

300609

54
2ej



UNIVERSIDAD LA SALLE

**ESCUELA DE DERECHO
INCORPORADA A LA U.N.A.M.**

IMPORTANCIA DEL ARTICULO 556 DEL CODIGO
DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO
FEDERAL COMO POLITICA CRIMINAL PARA
EL BENEFICIO DE LOS PROCESADOS

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
HILDA ROCIO PARRA LUCIO**

DIRECTOR DE TESIS: LIC. RODOLFO JUAREZ GALLEGOS

MEXICO, D. F.

1992.



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.

INDICE

I N D I C E

Pág.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA LIBERTAD BAJO CAUCION.

1.1	ANTECEDENTES GENERALES.....	1
	a) Grecia.....	1
	b) Roma	2
1.2	ANTECEDENTES PARTICULARES.....	6
	a) Constitución de Cadiz.....	6
	b) Cosntitución de 1836.....	7
	c) Reglamento Provisional Político del Impe- rio Mexicano del 18 de Diciembre de 1822... ..	7
	d) Proyecto de Reforma de 1840.....	8
	e) Voto particular de la minoría de la Comi- sión Constituyente de 1842.....	9
	f) Estatuto Orgánico Provisional de la Repú- blica Mexicana de 1857.....	9
	g) Constitución de 1857.....	9
	h) Constitución de 1917 a la fecha.....	10

CAPITULO SEGUNDO

LIBERTAD BAJO CAUCION.- PRIMERA PARTE

2.1	CONCEPTO	19
2.2	NATURALEZA JURIDICA.....	26

	Pág.
2.3	
SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON OTRAS INSTITUCIONES DE DERECHO PENAL	29
a) Libertad Administrativa.....	30
b) Libertad por Falta de Mérito.....	33
c) Libertad Bajo Protesta.....	36
d) Libertad por Desvanecimiento de Datos.....	39
e) Libertad Preparatoria.....	42
f) Remisión Parcial de la Pena.....	45
CAPITULO TERCERO	
LIBERTAD BAJO CAUCION.- SEGUNDA PARTE.	
3.1	
CUANDO PROCEDE.....	49
a) Averiguación Previa.....	49
b) Proceso en Primera Instancia.....	49
c) Proceso en Segunda Instancia.....	51
3.2	
MOMENTO PROCEDIMENTAL EN QUE PUEDE SER SOLICITADA..	53
a) Libertad Bajo Caución Constitucional.....	53
b) Libertad Bajo Caución Administrativa.....	59
3.3	
ASPECTOS GENERALES.....	60
a) Sujetos Facultados para Solicitarla.....	61
b) Formas de Solicitarla.....	62
c) Requisitos.....	65

	Pág.
d) Elementos que deben ser considerados para conceder la Libertad Provisional Bajo Caución	73
e) Formas de Garantizarla y su Monto.....	77
3.4 CONSECUENCIAS JURIDICAS.....	84
a) Obligaciones del Beneficiado.....	84
b) Revocación de la Libertad.....	87
c) Destino de la Garantía Exhibida.....	90
3.5 CONSTITUCIONALIDAD DE LA ADICION.....	93

CAPITULO CUARTO

ADICION AL ARTICULO 556 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL.

4.1 POLITICA CRIMINAL	100
4.2 CAUSAS QUE ORIGINAL LA ADICION	104
a) Alternativas a la Prisión Preventiva Previstas en nuestro Sistema Jurídico.....	133
4.3 CASOS EN QUE NO OPERA LA ADICION.....	136
4.4 GRAVE PELIGRO SOCIAL	146
CONCLUSIONES	155
BIBLIOGRAFIA	160

I N T R O D U C C I O N

I N T R O D U C C I O N

El presente trabajo tiene como objetivo realizar un estudio sobre la adición de que fue objeto el Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y saber si como Política Criminal conlleva un beneficio para los procesados, y si es así cuáles son éstos, por lo cual es necesario conceptualizar y diferenciar las distintas formas de libertad bajo caución que se encuentran reguladas en nuestra legislación, partiendo de la Constitución Política hasta las Leyes Secundarias que de ella emanan.

Por lo anterior, dividiremos nuestro estudio en cuatro secciones, a saber: Antecedentes Históricos, desarrollando brevemente éstos y la evolución legislativa que ha tenido la figura en comento hasta nuestros tiempos.

En la segunda sección del trabajo analizaremos el concepto de esta Institución, su naturaleza jurídica, y sus semejanzas y diferencias que tiene con otras instituciones del Derecho Penal, aún cuando en ellas no resida el carácter procesal que a ésta reviste, pero tienen el mismo objetivo, que es el lograr la excarcelación del sujeto que se encuentra privado de su libertad.

Así las cosas, en la tercera sección nos ocuparemos de saber cuándo procede la Institución a estudio, en qué momento se puede o se debe hacer valer, quiénes la pueden solicitar, así como las consecuencias jurídicas que conlleva al sujeto que se le concede el beneficio, también analizaremos los requisitos y modalidades de algunos juristas y en nuestro concepto se deberá aplicar a esta nueva libertad procesal que si bien tiene su fundamento en la Fracción I del Artículo 20 Constitucional, no podemos hablar de que se trate de la Garantía Constitucional por las razones que daremos en el desarrollo del estudio.

Concluimos, conceptualizando lo que es la Política Criminal, la manera en que ingiere en el Derecho Procesal Penal, y en ese orden de ideas las causas que originan la adición, siendo económicas, políticas y criminológicas, así como los casos en que no opera ésta.

Hablaremos de lo que es un Grave Peligro Social, pues resulta de gran importancia este concepto para la concesión o no de la libertad provisional bajo caución.

HILDA ROCIO PARRA LUCIO

C A P I T U L O P R I M E R O

**ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA
LIBERTAD BAJO CAUCION**

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA LIBERTAD BAJO CAUCION.

1.1 Antecedentes Generales.

Resulta importante e interesante encontrar los fundamentos de la figura en estudio a través de la historia, por lo cual debemos acudir al Derecho Romano, ya que es en él en donde se fundamenta y surge todo el Derecho para así posteriormente ir penetrando en la evolución que en muchas ocasiones no muy favorables ha sufrido la libertad bajo caución. También cabe señalar que en Grecia ya se vislumbraba esta institución, por lo que procederemos a dar estudio primeramente a Grecia.

a).- Grecia.

La clásica sociedad de Grecia organiza en Atenas fundamentalmente su justicia a través de organismos designados Heliastas y Arcontes, que aunque tienen funciones diversas se complementan entre sí. A estas dos categorías le siguen un colegio de magistrados llamados los Once, que tenían a su cargo perseguir a los malechores para encarcelarlos o someterlos al Jurado, actuando con funciones de Ministerio Público y Policía al mismo tiempo. (1)

(1) AHRENS, E., Historia del Derecho.- PP. 75 y siguientes. Edit. Impulso, Buenos Aires, 1945.

En Atenas, la prisión preventiva se decretaba en los crímenes, de conspiración contra la patria, el orden político y peculado, exclusivamente; en los demás casos, dejábase en libertad al acusado mediante caución o fianza de tres ciudadanos responsables de su comparecencia al juicio. Asimismo, una remembranza o referencia legada de nuestra libertad bajo caución la encontramos en la forma que sometían a los funcionarios para garantizar alguna falta durante su gestión, y que consistía en que eran responsables en su persona y sus bienes de todo crimen o delito cometido durante su encargo. Para que esta responsabilidad no fuese una palabra vana, no tenía derecho a abandonar el país y no podía sustraer u ocultar ninguna suma que pudiera revertir al Estado, antes de lograr ser absuelto. El magistrado seguía su ejercicio, pero encontramos aquí un antecedente de la caución, por la forma en que garantiza la libertad de sus actividades.

b).- Roma.

Por haber sido la legislación romana la que sentara importantes principios en esta materia, haremos el estudio a través de sus principales períodos: El de la República y el del Imperio; lo anterior debido a que en un período y otro son distintos los principios que rigen a la libertad provisoria.

En los comienzos de la República, la liberación del

imputado pudo lograrse haciendo extensiva al procedimiento penal público, ya que anteriormente sólo se concedía en el Derecho Privado, y los magistrados patricios de la época fueron constreñidos por los tribunales del pueblo a admitir una fianza pública constituida por el acusado, y a seguir el proceso contra aquél, dejándolo en libertad. Esta protección tribunicia, que va introduciéndose caso por caso, por regla general les era negada a los delincuentes comunes.

Es sin embargo, a partir de la Ley de las Doce Tablas donde adquiere una verdadera fisonomía, deja de ser un favor, para convertirse en un derecho del inculcado. Se acordaba haciendo abstracción de la gravedad de la infracción, y aún en los delitos cuyo castigo consistía en la privación de la vida o del derecho de ciudadanía se les concedía sujetándose a las siguientes condiciones: 1) A la prestación de una fianza; 2) A que no se tratara de un crimen contra la seguridad del Estado.

También la Ley de las Doce Tablas establecía que bastaba el compromiso social de un ciudadano, aunque fuera pobre, con lo cual el inculcado tenía casi siempre la seguridad de encontrar un fiador.

Si no comparecía cuando se le requería, o no presen-

taba excusas atendibles, se le detenía y se le constituía en prisión. Cuando, por el contrario, no se lograba apresarle, se le confiscaban los bienes y se le aplicaba la interdicción del agua y del fuego, que era un acto administrativo que consistía en negar a un individuo permanecer dentro del territorio romano, y en reusársele permanentemente la protección jurídica que se concedía en general a todos los extranjeros que pisaban aquel suelo, y en amenazarlo que se le trataría como enemigo de la patria en caso que violara tal prohibición, amenaza que se hacía extensiva a todo aquél que lo ocultare en su casa o le prestare ayuda. Tales medidas sólo se adoptaban cuando el inculpado se rehuía a su aprehensión.

Si bien es cierto que en los crímenes contra la seguridad del Estado el inculpado no alcanzaba este beneficio, también lo es que permanecía sin ligaduras en la cárcel de un magistrado, reconociéndole además el derecho de abandonar libremente la ciudad, por lo que era común que el inculpado recurriera al recurso de la fuga como medio de sustraerse a la aplicación de la pena que lo amenazaba. Este recurso lo solicitaba el inculpado rogando indulgencia en una instancia de gracia que se formulaba ante los comisos, por lo que se paralizaba el procedimiento y se le imponía a la interdicción del agua y del fuego para que no volviera a pesar tierra romana. Como vemos son demasiado sencillos los requisitos para obtener

la libertad provisional en este período, pero la razón fundamental es debido a que el inculpado se encontraba ligado a su tierra por creencias religiosas que, como sabemos, en Roma era fundamental la religión en la sociedad. Ya que sólomente en Roma el inculpado adquiere su dignidad de hombre, lo anterior explica las facilidades en las que se consigue la libertad provisional.

