente trabajo, el artículo que enumera a los delitos graves no establece nada referente a la tentativa. Ahora bien tenemos que algunos jueces otorgan la libertad provisional bajo caución y otros niegan dicha libertad argumentando que el tipo penal al ser considerado como grave y la tentativa por ser un grado del delito no tiene por lo tanto derecho a la libertad provisional bajo caución.

Con fundamento en el principio de legalidad que rige en materia penal como lo establece el artículo 14 constitucional esta prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata; y toda vez de que en la practica los jueces penales niegan la libertad provisional bajo caución en la comisión de delitos graves en grado de tentativa; esta actuación judicial es violatoria de garantías. Porque ademas el juzgador solo puede realizar lo que le esta expresamente permitido por la ley y tomando en cuenta el principio INDUBIO PRO REO que establece que en caso de duda debe estarse a todo lo favorable al reo, no es lícito negar la libertad antes mencionada.

Pero también es importante mencionar que si la actuación de los Jueces es violatoria de garantías se debe considerar que si se niega esta libertad es por el peligro de daño en que se pone en riesgo al bien jurídicamente tutelado.

Estamos de acuerdo en que la conducta de los jueces es violatoria de Garantías Constitucionales pero también consideramos que no es justo que una persona que realizó cierta conducta encaminada a cometer un delito grave y

éste no se consuma por causas ajenas a su voluntad, se le deje en libertad, ya que podemos considerarlo como un sujeto que afecta a la sociedad pues pone en riesgo la seguridad y la paz pública.

Aunado a lo anterior es importante mencionar que la libertad provisional bajo caución en la comisión de delitos graves en grado de tentativa debe negarse con fundamento en los criterios adoptados doctrinalmente, para justificar la previsión legal y la punición de la tentativa. Se pueden reducir a los siguientes:

1) En razón del peligro corrido: Esta teoría su punto de partida radica en la consideración de que, aun cuando la tentativa no produce un daño real de carácter inmediato, a virtud de la inconsumación, pone no obstante en peligro la seguridad de determinados bienes, cuya salvaguarda corresponde al Estado, a través del castigo de quien exteriorizó su intención delictuosa en actos a los cuales solo faltó la consumación por una causa ajena a su voluntad.

2) En razón de la violación voluntaria de un precepto penal: Este criterio puramente legal establece que el delito intentado es punible no por otra cosa sino porque constituye una violación voluntaria a un precepto penal, cualquiera que sea el criterio político aceptado en la formación de la ley.

3) En razón de la peligrosidad objetiva en concreto: El fundamento de esta teoría se encuentra en la voluntad criminal exteriorizada, atendiendo al hecho material en sí, sino a la intención traducida al exterior en actos peligrosos.

4) En razon de la alarma social provocada: Esta tesis encuadra el fundamento de la punibilidad en la alarma social despertada, en la vida comunitaria, por la ejecucion de los actos de tentativa.

5) En razon de la turbacion producida en el sujeto pasivo y la alarma en el ambiente en que se produce: Este criterio, se origina en la consideracion de que en el delito tentado, como en el consumado, existe la misma razon de punicion. Se trata, en ambos institutos, de la concreta intencion criminal manifestada en un acto exterior sancionado en virtud de su naturaleza antisocial. La tentativa presenta la caracteristica de ser la manifestacion concreta de una voluntad proclibe a violar la ley produciendo un doble perjuicio: Turba al sujeto y produce alarma en el ambiente social.

6) En razon de la disminucion, por la turbacion del orden juridico del sentimiento de la seguridad de los asociados: En esta teoria se argumenta la improduccion en la tentativa, de un daño material, en virtud de la ausencia del resultado; en cambio, mediante la acción tentada se llega a turbar el orden juridico, disminuyendo en esa forma el sentimiento de los asociados sobre su propia seguridad.

Por lo que es importante hacer hincapié en que el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal al no contemplar a la tentativa ha dejado una gran laguna en la ley que es necesario subsanar. Por lo que el objetivo principal de este trabajo, es que el legislador tome en cuenta a la tentativa y la incluya estableciendo claramente que debe negarse dicha libertad en la comisión de los delitos graves en grado de tentativa, teniendo como fundamento el peligro de daño que puso en riesgo el bien jurídicamente tutelado. Además debe considerarse que la intención del sujeto activo era la

consumación del tipo penal y el cual no se produjo por causas ajenas a la voluntad del agente.