Cuando el juez citaba al inculpado para un día determinado, podía, a su arbitrio, prescindir de la prisión preventiva, o bien admitir fianza para garantizar la comparecencia en el día señalado. Si el inculpado faltaba al compromiso de presentarse, el fiador era condenado a una multa y castigado con una pena arbitraria si se probaba que había facilitado la fuga del inculpado; el magistrado era quien apreciaba la necesidad, procedencia o utilidad de todas las medidas relacionadas con la libertad individual, teniendo en cuenta para ello la gravedad de la acusación y la personalidad del inculpado. Pero la equidad vuelve a Roma en los últimos tiempos del Imperio, la prisión preventiva era la excepción y la libertad provisoria el derecho, cuando el crimen no hubiese sido confesado o flagrante, el inculpado tenía derecho a que se impusiera en inmediata libertad al momento de presentar sus fiadores o de garantizar con sus bienes su propia libertad.

1.2 Antecedentes Particulares.

a).- Constitución de Cadiz.

En este cuerpo legislativo que es la base y tuvo gran influencia en las posteriores Constituciones de México in dependiente, regula como garantía individual el derecho de todo acusado de evitar el arresto o los efectos de la prisión preventiva mediante el otorgamiento de fianza, lo cual se encontraba consagrado en el Artículo 295, que disponía: "No sería llevado a la cárcel el fiador en los casos en que la ley no prohíba expresamente que se admita la fianza". Asimismo el Artículo 296 del citado código político establecía: "En cualquier estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al preso pena corporal, se le pondrá en libertad, dando fianza"

Como se desprende de los preceptos transcritos, en el primero de ellos vemos cómo la libertad provisional se garantiza a través de un fiador y siempre y cuando se trate de delitos que no alcancen dicho beneficio; el segundo regula cuando no puede imponerse pena corporal por el delito imputado deberá concederse el beneficio a estudio, lo cual equivaldría en estos momentos al auto de sujeción a proceso. Por su parte el autor Javier Piña y Palacios comenta el Artículo 296, diciendo: "A tal precepto es idéntico a la Constitución de 1857 en lo que se refiere al derecho de libertad bajo fianza cuando

el delito no amerite pena corporal, siendo pertinente destacar, la no inclusión en ésta de lo previsto en el Artículo 231 de la de Cadiz, pues de los artículos predichos, podemos colegir sin mayor esfuerzo las dos formas de que hablamos, debidamente diferenciadas y que no se presentan en la Constitución de 1857."(2)

b).- Constitución de 1836.

En esta Constitución podemos apreciar como en su Artículo 46 de la V Ley, una indiscutible referencia de la libertad caucional al establecer: "cuando el progreso de las causas, y por las constancias particulares, apareciere que el reo no debe ser castigado con pena corporal, será puesto en libertad, en los términos y con las circunstancias que determinara la ley". (3) Como vemos, esta Constitución no señala los términos y las circunstancias en que deba otorgarse; no lo hace en virtud de dejar la regulación a leyes secundarias.

c).- Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano del 18 de Diciembre de 1822.

- (2) PIÑA Y PALACIOS JAVIER.- Recursos e Incidentes en Materia de Proceso Penal.- PP. 132. Edit. Botas.- México, 1958.
- (3) TENA RAMIREZ FELIPE.- Leyes Fundamentales de México.- PP. 238, Editorial Porrúa, Décimoquinta Edición, México, D.F., 1989.

El presente reglamento contemplaba la libertad bajo fianza de la siguiente manera: "Nunca será arrestado el que dé fiador en los casos en que la ley no prohíbe admitir la fianza; y que este recurso quedará expedito para cualquier estado del proceso en que conste no haber lugar a la imposición de la pena corporal". Como vemos, este reglamento contempla la libertad bajo fianza no sólo al inicio del proceso, sino también ya iniciado el proceso y si el inculpado logra comprobar que el delito por el cual está siendo procesado no merece pena corporal.

d).- Proyecto de Reforma de 1840.

La Fracción V del Artículo 9 del Proyecto en comento suscrito por el Supremo Poder Conservador, asienta: "Que no puede ser detenido, ni permanecer en prisión, dando fianza, siempre que por la calidad del delito, o por las constancias del proceso, aparece que no se le puede imponer, según la ley, pena corporal." Y el propio Artículo 9 estatuye que: "son derechos del mexicano", como vemos el supuesto del presente proyecto contempla la libertad bajo fianza, y concede dicho beneficio a los delitos que el Código Penal expresamente no prohíbe el beneficio. También regula que deberá concederse la fianza a los delitos que no tengan como pena la prisión, lo cual, en nuestro concepto, en su momento fue adecuado, ya que lo que se garantizaba era la no sustracción de la acción de la justicia.

- e).- Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842.

El 26 de Agosto de 1842, aparece fechado este voto, que en la Fracción X del Artículo 5, señala: "Cuando por la cualidad del delito o por las constancias procesales, aparezca que no se puede imponer según la ley pena corporal, se pondrá en libertad al presunto reo bajo fianza, o en su defecto, bajo otra caución legal." Como vemos, al igual que en el Proyecto de 1840, tan sólo concede el beneficio a los delitos que no tengan como pena la de prisión, lo cual nos parece incongruente, ya que eran y siguen muy pocos los delitos que contemplan sanción diversa a la de prisión.

- f).- Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856.

El Estatuto en comento, en su Artículo 50, establecía: "En los delitos en que las leyes no castiguen con pena corporal, se pondrá al reo en libertad bajo fianza". Como se desprende del precepto transcrito, hasta esta fecha no se modifica el sentido de la libertad caucional, toda vez que sólo se concedía en los casos en que el delito no fuera sancionado con pena de prisión.

- g).- Constitución de 1857.

La presente Constitución no es muy afortunada en

contemplar la figura que estudiamos, ya que sólomente concede el beneficio al igual que los anteriores instrumentos legales, sólo cuando el delito del proceso tenga pena diversa a la privación de la libertad, tal como lo señala el Artículo 18 de la Constitución, al establecer: "Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que el acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza...".

h).- Constitución de 1917 a la fecha.

El texto original de la Fracción I del Artículo 20 Constitucional decía: "Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza hasta de \$10,000.00, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de 5 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".

En consecuencia también quedó regulada la libertad bajo caución en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1931, el cual en su Artículo 556 establecía: "Todo acusado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, siempre que el máximo de la sanción corporal

correspondiente al delito imputado no exceda a 5 años de prisión..."

No transcurrió mucho tiempo sin que se hicieran las críticas correspondientes a la Fracción I del Artículo 20 de la Constitución; entre las más sobresalientes tenemos la del Lic. Víctor Velázquez, quien sostuvo en diversas defensas que, antes de que se dictara la sentencia no podría determinarse concretamente cuál era la pena que correspondía al procesado, dentro de los límites mínimos y máximos establecidos por el Código Penal, por lo que, en justicia, debería entenderse que la Constitución se refería al término medio aritmético.

Funda su razonamiento, entre otros, en los Artículos 52 y 118 del Código Penal, señalando que ya dicho código, en el Artículo 118 establece que, para la prescripción de las acciones penales se tendrá como máximo el término medio aritmético de las sanciones imponibles. La Corte acepta su argumento, declarando inconstitucional el Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales y afirmó que la libertad bajo fianza a la que se refería la Fracción I del Artículo 20 Constitucional debería concederse atendiendo al término medio aritmético de la pena. La primera ponencia en este sentido fue obra del Ministro Salvador Urbina. Fue posteriormente confirmada por varias ejecutorias y constituyó, finalmente la Tesis 333 de

Jurisprudencia definida, publicada en el Tomo LXIV del Semanario Judicial de la Federación.

Por decreto publicado en el Diario Oficial del 2 de Diciembre de 1984, se reformó por primera vez la Fracción I que nos ocupa, estableciendo el principio que la libertad procede siempre que el delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor a cinco años de prisión, y llevando el monto de la fianza o caución a \$250,000.00 como máximo, salvo que se trate de delitos patrimoniales, caso en el cual, la garantía será, cuando menos, 3 veces mayor al beneficio obtenido o al daño causado.

Como resultado de esta primera reforma, la Fracción del Artículo 20 Constitucional que nos ocupa quedó como sigue:

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

Fracción I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el Juez, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de

la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla bajo la responsabilidad del juez en su aceptación.

En ningún caso la fianza o caución será mayor de \$250,000 a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño causado."⁽⁴⁾

Se consagró en esa reforma el criterio sostenido jurisprudencialmente anterior a ésta, ya que la jurisprudencia contemplaba que se concedía el beneficio de la libertad cautio-
nal siempre y cuando el delito que se imputare al procesado no excediera en su término medio aritmético de cinco años de prisión.

De la fracción transcrita se desprende que se introducen en ella dos modificaciones, a saber:

a).- El aumento al monto de la caución genérica a \$250,000 reforma que se justifica por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

(4) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.- Editorial Porrúa, México, 1984.

b).- Se fija una caución específica para los delitos que representen para su autor un beneficio económico o causen a la víctima un daño patrimonial, caso en el cual la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado.

c).- La fórmula a través de la cual se determina si el encausado tiene derecho o no a gozar del beneficio de la libertad caucional, la cual ya se comentó, que tendrá derecho a gozar de la libertad caucional, siempre y cuando el delito que se le impute no exceda en su término medio aritmético de cinco años de prisión.

Para concluir el presente Capítulo, nos ocuparemos de la última reforma del 14 de Enero de 1985, de que ha sido objeto la Fracción I del Artículo 20 Constitucional.

Para poder hacer el estudio de la misma consideramos necesario transcribir de nueva cuenta la fracción que nos ocupa con sus reformas:

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

Fracción I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el

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

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

Si el delito es intencional o representa para su autor un beneficio económico, o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjui-

cios patrimoniales causados.

Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores". (5)

Como se desprende de lo transcrito, la Fracción en comento tuvo cuatro modificaciones, a saber:

a).- Para conceder este beneficio se adiciona que el delito no debe exceder en su término medio aritmético de cinco años de prisión, incluyendo sus modalidades. Por modalidades se ha entendido aquellas circunstancias agravantes o atenuantes que pudiese presentar la comisión del delito.

b).- Se reforma también el límite de la fianza o caución, la cual en la actualidad es de dos años de salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito, misma que podrá ser incrementada por el juzgador cumpliendo determinados requisitos, hasta por el equivalente a la percepción por cuatro años de salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

(5) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- Editorial Ediciones Delma-México, 1991.

c).- En los delitos intencionales que representen para su autor un beneficio económico o que causen a la víctima daños y perjuicios patrimoniales, la garantía será cuando menos de tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados; en este párrafo se adicionó el concepto de perjuicio que anteriormente no se contemplaba.

d).- Se adiciona un último párrafo, estableciendo que en los delitos preterintencionales o imprudenciales, bastará con que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales y se estará a lo dispuesto por las dos fracciones anteriores.

Consideramos que con lo expuesto hasta ahora se dá un panorama general de los antecedentes históricos del tema que nos ocupa, por lo que no abundaremos más en ello.

C A P I T U L O S E G U N D O

LIBERTAD BAJO CAUCION

PRIMERA PARTE

2.1 Concepto.

Consideramos necesario antes de entrar al estudio del concepto de la libertad caucional, señalar la importancia que reviste la prisión preventiva, ya que es en ésta precisamente en donde se da la libertad que nos ocupa; para tal efecto es necesario recurrir al Artículo 18 Constitucional, ya que es en éste en donde se funda y precisa la prisión preventiva, mismo que en su parte conducente señala lo siguiente:

"Artículo 18 Constitucional.- Sólo por delito que me rezoa pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados."⁽⁶⁾

De lo transcrito se desprende que para la existencia de la prisión preventiva es necesario que el delito por el cual se va a iniciar el proceso sea sancionado con pena privativa de libertad. La prisión preventiva consideramos que es una medida cautelar y provisional que se justifica por la necesidad social de preservar el proceso penal y asegurar la

(6) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ob.Cit.

ejecución de la pena, ya que si bien es cierto que durante la prisión preventiva al procesado no se le ha comprobado la comisión de un delito determinado, también lo es, que hay elementos suficientes para presumir su responsabilidad en el mismo, por lo que el legislador considera necesario otorgar la libertad caucional en ciertos casos y bajo ciertos lineamientos que veremos más adelante, pues estos delitos no son considerados como graves.

A diferencia de la prisión penitenciaria o compurgatoria, en la prisión preventiva, el procesado tiene garantías para comprobar la no comisión del delito que se le imputa, estando en prisión en lo que se resuelve su responsabilidad; mientras que en la prisión penitenciaria al sentenciado se le comprobó la comisión del delito y su responsabilidad, por lo que se le impone la pena de prisión.

La prisión preventiva se ubica entre las providencias o medidas cautelares señaladas en el Código de Procedimientos Penales, pertenece por lo tanto al Derecho adjetivo.

Para el Doctor Sergio García Ramírez, "La prisión preventiva es una medida cautelar. De ahí entonces que su finalidad y en definitiva su justificación, coincida con la asignación a los restantes instrumentos de su género".⁽⁷⁾

(7) García Ramírez Sergio. "El Artículo 18 Constitucional, Prisión Preventiva, Sistema Penitenciario, Menores Infractores", U.N.A.M., Coordinación de Humanidades, México, 1967. P. 17.

Por su parte, la Doctora Islas Maurchori, nos dice: "La prisión preventiva entendida como medida cautelar y provisional, constituye de acuerdo con el Artículo 16 Constitucional, un acto de molestia en la persona y, seguramente, el más grave que se pueda inferir al sujeto."⁽⁸⁾

El Lic. Carlos Madrazo sostiene: "Es la prisión preventiva una medida cautelar de aseguramiento del procesado con doble propósito, de garantizar su presencia durante la secuela del procedimiento, y sustraerlo de la sociedad por su acusada peligrosidad."⁽⁹⁾

De manera general, los fines de la prisión preventiva podemos concretarlos de acuerdo con lo que señala Carranza y Zaffaroni: "Conforme a principios procesales sanos, la prisión preventiva es la privación de la libertad de una persona a la que se somete a proceso cuando ello es necesario, para evitar que se sustraiga o perturbe la acción de la justicia o para evitar que afecte a otros bienes jurídicos".⁽¹⁰⁾

- (8) Islas Olga.- La Prisión Preventiva en la Constitución Mexicana.- Revista Mexicana de Justicia, P.G.R. - Julio-Agosto, 1982. Pág. 32.
- (9) Madrazo Carlos.- La Prelibertad en Prisión Preventiva.- Revista Mexicana de Justicia 84, No. 2, Vol. II Abril-Junio 1984, P.G.R. P.101
- (10) Carranza Elías y Rodríguez Houd, Mario Mora, Luis Paulino, Zaffaroni Eugenio Raúl.- El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe. O.V.V. Cilanud, 1983.

Una vez ubicado el tema que nos ocupa dentro del proceso penal, a continuación nos avocaremos al estudio del concepto de la libertad bajo caución.

Para formarnos un criterio personal sobre el concepto de la libertad bajo caución, consideramos necesario recurrir a los estudiosos del Derecho, para lo cual nos referiremos a los que en nuestro punto de vista son los más sobresalientes.

Así tenemos que para el Maestro Guillermo Colín Sánchez, la libertad bajo caución "es el derecho otorgado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a todo sujeto objeto de un procesamiento, para que, previa satisfacción de los requisitos especificados por la ley, pueda obtener el goce de su libertad, siempre y cuando el término medio aritmético de la pena no exceda de cinco años de prisión."⁽¹¹⁾

El autor de referencia también señala que la terminología de las palabras "caución" y "fianza" comunmente se les atribuye igual significado, no obstante caución denota garantía, y fianza una forma de aquélla; por ende, caución es el género y fianza la especie.

(11) Colín Sánchez Guillermo.- Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.- Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.- Décima Edición. Pág. 569.

Por su parte, Eves Omar Tejeda, al referirse a la caución lo hace señalando como la eximición de prisión o detención, "la exención de prisión o de detención; es una institución procesal que tiene por objeto evitar que toda persona que está gozando de la libertad ambulatoria y a la cual se le impute o procese por un delito sancionado con pena privativa de libertad, y que prima facie autorice-ab initio- la excarcelación, en causa penal determinada, cualquiera que sea el estado en que ésta se halle, sea detenida o puesta en prisión transitoriamente, liberándola así del excarcelamiento provisional, por considerarlo innecesario."

También da un concepto de excarcelación y consideramos que es lo más apegado a lo que en nuestro sistema jurídico procesal penal se conoce como libertad bajo caución. "La excarcelación es la institución procesal que tiene por objeto conceder la libertad ambulatoria, bajo ciertas condiciones a toda persona, incautada o procesada, que esté privada de ella, sea por simple detención o por haberse convertido ésta en prisión preventiva por resolución de juez competente en causa penal determinada, cualquiera que sea su estado y cualquiera que sea la pena que en abstracto se conmine, al delito que se le imputa, o que en concreto se haya solicitado en la requisitoria fiscal o aplicado en sentencia condenatoria de primera instancia, no firme, conforme a los supuestos y requisitos que

para su viabilidad exige la ley"⁽¹²⁾

El jurista Manzini conceptúa la libertad caucional en los siguientes términos: "Es un estado de libertad limitada a los fines del proceso penal que atenúa los efectos de las necesidades procesales que determinan la custodia preventiva".⁽¹³⁾

Héctor Jorge Sverdlick sostiene que es "la liberación de un individuo sujeto a un auto de procesamiento en determinadas condiciones y formas que la ley impone"⁽¹⁴⁾.

Arturo J. Zavaleta precisa: "la libertad provisoria es la obtenida por el imputado en el curso de una causa y antes de la resolución definitiva, sea como consecuencia necesaria de un juicio sobre la calificación del delito atribuido o sobre el mérito del proceso, sea para impedir o hacer cesar la prisión preventiva, garantizando al efecto su presentación al juicio, y la eventual ejecución de la pena, por medio de

(12) Omar Tejeda Eves.-Libertad Bajo Caución.- Tomo I, Edit. Ediciones de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1976.- PP 57, 58.

(13) Manzini Vincenzo.- Tratado de Derecho Procesal Penal.- Tomo III.- Edit. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1952.- P. 661.

(14) Sverdlick Héctor Jorge.- La Excarcelación. Enciclopedia Jurídica Omeba.- Tomo 11.- P. 379.

suministro de una caución, real, personal o juratoria".⁽¹⁵⁾

De acuerdo con Juan José González Bustamante: "bajo el nombre de libertad provisoria o libertad bajo caución, se conoce en el procedimiento a la libertad, que con carácter temporal, se concede a un detenido por el tiempo que dura la tramitación del proceso, previa la satisfacción de determinadas condiciones estatuidas en la ley".⁽¹⁶⁾

Teodoro Escalona Bosada sostiene: "es la medida cautelar que evita o suspende la prisión de la libertad de un imputado, ordenada por autoridad competente, mediante el otorgamiento de una garantía y lo sujeta a diversas obligaciones dentro del proceso penal".⁽¹⁷⁾

De los conceptos y definiciones aportados por los juristas consultados, consideramos que de manera ecléctica se da un concepto bastante completo de la libertad bajo caución, el cual en nuestro punto de vista es el siguiente: es aquella institución jurídica del derecho procesal penal que rige y

(15) Zavaleta J. Arturo.- La Prisión Preventiva y la Libertad Provisoria. Ed. Panndle.- Buenos Aires, Argentina, 1954.- P. 221.

(16) González Bustamante Juan José.- Derecho Procesal.- Edit. Porrúa, S.A., México 1987.- PP. 447 y sigs.

(17) Escalona Bosada Teodoro.- La Libertad Provisional Bajo Caución.- Ed. Kratos.- México, 1969.- P. 6.

establece los requisitos necesarios para que el sujeto que aún no cuenta con una sentencia ejecutoriada pueda gozar de una libertad provisoria, siempre y cuando el delito que se le impute esté dentro de los contemplados por esta institución. Decimos sujeto que aún no cuenta con una sentencia ejecutoriada, toda vez que esta libertad se puede obtener en primera instancia o en segunda.