Por todo lo anterior se propone una reforma al mencionado artículo en la que se establezca expresamente lo siguiente:

LOS DELITOS CONSIDERADOS EN ESTE ARTÍCULO COMO GRAVES QUE SEAN COMETIDOS EN GRADO DE TENTATIVA NO GOZARAN DEL BENEFICIO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

F. JURISPRUDENCIA

El análisis anterior podemos reforzarlo con las jurisprudencias que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado al respecto.

Instancia: Primera Sala.
Fuente : Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.
Época : 8A
Número : 16 - 18
Tesis : 1a/J. 4/89
Página : 59

RUBRO: AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL.

TEXTO: Atento a lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el auto de formal procesamiento sólo se precisará la materia de la causa a seguir, al determinar el órgano jurisdiccional los hechos delictivos que motivaron el ejercicio de la acción penal y subsumirlos provisionalmente dentro de una o varias disposiciones legales que tipifiquen tales hechos, sobre la base de que existan datos de la probable responsabilidad del acusado en su comisión. Por ello, todo juzgador al dictar un auto de formal prisión, debe limitar su actividad al estudio del cuerpo del delito (SIC) y de la probable responsabilidad del indiciado, sin analizar modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, ya que estos extremos deben ser objeto del proceso penal correspondiente y de la sentencia respectiva. No es obstáculo a la conclusión anterior, lo preceptuado por el artículo 20, fracción I, constitucional, en el sentido de que al resolverse sobre la

procedencia de la libertad provisional, deben tomarse en cuenta las calificativas o modificativas que para el delito materia del ejercicio la acción penal se invoquen por el Ministerio Público, ya que esta última disposición no se refiere en concreto al auto de formal prisión, sino a la hipótesis en que el acusado solicite y se le conceda la libertad bajo caución; además de que al reformarse el último de los dispositivos legales citados, en los términos aludidos, no sufrió enmienda el artículo 19 de la Constitución General de la República.

PRECEDENTES:

Contradicción de tesis 5/88.- Entre las sustentadas por el Primero y Segundo Tribunales Colegiados en Materia Penal del Primer Circuito.- 3 de mayo de 1989.- Mayoría de 4 votos, contra el de la ministra Victoria Adato Green de Ibarra.- Ponente: Samuel Alba Leyva.- Secretario: Carlos Arellano Hobelsberger.

La jurisprudencia transcrita sirve de apoyo a lo que veníamos analizando en el desarrollo del presente trabajo respecto a lo referente a la libertad provisional bajo caución que es una de las etapas del procedimiento en que se estudian las calificativas del tipo penal, de conformidad con lo que establece el artículo 556 fracción IV del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Época : 8A
Tomo : IX MAYO
Tesis : IV. 2o. 27, P
Página : 553
Clave : TCO42027 PEN

RUBRO: TENTATIVA DEL DELITO CONTRA LA SALUD. IMPROCEDENCIA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

TEXTO: Es improcedente 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 sólo constituye un grado de ejecución de la misma infracción.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

PRECEDENTES:

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.

En la jurisprudencia anterior la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos da el fundamento para poder negar la libertad provisional bajo caución en la comisión de delitos graves en grado de tentativa ya que la tentativa como lo hemos mencionado no constituye un delito independiente del delito tentado, sino que sólo es un grado del delito.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 8A

Tomo : VI SEGUNDA PARTE - 1

Tesis : 19

Página : 194

Clave : TCO12019 PEN

RUBRO: LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN, PARA SU OTORGAMIENTO DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN EN FORMA PROPORCIONAL LAS CALIFICATIVAS DEL DELITO TENTADO.