2.2 Naturaleza Jurídica

Al hablar sobre la naturaleza jurídica del tema que nos ocupa, es importante hacer la distinción entre la libertad caucional o provisoria constitucional y la libertad caucional o provisoria procesal; esto obedece a las adiciones de que fue objeto el Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicadas en el Diario Oficial de fecha 8 de enero de 1991, ya que con anterioridad, sólo existía y se regulaba la libertad provisional constitucional.

Para explicar la naturaleza jurídica del tema lo haremos desde dos perspectivas diferentes, a saber:

- a).- Desde el punto de vista de la Autoridad que la concede;
- b).- Desde el punto de vista de la persona que la solicita.

Desde el punto de vista de la autoridad que la concede, y atendiendo a la libertad provisional bajo caución consagrada en la Fracción I del Artículo 20 de la Constitución General de la República Mexicana, tenemos que la naturaleza jurídica, es la de una medida cautelar o precautoria de seguridad jurídica procesal de índole personal, ya que la autoridad que la concede debe de hacerse garantizar que el sujeto al cual se la otorga cumpla con los requisitos que señala la propia Constitución, y en el caso de no cumplir con alguna de las obligaciones que contraiga, será revocada dicha libertad.

Desde el punto de vista de la autoridad que la concede, y atendiendo a la libertad provisional procesal consagrada en el Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, tenemos que la naturaleza jurídica de ésta, constituye de igual forma una medida cautelar o precautoria de seguridad jurídica procesal de índole personal. Por una parte reglamenta la forma de otorgar la libertad provisional constitucional, y por la otra, con la adición de que fué objeto el citado Artículo, se establecen mayores requisitos para conceder esta libertad.

Desde el punto de vista de la persona que la solicita y atendiendo a la libertad provisional bajo caución consagrada en la Fracción I del Artículo 20 de nuestra Carta Fundamental, tenemos que su naturaleza jurídica es la de una garan-

tía del gobernado o un derecho subjetivo público, porque se impone al Estado y a sus Autoridades, que como sujetos pasivos de la relación que implica la garantía individual, están obligadas a respetar su contenido, mismo que constituye las prerrogativas fundamentales del ser humano. Es un derecho subjetivo originario y absoluto, que autolimita al Estado en la relación jurídica con el gobernado. Al usar el vocable derecho lo referimos a que implica una obligación por parte de la Autoridad que la concede, pues si se cumplen los requisitos exigidos por nuestra Constitución y la Autoridad niega el otorgamiento de este derecho, podrá combatirse dicha resolución por los medios de impugnación correspondientes.

Desde el punto de vista de la persona que la solicita y atendiendo a la libertad provisional bajo caución procesal consagrada en el Artículo 556 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, tenemos que, por una parte es un derecho casi ilimitado al igual que el consagrado en nuestra Constitución, pues tan sólo se requiere que el inculcado que la solicita no se le impute un delito cuyo término medio aritmético exceda de 5 años de prisión, incluyendo sus modalidades, y exhiba la caución que le sea fijada.

Mientras en las adiciones de que fue objeto el precepto comentado, se establece una libertad provisional bajo caución con mayores requisitos, y de alguna manera queda al

arbitrio y capricho de la Autoridad que la otorga, ya que en la Fracción II del Artículo en estudio establece que la concesión no constituya un grave peligro social, siendo esta fracción una norma de valoración judicial, y que a la fecha y debido a la corta vida de la adición, no se ha formado un criterio general sobre lo que constituye un grave peligro social, y los parámetros del mismo.

2.3 Semejanzas y Diferencias con otras Instituciones de Derecho Penal.

En este apartado nos ocuparemos del estudio de algunas instituciones jurídicas de Derecho Penal, que al igual que la libertad bajo caución tienen como finalidad la obtención de la libertad del indiciado, procesado o sentenciado, según sea la fase en que se encuentre el proceso; si bien es cierto que la manera de alcanzar la libertad es de distinta naturaleza jurídica y diversos los tiempos de concederse, también lo es que resulta importante hacer un breve análisis de las formas y medios con que dispone la persona que fue privada de su libertad para lograr el excarcelamiento.

Dentro de las instituciones más significativas para lograr la libertad encontramos las siguientes:

- a).- Libertad administrativa;
- b).- Libertad por falta de mérito;
- c).- Libertad bajo protesta;
- d).- Libertad por desvanecimiento de datos;
- e).- Libertad preparatoria;
- f).- Remisión parcial de la pena.

a).- LIBERTAD ADMINISTRATIVA: La libertad administrativa se encuentra consagrada a partir del tercer párrafo del Artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mismo que en su parte conducente establece:

"Cuando se trate de delito no intencional o culposo, exclusivamente, y siempre que no se abandone al ofendido, el Ministerio Público dispondrá la libertad del inculcado sin perjuicio de solicitar su arraigo, si éste garantiza mediante caución suficiente que fije el Ministerio Público, no sustraerse a la acción de la justicia, así como el pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos. Igual acuerdo se adoptará, sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente, cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad.

El Ministerio Público fijará de inmediato la garantía correspondiente, con los elementos existentes en la

averiguación previa, una vez que le sea solicitada la libertad del presunto responsable.

El Procurador determinará mediante disposiciones de carácter general el monto de la caución aplicable en los casos de lesiones y homicidio y por imprudencia con motivo del tránsito de vehículos y en aquéllos en que con estos delitos concurren otros en que sea procedente la libertad caucional..."(18)

Se habla de libertad administrativa en virtud de que el único autorizado para concederla es el Ministerio Público que conozca de la Averiguación Previa; precisamente por ser en esta fase del proceso donde se concede, siendo el Ministerio Público una autoridad administrativa, pues depende del Poder Ejecutivo, de conformidad al Párrafo Primero del Artículo 102 Constitucional, derivando por tal razón su nombre.

Las semejanzas que encontramos entre esta figura y la de nuestro objeto de estudio son, entre otras, las siguientes:

- 1.- La finalidad es conseguir la libertad del detenido.
- 2.- Se debe garantizar la libertad o satisfacción de la Autoridad que la conceda.

(18) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.- Editorial Andrade, 4a. Edición, México, 1991.

- 3.- Ambas libertades son provisionales, ya que son revocables por distintas causas.
- 4.- El otorgamiento de las libertades en estudio no suspenden el curso del proceso.

Diferencias entre Libertad Administrativa y Libertad Caucional

- 1.- Se dan en distintas fases del proceso: La primera de las citadas nace en la fase indagatoria y sólo ahí se puede conceder. La Autoridad que la otorga es el Ministerio Público, que es una Autoridad Administrativa; en tanto que la libertad motivo del presente trabajo se puede conceder desde el auto de radicación y hasta antes de la resolución que declare ejecutoriada la sentencia que pone fin al proceso. Las autoridades que la otorgan son diversas, puede ser el Juez o los Magistrados de la Sala en caso del Recurso de Apelación, siendo ambas autoridades de carácter judicial.
- 2.- La libertad bajo caución provisoria es una garantía constitucional, esto es, que por el simple hecho de solicitarla el procesado o sentenciado, el Juez tiene que concederla, siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos en nuestra Carta Magna; por su parte la libertad administrativa se encuentra regulada en una ley secundaria siendo el Código de Procedimientos Penales.

- 3.- En cuanto a los requisitos para otorgar las libertades, podemos señalar que son diversos; para la concesión de la libertad provisional bajo caución los requisitos son mínimos, en tanto que para la libertad administrativa sólo se dá en caso de delitos culposos, siempre y cuando no se abandone a la víctima, y se garantice la reparación de daños y perjuicios.

- 4.- En la libertad provisional administrativa, el Ministerio Público, además de exigir la caución, puede solicitar el arraigo de la persona. No sucede lo anterior en la libertad provisional bajo caución, ya que para obtenerla tan sólo se requiere la exhibición de la garantía.

- 5.- En la manera de garantizar la libertad encontramos otra diferencia de las figuras en análisis, mientras que en la libertad provisional bajo caución, la manera de otorgar puede ser en efectivo, fianza, hipoteca y prenda; la libertad administrativa sólo acepta Billete de Depósito.

b).- LIBERTAD POR FALTA DE MERITO: Esta libertad se encuentra consagrada en el Primer Párrafo del Artículo 19 Constitucional, mismo que en su parte conducente reza:

"Ninguna detención podrá exceder del término de tres días

sin que se justifique con auto de formal prisión, en el que se expresará: Delito que se le impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancia de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado..."(19)

Si bien es cierto que de lo transcrito no se hace mención a libertad alguna, también lo es que bajo el principio general de Derecho que se aplica a las Autoridades de que sólo pueden hacer aquello que la ley las faculta, y si dentro del término de tres días no se encuentran reunidos los elementos para dictar el auto de formal prisión luego entonces tendrá la obligación de dictar la libertad por falta de mérito, pues de lo contrario incurrirían en violación a las garantías que tienen los procesados en esta fase procesal.

Los requisitos procesales para que el Juez pueda decretar la libertad por falta de mérito, se encuentran consagrados en los Artículos 302, 303 y 304 del Código Procesal en consulta.

(19) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- Ob.Cit.

Semejanzas con la Libertad Provisional bajo Caución:

- 1.- En ambas se obtiene la libertad del encausado.
- 2.- Estas libertades son concedidas por Autoridad Judicial Únicamente, ya sea Juez de Primera Instancia o en Segunda tratándose del Recurso de Apelación.
- 3.- Las libertades en estudio tienen el carácter de provisional, ya que en el caso de falta de mérito si se aportan mayores elementos de convicción, y el juzgador considera que reúnen los requisitos del Artículo 19 Constitucional deberá revocarla. Por lo que respecta a la libertad motivo de la presente tesis, las causas de revocación son por incumplimiento a lo dispuesto por el Artículo 568 del Código Adjetivo que regula la institución en análisis.

Diferencias:

- 1.- En la libertad provisional bajo caución, no se entra al estudio del fondo del asunto, en tanto que la libertad por falta de mérito, lo que concede ésta, es precisamente la falta de elementos como lo son el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del imputado.
- 2.- En lo relativo a la manera de obtenerla, tenemos que la

libertad por falta de mérito no requiere garantía de ninguna especie, mientras que en la libertad bajo caución, para que se otorgue, es necesario la exhibición de alguna caución.

3.- La libertad por falta de mérito es absoluta, por lo que respecta a que el proceso se suspende en tanto que no se aporten mayores elementos. Por lo que hace a la libertad bajo caución, ésta tan sólo tiene como finalidad el asegurar que el procesado no se sustraiga de la acción de la Justicia, por lo que no se obstaculiza ni paraliza el proceso.

4.- A diferencia de los tres días que tiene el Juez para resolver la situación jurídica que conlleva a la libertad por falta de mérito, la libertad bajo caución debe resolverse inmediatamente que se solicita, acorde a lo dispuesto por la Fracción I del Artículo 20 Constitucional.

c).- LIBERTAD BAJO PROTESTA: Se concede únicamente en delitos cuya pena máxima de prisión no exceda de dos años, y se encuentra contemplada en los Artículos 552 y 553 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mismos que establecen:

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

- I.- Que el acusado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar que se siga el proceso;
- II.- Que su residencia en dicho lugar sea de un año cuando menos.
- III.- Que a juicio del Juez no haya temor de que se fugue;
- IV.- Que proteste presentarse ante el Tribunal o Juez que conozca de su causa siempre que se le ordene;
- V.- Que sea la primera vez que delinque el inculpado; y
- VI.- Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión."

Artículo 553.- "La libertad protestatoria se concede siempre, bajo la condición de que el agraciado desempeñe algún trabajo honesto."⁽²⁰⁾

Semejanzas con la libertad provisional bajo caución.

- 1.- La finalidad de ambas es la obtención de la libertad del acusado.
- 2.- Las dos figuras en estudio se dan ante la autoridad judicial.

(20) Código de Procedimientos Penales.- Ob.Cit.

- 3.- Tanto la libertad protestatoria como la libertad bajo caución son medidas cautelares.
- 4.- La libertad bajo caución como la libertad protestatoria no suspenden la tramitación del proceso penal.
- 5.- El conceder las libertades aquí analizadas, no implica que para ello se entre al estudio del fondo del asunto.
- 6.- Las instituciones a estudio son provisionales y por lo tanto revocables.

Diferencias:

- 1.- La libertad provisional bajo caución constitucional es una garantía individual, ya que la misma se encuentra consagrada en la Fracción I del Artículo 20 Constitucional, en tanto que la libertad bajo protesta no tiene tal carácter, siendo ésta una garantía procesal, establecida en la ley adjetiva.
- 2.- En cuanto a la manera de garantizar, tenemos que la libertad bajo caución se obtiene a través de una garantía y la libertad bajo protesta, por los medios señalados por los Artículos 552 y 553 antes citados.

3.- El término medio aritmético de cinco años que se requiere para la libertad bajo caución, no es requisito para la libertad bajo protesta, ya que ésta tan sólo exige que la penalidad del delito por el cual se lleva el proceso no exceda de dos años de prisión.

4.- Son notables las diferencias en las causas de revocación de la libertad caucional y de la libertad bajo protesta, siendo que las primeras se encuentran consagradas en el numeral 568 y las segundas en el precepto 554, ambos del Código Procesal de la materia.

d).- LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.- Al igual que la libertad provisional bajo caución, la libertad bajo protesta, y esta institución están reguladas por el Código Procesal Penal para el Distrito Federal, en el Capítulo de Incidentes de Libertad.

El Artículo 546 del Código citado precisa la procedencia de la figura en análisis, mismo que reza:

Artículo 546.- "En cualquier estado del proceso en que aparezca que se han desvanecido los fundamentos que hayan servido para decretar la formal prisión o preventiva, podrá decretarse la libertad del reo, por el Juez, a

petición de parte y con audiencia del Ministerio Público, a lo que éste no podrá dejar de asistir."⁽²¹⁾

De lo transcrito podemos apreciar que para que proceda esta libertad es necesario que se hayan destruido los dos pilares con que se puede decretar a una persona la formal prisión, siendo éstos: El cuerpo del delito, que consiste en los elementos materiales, que dan vida al tipo consagrado en el Código sustantivo, y la probable responsabilidad, que consiste en todos los elementos de prueba que hagan presumir que un sujeto realizó la conducta comprobada en el cuerpo del delito; esto es a efecto de entrar al estudio de la probable responsabilidad, es necesario que se encuentre plena e indubitadamente acreditado el cuerpo del delito, y para el caso de no acreditarse uno o el otro, es procedente la tramitación de esta Institución.

Semejanzas:

- 1.- Ambas figuras conceden la libertad provisional. Se habla de libertad provisional en virtud de que son revocables. La libertad bajo caución se revoca por incumplimiento a

(21) Código de Procedimientos Penales.- Ob. Cit.

lo dispuesto por los Artículos 568 y 569 del Código Procesal Penal en estudio y la libertad concedida por desvanecimiento de datos se revoca por la aportación de elementos para tener por comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

2.- Estas libertades son concedidas por Autoridad Judicial.

Diferencias:

1.- En la libertad provisional bajo caución no se entra al estudio del fondo del asunto; la libertad por desvanecimiento de datos es precisamente éste lo que decreta la libertad.

2.- En inicio se solicitan en momentos procesales diferentes; la libertad objeto de nuestro estudio se puede solicitar inmediatamente después de dictado el auto de radicación, mientras que la segunda sólo puede solicitarse después de dictado el auto de formal prisión, siempre y cuando se hayan celebrado algunas diligencias, en las cuales se desvirtuen la comprobación del cuerpo del delito o los elementos que hicieron probable la responsabilidad del procesado.

3.- La libertad provisional bajo caución puede solicitarse

aún en segunda instancia y hasta antes de que cause estado la sentencia definitiva; por su parte la libertad por desvanecimiento de datos, sólo es dable antes del cierre de instrucción en primera instancia.

e).- LIBERTAD PREPARATORIA: Esta modalidad de libertad de antemano queremos precisar que pertenece al derecho de ejecución de penas, pero debido a que nuestro objeto de estudio es la libertad bajo caución, y en el presente Capítulo estamos estudiando sus semejanzas y diferencias con otras instituciones, a través de las cuales se logra la libertad, no importando en que fase procesal o por qué medio se obtenga, por lo cual, analizaremos la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena.

Se encuentra reglamentada por los Artículos 84 a 87 del Código Penal, siendo el más relevante el Artículo 84, mismo que establece:

Artículo 84.- "Se concederá libertad preparatoria al condenado, previo el informe a que se refiere el Código de Procedimientos Penales, que hubiere cumplido las tres quintas partes de su condena, si se trata de delitos intencionales, o la mitad de la misma en caso de delitos imprudenciales, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos:

- I.- Que haya observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia.
- II.- Que del examen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir; y
- III.- Que haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para dicho objeto, si no puede cubrirlo desde luego.

Cumplidos los anteriores requisitos, la autoridad competente podrá conceder la libertad, sujeta a las siguientes condiciones:

a).- Residir o, en su caso, no residir en lugar determinado, e informe a la autoridad de los cambios de su domicilio. La designación del lugar de residencia se hará conciliando la circunstancia de que el reo pueda proporcionarse trabajo en el lugar que se fije, con el hecho de que su permanencia en él no sea un obstáculo para su enmienda;

b).- Desempeñar en el plazo que la resolución determine, oficio, arte, industria o profesión lícitos, si no tuviere medios propios de subsistencia;

c).- Abstenerse del uso de bebidas embriagantes y de empleo de estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica;

d).- Sujetarse a las medidas de orientación y supervisión que se le dicten y a la vigilancia de una persona honrada, y de arraigo, que se obligue a informar sobre su conducta, presentándolo siempre que para ello fuere requerida.⁽²²⁾

Semejanza con la Libertad Caucional:

Debido a lo explicado en la parte introductoria de este inciso, la única semejanza que encontramos, es que ambas instituciones conceden la libertad de una persona que se encuentra detenida.

Diferencias:

Las diferencias entre estas Instituciones son:

La libertad provisional bajo caución es otorgada en cualquier fase del proceso por la autoridad judicial, la libertad preparatoria es un beneficio que se concede a los sentenciados que han compurgado parte de su sentencia y es concedida por

(22) Código Penal para el Distrito Federal.- Editorial Porrúa, 48a. Edición.- México, 1991.

el Ejecutivo. que es el órgano encargado de la observancia y cumplimiento de las penas en nuestro país.

No ahondaremos más en el tema, pues se requiere del estudio pormenorizado de este beneficio, el cual no es tema de nuestro trabajo, por ello consideramos que es suficiente con las generalidades dadas.

f).- REMISION PARCIAL DE LA PENA: La figura se encuentra estructurada en el Artículo 16 de la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, señalando lo siguiente:

Artículo 16.- "Por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y revele por otros datos efectiva readaptación social. Esta última será, en todo caso, el factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena que no podrá fundarse exclusivamente en los días de trabajo, en la participación de actividades educativas y en el buen comportamiento del sentenciado."

La remisión funcionará independientemente de la libertad preparatoria. Para este efecto, el cómputo de plazo se hará en el orden que beneficie al reo. El ejecutivo regulará el sistema de cómputos para la aplicación de este precepto, que en ningún caso quedará sujeto a normas reglamentarias de los establecimientos de reclusión o a disposición de las autoridades encargadas de la custodia y de la readaptación social.

El otorgamiento de la remisión se condicionará, además de lo previsto en el primer párrafo de este artículo, a que el reo repare los daños y perjuicios causados o garantice su reparación, sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para dicho objeto, si no puede cubrirla desde luego.

Al disponer la remisión, la autoridad que la conceda establecerá las condiciones que deba observar el reo, conforme a lo dispuesto en los incisos a) y d) de la segunda parte del Artículo 84 del Código Penal.

La remisión es revocable por la autoridad que la otorga, en los casos y conforme al procedimiento dispuesto para la revocación de la libertad preparatoria."⁽²³⁾

(23) Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.- Editorial Porrúa, México, 1991.

Semejanzas con la figura en estudio:

En nuestro concepto la única semejanza que encontramos es que conceden la libertad de una persona privada de la misma.

Diferencias:

Debido a que la presente figura pertenece al Derecho de Ejecución de Penas, las diferencias son las mismas que rigen a la libertad preparatoria.

CAPITULO III

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION

3.1 CUANDO PROCEDE.

La libertad bajo caución, como ya lo hemos mencionado, tiene como base la Constitución, y se regula por el Código de Procedimientos Penales, así tenemos que puede proceder en las siguientes etapas:

a).- AVERIGUACION PREVIA.