TEXTO: Las agravantes de un delito, aún cuando no se haya consumado plenamente ésto, 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 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 tentado como de sus agravantes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 51 párrafo segundo del Código Penal, 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 sí mismas delitos autónomos, sino por el contrario, ser subordinadas de aquí, al no tener existencia por sí solas.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 882/90.- Héctor Manuel Ruvalcaba García.- 31 de agosto de 1990.- Unanimidad de votos.- Ponente: J. Jesús Duarte Cano.- Secretario: Ruben Márquez Fernández.

Amparo en revisión 16/88.- Eduardo Miranda Pacheco.- 26 de febrero de 1968.- Unanimidad de votos.- Ponente: J. Jesús Duarte Cano.- Secretario: Carlos Loranca Muñoz. Octava Época, Tomo I, Segunda Parte - I, páginas 396 -397.

La jurisprudencia transcrita aunque todavía nos habla del término medio aritmético de cinco años para poder obtener la libertad provisional bajo caución nos establece claramente que la tentativa esta subordinada al tipo básico ya que no tiene existencia por si sola y por tanto al tener una agravante el tipo penal, también lo tiene la tentativa de dicho ilícito.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Epoca : 8A
Tomo : I SEGUNDA PARTE - 1
Tesis : 54
Página : 397
Clave : TCO11054 PEN

Rubro: LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN, TRATÁNDOSE DEL DELITO DE ROBO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA.-

TEXTO: El artículo 20 fracción I, de la Constitución Federal, establece que para determinar el término medio aritmético del delito que se imputa al acusado, el cual no deberá ser mayor de cinco años de prisión, para los efectos de la concesión de la libertad provisional bajo caución, debe tomarse en cuenta la penalidad del tipo básico y además las previstas en las modalidades del ilícito, es decir, las atenuantes y las calificativas. Por lo que tratándose de robo calificado en grado de tentativa, primeramente se debe sumar al mínimo y máximo de la punibilidad del delito de robo consumado a que se refiere el artículo 370 párrafo segundo, el mínimo y el máximo de la calificativa de robo prevista en el artículo 381 bis, ambos del Código Penal; en segundo lugar del mínimo y máximo obtenido de la suma, obtener las dos terceras partes, que serían la mínima y máxima, punibilidad para el delito de robo calificado en grado de tentativa; y en tercer lugar, de la suma de tal punibilidad se obtendrá el término medio aritmético a que se refiere el artículo 20 fracción I, mencionado.

De acuerdo a lo anterior, la punibilidad mínima del robo consumado calificado da un total de dos años; de ahí que las dos terceras partes de acuerdo con los artículos 51, segundo párrafo y 63 del Código Penal, para la punibilidad mínima es de un año, cuatro meses, la suma de estos mínimo y máximo es de diez años, ocho meses, dos días, cuyo término , medio aritmético es de cinco años, cuatro meses, un día, penalidad mayor de los cinco años que como término medio aritmético se requiere para la concesión de la libertad provisional bajo caución.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Queja penal 3/88.- Judith Benitez Martell.- 24 de marzo de 1988.- unanimidad de votos.- Ponente: Humberto Román Palacios.- Secretario: José Manuel Yee Cupido.

Esta jurisprudencia es similar a la anterior por lo que concluimos que en la tentativa debe tomarse en cuenta la calificativa del delito básico.

Con lo anterior damos por terminado el presente trabajo, considerando a la tentativa al igual que al tipo básico en relación a sus agravantes y atenuantes.

CONCLUSIONES

I.- Uno de los antecedentes más remotos que encontramos de la Libertad Bajo Caución es en el Derecho Romano, ya que en esa época se exigía al reo, una caución para garantizar que éste no aludiera al juicio, tal caución consistía en la intervención de una tercera persona llamada fiador siendo éste el que respondía en el juicio y garantizaba la presencia del reo, con tal caución se aseguraba al vencedor el cumplimiento de una sentencia.

II.- El antecedente más remoto en el Derecho Mexicano respecto al tema que nos ocupa, lo encontramos en la Constitución de Cádiz de 1812, ya que esta Constitución dice, que no será llevado a la cárcel el que de fiador y que en cualquier estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al reo pena corporal será puesto en libertad dando fianza. Asimismo. El Estatuto Orgánico Provisional de 1856 que antecedió a la Constitución de 1857 señala que los delitos que la ley no castigue con pena corporal se pondrá al reo en libertad bajo fianza.