Esta libertad también conocida como libertad administrativa, procederá, según el Maestro Colín Sánchez: "Únicamente si se trata de delitos no intencionales o culposos, em pero, si el delito por imprudencia se ocasionó con motivo del tránsito de vehículos no procederá si el indiciado abandonó al lesionado, participó en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas (Artículo 271)".⁽²³⁾

b).- PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA.

La Constitución General de la República, establece que será procedente la libertad caucional siempre y cuando el delito que se le imputa al detenido no exceda en su término medio aritmético de cinco años de prisión, por lo que el Código de Procedimientos Penales tan sólo regula o da los linea-

(23) Colín Sánchez, Guillermo.- Ob.Cit. Pag. 577.

mientos de la Fracción I del Artículo 20 Constitucional. Ahora bien, con la adición de que fué objeto el Artículo 556 del Código Procesal Penal, será procedente esta libertad siempre y cuando no se encuentre el delito por el cual va a ser o está siendo procesada la persona dentro de los ilícitos establecidos en el último párrafo del citado artículo.

Consideramos importante resaltar la diferencia entre cuando procede la libertad bajo caución y los requisitos para que ésta se dé, pues aún si se cumplen todos y cada uno de los requisitos de procedencia, y en su término medio aritmético excede de cinco años de prisión, o se encuentra dentro del último párrafo del Artículo 556 del Código mencionado, se habrán cubierto los requisitos, pero no se podrá conceder la libertad caucional por ningún motivo, o por el contrario, si el delito no excede en su término medio aritmético de cinco años, no se encuentre dentro del último párrafo ya mencionado, pero no se reúnen los requisitos señalados por la ley, tampoco deberá concederse la libertad que se pretende.

El término medio aritmético de que habla nuestra Carta Magna en su Fracción I del Artículo 20, se determina sumando la pena mínima y máxima de prisión, con la que está sancionado el delito que se trate, incluyendo sus modalidades, las cuales pueden ser atenuantes o agravantes, una vez

realizada dicha suma, se divide entre dos y si el resultado de dicha operación no excede de cinco años procederá la libertad. Vgr. El delito de ejercicio indebido del propio derecho, que se encuentra regulado por el Artículo 226 del Código Penal para el Distrito Federal, mismo que dice:

"Artículo 226.- Al que para hacer efectivo un derecho, o pretendido derecho que debe ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida".(24)

Haciendo la operación que mencionamos líneas arriba, tenemos que el resultado de la suma de la penalidad es de un año con tres meses de prisión, y dividido entre dos arroja un resultado de siete meses quince días, por lo que en este caso sí es procedente la libertad provisional bajo caución que regula nuestra Carta Jurídica Fundamental.

c).- PROCESO EN SEGUNDA INSTANCIA.

Además de los casos antes citados, es procedente la libertad provisional bajo caución cuando la sentencia dictada por el juez a quo no exceda de cinco años de prisión, siempre y cuando el Ministerio Público no haya interpuesto el Recurso

(24) Código Penal para el Distrito Federal. Ob.Cit.

de Apelación, para combatir la resolución de juez de origen; lo anterior en virtud de que si el Ministerio Público no interpone el medio de impugnación que referimos, el juez ad quem no podrá ir más allá de la pena establecida en la resolución impugnada, si apela el Representante Social, el juez ad quem está en posibilidad de imponer una pena superior a la dictada por el juez a quo, y ante esta posibilidad se ha resuelto que no es posible conceder el beneficio.

Este criterio, si bien es cierto que no está contemplado en la Fracción I del Artículo 20 Constitucional, también lo es que ha sido adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la siguiente Jurisprudencia:

LIBERTAD CAUCIONAL, PROCEDENCIA DE LA, EN SEGUNDA -- INSTANCIA.- Independientemente de que el término medio aritmético de la pena que corresponde al delito incriminado, exceda del límite señalado por la Fracción I del Artículo 20 Constitucional, para la procedencia de la libertad provisional bajo caución, si la sentencia recurrida en apelación, sólo por el reo, le impone una pena que no excede de cinco años, es procedente su libertad bajo fianza, misma que debe concederle el juzgador de segundo grado, porque para ello tiene jurisdicción.

Quinta Epoca, Tomo XCIX, Página 636.- Vázquez, Raymundo M. (25)

(25) Zamora Pierce Jesús.- Ob. Cit. Pág. 148.

3.2 MOMENTO PROCEDIMENTAL EN QUE PUEDE SER SOLICITADA.

Para saber en qué momento puede ser solicitada, es necesario saber a qué tipo de libertad nos referimos, ya que existen tres libertades provisionales diferentes, a saber:

- a).- Libertad bajo caución Constitucional;
- b).- Libertad bajo caución Procesal; y
- c).- Libertad bajo caución Administrativa.

- a).- Libertad Bajo Caución Constitucional.

Para el Doctor Zamora Pierce, al hablar del momento procesal oportuno para el otorgamiento de la libertad bajo caución, lo hace de la siguiente manera: "En cuanto al momento procedimental en que sea pertinente solicitar y obtener la libertad, el texto constitucional es claro, mas es contrariado por la ley secundaria y la práctica de los Tribunales. En efecto, en los términos del Artículo 20, Fracción I, resulta que la libertad del inculpado debe ser inmediata, esto es, no se supedita a ningún acto procesal, con la salvedad de que sólo pueda discernirla el juez, cosa que supone, simplemente, la iniciación del procedimiento judicial, lo cual ocurre cuando se dicta el auto de radicación, de inicio o de cabeza de proceso. Por ello, carece de fundamento el sistema de nuestros Códigos Procesales, conforme a los cuales la libertad

caucional procede hasta el momento en que el inculpado ha rendido su declaración preparatoria (Artículos 290, Fracción II, C.P.P.D.F. y 154 C.F.P.P.). Dado que el juez puede tomar la declaración preparatoria hasta 48 horas después de que el procesado queda a su disposición, durante este lapso éste se ve impedido para solicitar y obtener la libertad caucional, como podría hacerlo conforme a la Constitución.

Debemos señalar que los jueces, en la práctica de los Tribunales, atienden siempre a la disposición procesal, con olvido de la norma Constitucional."⁽²⁶⁾

Por nuestra parte consideramos que existen diversos momentos e instancias para solicitar la libertad bajo caución Constitucional. En primer término, como afirma acertadamente el Doctor Zamora Pierce, ésta puede ser solicitada en cualquier momento ante el Juez de Primera Instancia, una vez dictado el auto de radicación, pues si bien es cierto que la Constitución señala inmediatamente que lo solicite, también lo es que el juez necesita radicar la averiguación que le fué consignada para conocer del asunto, lo anterior atento a lo dispuesto por el segundo párrafo del Artículo 286 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el

(26) Zamora Pierce, Jesús.- Garantías y Proceso Penal.- Editorial Porrúa. Tercera Edición, México, 1988.- Pág. 92.

cual establece:

"El juzgado ante el cual se ejercite la acción penal, radicará de inmediato el asunto. Sin más trámite le abrirá expediente en el que se resolverá lo que legalmente corresponda y practicará, sin demora alguna, todas las diligencias que resulten procedentes..."⁽²⁷⁾

La Libertad Constitucional puede ser solicitada en cualquier estado del proceso mientras no se dicte sentencia, ya que, como se trata de un derecho del procesado y una obligación para el juzgador, éste no fenece sino hasta que la sentencia condenatoria haya causado ejecutoria.

La libertad que nos ocupa puede en alguna etapa del proceso no alcanzarse por diversos motivos. Vgr.: tratándose de un robo calificado de menor cuantía, pero por la calificativa, el término medio aritmético es mayor de cinco años de prisión y posteriormente la defensa logra desvirtuar la agravante, tan sólo quedando el robo por menor cuantía, por lo que ya es procedente la libertad en análisis.

Por último, esta forma de excarcelamiento puede ser solicitada cuantas veces quiera o crea procedente el inculpado,

(27) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ob.Cit.

teniendo la obligación el juzgador de entrar al estudio de la misma, en todos y cada uno de los momentos que se le solicite.

b).- Libertad Bajo Caución Procesal.

Esta libertad es de nueva creación en nuestra legislación pues con anterioridad a las adiciones de fecha 8 de Enero de 1991, tan sólo regulaba, complementaba y explicaba la Libertad Constitucional, como es sabido el Capítulo III de Libertad Provisional bajo caución del Título V, Sección II del Código de Procedimientos Penales, es reglamentario de la Fracción I del Artículo 20 Constitucional, aún y cuando en concepto de algunos estudiosos del Derecho, el mencionado capítulo se contraponía a la esencia de la garantía consagrada en nuestra Carta Magna, consideramos que no es así, pues la Ley Fundamental tan sólo da las bases para que a su vez exista una ley o reglamento que nos indique la forma en que se debe de aplicar lo consagrado en ésta.

Sostenemos que se trata de adiciones, ya que el Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no fue reformado, fue complementado; para que haya reformas en la ley es necesario sustituir algunos elementos de la misma por otros nuevos, cosa que no sucedió en el artículo que nos ocupa; por otra parte, la adición de la ley consiste en complementar o incluir algo novedoso, siendo esto precisamente lo que sucedió con las adiciones de la fecha antes mencionada.

Para corroborar lo anterior, nos permitiremos transcribir el Artículo 556 de la Ley Procesal Penal:

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

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

- I) Que se garantice debidamente, a juicio del juez la reparación del daño;
- II) Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social;
- III) Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse de la acción de la justicia;
- IV) Que no se trate de personas que por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la

libertad haga presumir fundadamente que evadirán la acción de la justicia.

Para los efectos del párrafo anterior, no procederá la libertad provisional cuando se trate de los delitos previstos en los siguientes Artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal: 60, 139, 140, 168, 170, 265, 266, 266-Bis, 287, 302, 307, 315-Bis, 320, 323, 324, 325, 326, 366, y 370 segundo y tercer párrafo, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los Artículos 372, 381 Fracciones VIII, IX y X, y 381-Bis". (28)

De lo transcrito se desprende que el mencionado Artículo fué complementado con un párrafo segundo y subsecuentes.

A diferencia de la Libertad Caucional Constitucional, esta libertad procesal, no tiene el mandato de que se resuelva inmediatamente, y que para cumplir con los requisitos exigidos por esta adición, es necesario que las partes aporten y ofrezcan determinadas probanzas, y el juez a su vez se allegue de

(28) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ob.Cit.

los elementos necesario para fundar y motivar la concesión de la misma.

c).- Libertad Bajo Caución Administrativa.