III.- El primer Código de Procedimientos Penales que reguló la libertad bajo caución es el Código de 1880, ya que señalaba (artículo 260) que toda persona detenida por un delito cuya pena no exceda de cinco años de prisión será puesto en libertad bajo caución, siempre y cuando tenga domicilio fijo, profesión u oficio y no haya temor de que se fugue, además señala que este beneficio se otorga después de tomarle su declaración preparatoria y señala como causa de revocación de la libertad bajo caución la desobediencia al Juez que conozca de la causa.

IV.- La Libertad Provisional Bajo Caución es el derecho otorgado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a toda persona que se encuentra sujeta a un procedimiento penal y que se le impute un delito que merezca ser sancionado con pena corporal y siempre y cuando el inculpado otorgue una garantía y reúna los requisitos que la ley establece.

V.- Los requisitos que establece el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal para poder gozar de la Libertad Provisional Bajo Caución son: Que el inculpado garantice la reparación del daño, que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias, que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que se deriven a su cargo en razón del proceso y que no se trate de delitos que por su gravedad estén previstos en el último párrafo del artículo 268 del Ordenamiento Legal en cita.

VI.- La caución es la prestación que se impone al inculpado como condición para obtener el beneficio de la Libertad Provisional y puede garantizarse de cualquiera de las siguientes formas: En efectivo, en hipoteca, en prenda, en fianza y fideicomiso.

El depósito en efectivo es la entrega de una cantidad de dinero a Nacional Financiera que lo puede hacer el inculpado o una tercera persona y el certificado que en estos casos se expida, se depositará en la caja de valores del Ministerio Público, Tribunal o Juzgado, tomando razón de ello en autos.

En hipoteca que es la que otorga el inculpaado o un tercero, sobre bienes inmuebles cuyo valor fiscal no sea menor que el monto de la caución, más la cantidad necesaria para cubrir los gastos destinados a hacer efectiva la garantía.

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

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

En fideicomiso de garantía formalmente otorgado.

VII.- Podemos concluir tal como lo señala el artículo 12 del Código Penal que la tentativa punible existe cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos que deberían producir el resultado, omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

De dicho concepto se desprenden los siguientes elementos:

- 1.- La intención dirigida a cometer un delito,
- 2.- La conducta encaminada a la realización del delito y
- 3.- Un resultado no verificado por causas externas.

Conforme a la definición anterior es fácil observar que existen dos formas de tentativa que son: La tentativa acabada y la tentativa inacabada.

VIII.- De conformidad con el principio de legalidad que se encuentra plasmado en el artículo 14 constitucional y que señala que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata; resulta violatorio de garantías que un juez penal niegue la libertad provisional bajo caución a los procesados por delitos graves cometidos en grado de tentativa.

IX.- Podemos deducir que la punibilidad de la tentativa se deriva de la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado por la norma aunque no se haya consumado el delito por causas ajenas a la voluntad del agente. Por lo que consideramos necesario en relación a la libertad provisional bajo caución el deber de contemplarse textualmente en la ley la improcedencia de la misma en el grado de tentativa en la comisión de los delitos graves.

X.- En nuestra Legislación no existe un concepto de delitos graves, únicamente el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal enumera los delitos considerados como tales y no hace ninguna aclaración respecto de la tentativa en la comisión de dichos ilícitos. Y tomando en cuenta que la autoridad sólo puede realizar aquello que le está expresamente permitido por la ley, se propone una reforma a dicho artículo en la que se establezca claramente lo siguiente:

LOS DELITOS CONSIDERADOS EN ESTE ARTÍCULO COMO GRAVES QUE SEAN COMETIDOS EN GRADO DE TENTATIVA NO GOZARAN DEL BENEFICIO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