Para que proceda la Libertad Administrativa es necesario que quien la solicita se encuentre detenido de la fase de averiguación previa, pues es únicamente en este momento procesal, donde se dá, y como es de explorado derecho, el Ministerio Público sólomente puede detener a una persona en dos situaciones: cuando se trate de flagrante delito; y cuando exista notoria urgencia; fuera de estos casos, implicaría una violación al Artículo 16 Constitucional por parte del Representante Social.

Esta procede únicamente en los casos señalados en el Artículo 271 del Código Adjetivo de la materia, que de manera general nos habla de delitos imprudenciales, consideramos que esta libertad no tiene la misma esencia que la libertad caucional Constitucional y procesal, ya que el juez, en el momento de que se presente el inculpado a rendir su declaración preparatoria podrá revocar, confirmar o modificar la libertad administrativa concedida por el Ministerio Público. La justificación que damos a la libertad administrativa es la carencia del dolo en la comisión del delito, por ello se concede esta libertad, para que los sujetos que cometen este tipo

de ilícito no se contaminen en cierta forma, con las personas que realizan los delitos con dolo, ya que éstos son considerados más perjudiciales para la sociedad.

La presente forma de excarcelación, se dió en principio para delitos imprudenciales, cometidos con motivo de tránsito de vehículos, pero debido a que gran número de conductas delictivas se cometían por este medio de culpabilidad, se adicionó el Artículo 271, permitiendo en la actualidad, la libertad en todo tipo de delitos cometidos por imprudencia, salió del contemplado en el Artículo 60 del Código Sustantivo de la materia.

Hasta aquí consideramos que se encuentra desarrollado el momento procesal para solicitar la libertad bajo caución en sus diversas modalidades.

3.3 ASPECTOS GENERALES.

Dentro de las generalidades de la libertad provisional bajo caución, y dada su importancia y regulación en el Código Procesal Penal, consideramos como aspectos relevantes los siguientes:

- a).- Sujetos facultados para solicitarla.
- b).- Formas de solicitarla.

c).- Requisitos

d).- Elementos que deben atenderse para concederla.

e).- Formas de garantizarla y su monto.

a).- Sujetos Facultados para Solicitarla.

El Maestro Colín Sánchez, al desarrollar el presente tema señala: "Los sujetos procesales facultados para solicitar la libertad caucional son:

El procesado, acusado o sentenciado y el defensor; empero, no existe ningún impedimento para que la gestión, en el orden señalado, la lleve a cabo cualesquiera persona. Piénsese en el margen amplísimo que en este aspecto señala la Constitución; de tal manera que, todo formulismo encaminado a entorpecer la gestión pertinente para hacer efectiva esa garantía, sería contrario al espíritu mismo de nuestra carta jurídica fundamental." (29)

Por nuestra parte, sostenemos que el citado autor da una interpretación que excede lo consagrado por la Constitución, partiendo de la base que las partes en el proceso penal se integran: Por el Ministerio Público como representante de la sociedad u ofendido (denunciante o querellante), el acusado, defensor, y los terceros llamados a juicio, quienes entre

(29) Colín Sánchez Guillermo. Ob.Cit. Pag. 577.

otros son testigos, peritos, y demás personas que auxilian al juzgador, por lo que un tercero ajeno a estas partes, y sobre todo para solicitar la libertad provisional bajo caución, sólo lo concebimos como la persona facultada por la ley para garantizarla, pero no para requerirla.

Por lo anterior, los sujetos facultados para solicitar la libertad a estudio son: el inculpado, indiciado, procesado o sentenciado y su defensor.

b).- Formas de Solicitarla.

Son a través de comparecencia o mediante escrito presentado ante la autoridad que la va a conceder.

En la etapa indagatoria se solicita la libertad provisional administrativa a través de comparecencia ante el Agente del Ministerio Público, quien está facultado para concederla; ahora bien, una vez consignada la averiguación previa este trámite se lleva a cabo mediante comparecencia ante el Secretario de Acuerdos al Juzgado respectivo. Si fuese requerido por la defensora se realiza por escrito una vez que proteste el cargo conferido, para poder considerarlo parte del proceso.

Si el indiciado es quien solicita la libertad provisional, lo puede hacer por escrito antes de que rinda su

declaración preparatoria, resulta difícil en la práctica que éste comparezca por sí a la reja de prácticas de proceso, antes de que se le tome su declaración preparatoria. En comparecencia puede solicitarla en el momento en que se le haga saber que tiene derecho a este beneficio, siendo esto en la práctica de la declaración preparatoria, ya que el segundo párrafo del Artículo 290 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece la obligación por parte del Tribunal de hacer sabedor al indiciado si tiene derecho o no al beneficio de referencia. También puede ser solicitada cuando sea llamado a la reja de prácticas para llevar a cabo cualquier diligencia dentro del proceso.

Lo anterior contempla la libertad provisional bajo caución Constitucional reglamentada por el Código Procesal de la materia, en su Capítulo relativo a incidentes diversos.

Ahora bien, por lo que hace a la adición al Artículo 556 del Código Adjetivo Penal para el Distrito Federal, esta libertad procesal debe ser solicitada a través de un Incidente No Especificado regulado en el mismo Código; sostenemos lo anterior en virtud de que las Fracciones II a IV del Segundo Párrafo adicionado, deben ser acreditados fehacientemente por parte del acusado o su Defensor. Dichas Fracciones establecen:

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

I

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

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

IV Que no se trate de personas que por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirán la acción de la justicia." (30)

Como vemos de lo transcrito, los requisitos exigidos por estas fracciones deberán acreditarse mediante los medios de prueba consagrados en el Código de referencia, y para ello es necesario que sea mediante el incidente que se propone,

(30) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ob.Cit.

pues el Artículo 541 del Código en consulta establece:

"Artículo 541.- Todas las cuestiones que se propongan durante la tramitación de un juicio penal y que no sean especificadas en los Capítulos anteriores, se resolverán en la forma que establecen los siguientes artículos."⁽³¹⁾

c).- Requisitos.

Estos son, según el Maestro José Alberto Silva Silva los siguientes:

a).- Caso de proceso cuyo objeto procesal se reduce a un solo delito. En este caso, se tiene en cuenta el término medio aritmético; es decir, lo que en matemáticas se conoce como media aritmética.

b).- Casos de proceso cuyo objeto procesal se ventila un "concurso" de delitos o "acumulación" real de delitos."⁽³²⁾

No coincidimos con el autor consultado, en virtud de que en nuestro concepto confunde los requisitos con los casos de procedencia, pues los primeros los entendemos como las

(31) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ob.Cit.

(32) Silva Silva José Alberto.- Derecho Procesal Penal. Editorial Harla, México, 1990. Pág. 524.

exigencias a cumplir establecidas en la ley que están a cargo del inculpado, indiciado, procesado o sentenciado, quien las debe satisfacer para estar en aptitud de gozar de la libertad provisional. En tanto que los casos de procedencia, están contemplados en la Ley.

En nuestro concepto, los requisitos son:

1).- Solicitar la libertad provisional.

Esta debe llevarse a cabo mediante comparecencia o por escrito dirigido al Tribunal que conoce del proceso, en las formas ya señaladas en el punto inmediato anterior.

2).- Depósito de Garantía.

Cuando hablamos de la libertad provisional bajo caución Constitucional, como único requisito exigido por el primer párrafo de la Fracción I del Artículo 20, es el depósito de la misma que establece:

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

- I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más

requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la Autoridad Judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación..."(33)

- 3).- Acreditamiento de lo exigido en las Fracciones I a IV del Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales.

En el desarrollo del presente trabajo se ha comentado que con las adiciones de que fue objeto el multicitado Artículo 556 del Código Adjetivo Penal, da vida a una nueva modalidad de la libertad provisional bajo caución, la cual, es diversa a las antes analizadas, y para que ésta proceda es necesario satisfacer los siguientes requisitos, los cuales son analizados por el Lic. Raúl González Salas Campos, y al referirse a éstos señala:

- "1).- Respecto al primer requisito y que se refiere a:

"Que se garantice debidamente a juicio del Juez, la reparación del daño;"

El comentario que se hace, es que pudiera existir alguna contradicción con lo dispuesto por la Constitución en la Fracción I del Artículo 20 cuando, los párrafos segundo,

(33) Constitución Política Mexicana. Ob.Cit.

tercero y cuarto de dicha Fracción establecen que:

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

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

Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores."

Es importante destacar en primer lugar que los párrafos constitucionales transcritos son aplicables a todos los casos en que proceda la libertad caucional, tanto los que se refirieran a aquéllos en que el término medio aritmético de la pena exceda de 5 años, como cuando dicho término medio sea menor. Esta interpretación se deduce de la propia garantía --

constitucional cuando establece que:

"Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo caución".

Los párrafos constitucionales transcritos llevan consigo específicas limitaciones al juzgador en lo que se refiere a fijar el monto de la libertad bajo caución, y no puede por tanto el Juez sobrepasar los límites constitucionales marcados. Aún cuando parezca que la ley procesal le da libertad al Juez cuando alude a la expresión: "A juicio del Juez".

El arbitrio judicial queda debidamente establecido para fijar los montos de la reparación del daño dentro de los parámetros constitucionales, tanto en sus mínimos como en sus máximos."

Por lo que hace al segundo requisito, que establece que la concesión de la libertad no constituye un grave peligro social, y debido a la gran importancia y extensa interpretación que puede ser objeto este requisito, el mismo lo trataremos en el siguiente Capítulo del presente trabajo.

En tanto que al tercer requisito, el Lic. Raúl González Salas Campos, sigue diciendo:

"Cuando la ley procesal alude a que el solicitante (incul

gado) de la libertad provisional cumpla el requisito de:
"Que no exista riesgo fundado de que pueda sustraerse de la justicia", caben aquí hacer los mismos comentarios que se acaban de mencionar en el inciso anterior respecto del peligro social.

El único antecedente que como riesgo fundado se puede tener respecto de que el inculgado pueda sustraerse a la acción de la justicia, es el hecho de que anteriormente se hubiese sustraído de la misma. Esta presunción no puede operar siempre negativamente en perjuicio del inculgado que anteriormente se hubiere sustraído de la acción de la justicia, sino que de la misma forma que se aludió en el inciso "A", el Juez debe valorar cada caso particular, y conforme a su arbitrio judicial resolver fundada y motivadamente su decisión respecto a la negativa de la concesión de la libertad provisional bajo caución. Es de destacarse que en otros países se prevén otras alternativas para garantizar la libertad provisional bajo caución, cuando se tiene precisamente este tipo de temores de que la persona se sustraerá a la acción de la justicia una vez que se encuentre en libertad provisional bajo caución.