BIBLIOGRAFIA

- Arilla Bas, Fernando; Derecho Penal. Toluca, México., UAEM, 1982.
- Bacigalupo, Enrique; Lineamientos de la Teoría del Delito. Buenos Aires, Argentina., Depalma 1978.
- Carrara, Francesco, Derecho Penal. México, Harla, 1993.
- Castellanos, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 30a. Edición, México, Porrúa, S.A., 1991.
- Colección de Derechos del Pueblo Mexicano a través de sus Constituciones. Tomo I., XLVI, Legislatura de la Cámara de Diputados, 1967.
- Colín Sánchez, Guillermo; Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 8a Edición, México, Porrúa S.A., 1984.
- Cortés Ibarra, Miguel Angel; Derecho Penal, 3a Edición, Tijuana, Baja California.,- Cárdenas Editor y Distribuidor, 1987.
- Cuenca, Humberto; Derecho Procesal Civil Romano. Buenos Aires, Argentina., Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957
- D.J.R. Correcciones de Ricardo Ovidio. Manual de la Legislación Romana. París, Francia., 1869 .
- D'ors, Alvaro; Derecho Privado Romano. Pamplona, España., Ediciones: Universidad de Navarra, 1968.
- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 5a Edición, México; Porrúa S.A. 1992.
- Dublán Manuel Lozano, José María; Legislación Mexicana o Colección Completa de las Disposiciones Legislativas. Tomo X, México, Edición Oficial, 1878.
- Fontán Balestra, Carlos; Derecho Penal. 12a Edición, Buenos Aires, Argentina., Editorial Abelodo Perrot.
- Franco Sodi, Carlos; Nociones de Derecho Penal. 2a Edición, México, Botas, 1950.
- G. de Vadea Vellano, Luis; Historia de las Instituciones Españolas. 2a Edición, Madrid, España., Ediciones de la revista de Occidente, 1970.

- García Ramírez, Sergio; Curso de Derecho Procesal Penal. 4a. Edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1983.
- García Ramírez, Sergio; Introducción al Derecho Mexicano. Tomo I, México, D.F., UNAM, 1986.
- González Bustamante, Juan Jose; Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. 8a. Edición, México, Porrúa S.A., 1985.
- Jimenez de Asúa, Luis; Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. Buenos Aires, Argentina., Editorial Sudamericana, 1990.
- Lalinde Abadía, Jesús; Iniciación al Derecho Español. Barcelona, España; Ediciones Ariel, 1970.
- López Betancourt, Eduardo; Introducción al Derecho Penal, 2a. Edición, México, Porrúa S.A., 1994.
- Madrazo, Carlos A; La Reforma Penal (1983-1985) México, Porrúa S.A., 1989.
- Márquez Piñero, Rafael; Derecho Penal. México, Trillas, 1986.
- Mezger, Edmund; Derecho Penal. 2a Edición, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990.
- Ortolán, Instituciones del Emperador Justiniano. trad. Francisco Pérez Anaya, Madrid, España., D. Leocadio López Editor, 1887.
- Palacios, J. Ramón; La Tentativa (el mínimo de ilicitud penal). México, Imprenta Universitaria, 1951.
- Pavón Vasconcelos, Francisco; Manual de Derecho Penal Mexicano. 6a. Edición, México, Porrúa, S.A., 1984.
- Pavón Vasconcelos, Francisco., Breve ensayo sobre la tentativa. Cuarta edición México, Porrúa, S.A; 1989.
- Peña Guzmán, Luis Alberto; Derecho Romano. Buenos Aires, Argentina; Tipografía, 1962.
- Pérez Palma, Rafael; Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal. México, Harla.
- Piña y Palacios, Javier; Recursos e Incidentes en Materia Procesal Penal y la Legislación Mexicana. México, Ediciones Botas, 1958.
- Porte Petit, Celestino; Programa de Derecho Penal. 3a Edición, México, Editorial Trillas, 1990.

Rosal, Juan del; Tratado de Derecho Penal Español. 3a. Edición, vol. I, Madrid España., Artes Gráficas, 1978.

Silva Silva, Jorge Alberto; Derecho Procesal Penal. s/e, México, Harla, s/a.

Tena Ramírez, Felipe; Leyes Fundamentales de México. 2a. Edición, México, Porrúa, S.A., 1964.

Villalobos, Ignacio; Derecho Penal Mexicano. 3a. Edición México, Porrúa S.A., 1975.

Zaffaroni, Eugenio; Tratado de Derecho Penal. Tomo IV, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1988.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.