Por último, la Fracción IV alude al requisito de:

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

Es evidente que esta Fracción alude al mismo riesgo social de la Fracción III comentado anteriormente, sólo que contempla dos presupuestos distintos para presumir que se evadirán de la acción de la justicia. Estos presupuestos son el de la "reincidencia" y el de la "habitualidad".

Cabe destacar que el Código Penal contempla la reincidencia y la habitualidad en los Artículos 20 y 21 del Código Penal que señalan:

"Artículo 20.- Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier Tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este Código o leyes especiales".

"Artículo 21.- Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años."

Considero que para la concesión de la libertad provisional bajo caución, no deben ser tomadas en cuenta las figuras de la reincidencia o de la habitualidad, sino que el Juez, dentro de su arbitrio judicial, debe únicamente atenerse a las valoraciones de las tres primeras fracciones del Artículo 556, para conceder o negar la libertad bajo caución por la posible evasión de la acción de la justicia. La razón de esta consideración se hace en virtud de que las figuras de la reincidencia y de la habitualidad caracterizan al Derecho Penal como un Derecho Penal de Autor, y de este tipo de Derecho se niega y siempre se ha negado en nuestro sistema jurídico.

Cabe recordar que nuestro sistema se caracteriza por tener un Derecho Penal del Hecho, el cual sólo castiga los hechos y no las personalidades. (34)

(34) González Salas Campos Raúl.- Conferencia Dictada en el INACIPE, 16 de Mayo de 1991, México, D.F.

- d).- Elementos que deben ser Considerados para Conceder la Libertad Provisional Bajo Caución.

Estos elementos los encontramos en la Fracción I de la Constitución que regula la libertad motivo de la presente Tesis, los cuales son:

- 1).- Circunstancias personales del indiciado, procesado o sentenciado.

Al hablar de las circunstancias personales, el Maestro Colín Sánchez lo hace de la siguiente manera:

"La palabra circunstancia equivale a requisito, calidad, etcétera; seguramente el legislador se refiere a las peculiaridades del sujeto, como la edad, educación, estado civil, condición económica, antecedentes penales, etc., ya que también con dicha palabra (del latín *Circumstantia*), se alude a los acudentes de tiempo, lugar o modalidades unidas a la sustancia de una conducta o hecho que, dado el caso motiven la agravación o disminución de la pena, la aplicación de una causa de justificación, de cualquiera otra eximente, la adopción de medios asegurativos o medidas de seguridad."⁽³⁵⁾

(35) Colín Sánchez Guillermo.- Ob. Cit. Pág. 581-582.

Sostenemos que dentro de las circunstancias mencionadas por el autor, la más importante es, entre otras, la condición económica, toda vez que por objetiva le va a brindar al juzgador elementos suficientes y necesarios para fijar el monto de la caución que le sea solicitada. Las otras circunstancias personales son importantes, pero dependientes de la situación económica. Vgr. una persona que percibe un salario mínimo, sin educación, casado, con cinco hijos, con antecedentes penales, el juez aún cuando estime que debe fijar una caución elevada, se ve limitado a la situación económica del sujeto que la solicita.

Lo anterior ha sido sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente Jurisprudencia que dice:

SITUACION ECONOMICA DEL ACUSADO (FIANZA CARCELARIA). Si al procesado se le señala, para gozar de la libertad caucional, una garantía teniéndose únicamente en cuenta para ello la gravedad del delito que se le imputa, sin considerar su situación personal y sus condiciones económicas en el momento de delinquir, se vulnera en su perjuicio la garantía que otorga el Artículo 20, Fracción I, de la Constitución Federal. (36)

(36) Semanario Judicial de la Federación, 1917-1965, Segunda Parte, Primera Sala, Bajo el número 276, Pág. 550.

2).- Gravedad del Delito.

El estudioso del Derecho Guillermo Colín, considera que: "Seguramente con el calificativo grave (nada ajeno a consideraciones de orden subjetivo), se trata de hacer notar que el juzgador debe tomar en cuenta la sanción, que en su caso, habrá de aplicarse, atento al tipo o tipos penales, ya que esto es realmente el mejor indicador para determinar "la gravedad del delito" o "su especial gravedad" (como se señala, respecto a esto último, en el segundo párrafo de la Fracción I del Artículo 20, de la Constitución." (37)

El legislador al referirse a la gravedad del delito lo hace en el sentido de la trascendencia que ocasionó éste o que puede ocasionar a la sociedad en general. V.gr. cuando se realizan conductas, que si bien es cierto encuadran en un solo tipo penal, también lo es que son trascendentes, pues se ven afectadas varias personas o se cometen con tal sadismo que logran ser consideradas por el juzgador como delitos graves.

3).- Modalidades.

En cuanto a estas, el Doctor Jesús Zamora Pierce sostiene:

(37) Colín Sánchez Guillermo. Ob.Cit. Pag. 582.

"Para el legislador, el término modalidades comprende las circunstancias atenuantes y agravantes o calificativo a las que se refieren los Códigos Procesales. Así las comisiones unidas segunda de puntos constitucionales, primera de justicia y segunda sección de estudios legislativos, informaron a la Cámara de Senadores que: "... las suscritas comisiones coinciden también con el juicio que manifiesta la iniciativa, al incluir las modalidades del delito a fin de que el órgano jurisdiccional para determinar la caución o negativa del beneficio de libertad provisional bajo caución, atienda no sólo al tipo básico, sino a las modalidades atenuantes o agravantes del mismo."

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

Nos sentimos obligados a criticar la reforma Constitucional de 1985. La única consecuencia de incluir las modalidades en el cómputo de la pena para efectos de caucionar, es la de cerrar el camino de la libertad a un mayor número de procesados. Limitar, pues, la garantía, cuando debería

ampliársela." (38)

e).- Formas de Garantizarla y su Monto.

En cuanto a la forma de garantizar la libertad, el primer párrafo de la Fracción I del Artículo 20 Constitucional nos indica, que además de poner la suma respectiva ante la Autoridad correspondiente, hay otros medios para garantizar, como lo son la fianza y la hipoteca, mismas que se encuentran reguladas por la ley secundaria; esto es, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su Artículo 562. Ahora bien, con motivo de las adiciones de que fue objeto el Artículo de referencia en el año de 1985, cabe otra forma de caución, siendo ésta la de garantía prendaria.

El término CAUCION a que se refiere la Constitución, consiste en tres especies reguladas por la ley, y una cuarta que aún no lo está. Respecto a la definición de Caución, "esta proviene del latín CAUTIO que significa: precaución, prevención, fianza que da una persona por otra, siendo un término exclusivamente forense. Y es la seguridad que se da de cumplir con lo pactado, con lo prometido, o con lo mandado." (39)

(38) Zamora Pierce Jesús.- Garantías y Proceso Penal. Ob.Cit. Pág. 94.

(39) Diccionario Larousse.- México, Edición 1972. Pág. 207.

A continuación haremos un breve análisis de las formas de caución ya mencionadas:

1).- Fianza.

"Procede del latín "FIDERE", fe, seguridad, obligación accesoria que uno contrae de hacer lo que otro promete si no lo cumple éste. Por extensión prenda, dinero, etc., que se da o deposita para asegurar el cumplimiento de la obligación o compromiso."(40)

Este medio se encuentra reglamentado por los Artículos 563 a 566 del Código Procesal Penal. La fianza puede ser otorgada por el propio solicitante, o por un tercero, ya sea persona física o moral.

Si la otorga un tercero, siendo persona física, y el monto excede de \$300.00, deberá acreditarse que tiene bienes raíces inscritos en el Registro Público de la Propiedad, cuyo valor sea cuando menos cinco veces mayor al monto de la cantidad señalada como garantía; también las personas físicas deberán declarar ante el Juez o Tribunal correspondiente, bajo protesta de decir verdad, acerca de las fianzas judiciales que con anterioridad haya otorgado, así como de la cuantía y

(40) Diccionario Larousse. Ob.Cit. Pág. 404.

circunstancias de las mismas, para que esa declaración se tome en cuenta al calificar su solvencia.

Tratándose de persona moral y que sea una Empresa Afianzadora, legalmente constituida y autorizada, no tiene las obligaciones a que se ve sujeto el tercero que garantiza.

2).- Hipoteca.

Esta forma de garantía puede exhibirse por el propio procesado o por un tercero, ya sea persona física o moral, quienes deberán acreditar los mismos requisitos que el fiador cuando es persona física.

3).- Depósito en Efectivo.

El depósito, que de efectuarlo un tercero o el propio enjuiciado, deberá efectuarse a través de un Billeto de Depósito a cargo de Nacional Financiera, o depósito hecho en el Banco de México, con excepción de los casos en que por las circunstancias de tiempo no sea posible depositar el dinero en las formas antes mencionadas, el Juez podrá en esos casos aceptar dinero en efectivo y mandar hacer el depósito respectivo a primera hora hábil.

4).- Prenda.

Con las reformas a la Constitución hechas en el año de 1985, el jurista Eduardo Andrade Sánchez afirma: "Que al referirse genéricamente la Constitución a la caución, permite cualquier, lo cual hace posible la garantía prendaria."⁽⁴¹⁾

La verdad es que, en la práctica forense, los procesados se valen casi en forma exclusiva de la fianza de compañía autorizada. Pocos, poquísimos, son los casos en los cuales se garantiza la libertad mediante depósito en efectivo, seguramente como consecuencia del alto costo del dinero. La hipoteca no se emplea jamás, quizá por el largo tiempo que requiere su otorgamiento. Tampoco es probable que los procesados se valgan de la prenda, que exige un avalúo y depósito del bien.

En todo caso, la elección de la forma de revestir la caución es derecho del acusado, quien podrá optar por la que mejor le convenga. En el acto de hacer la solicitud de libertad, habrá de manifestar la forma que elige para que el Juez esté en aptitud de fijar la cuantía. Si el acusado o su Defensor, omitieren dicha manifestación, el Juez, en su resolución se verá en la necesidad de señalar una suma para cada

(41) Andrade Sánchez Eduardo.- La Nueva Regulación Constitucional de la Libertad Bajo Caución.- Artículo en la Reforma Jurídica de 1984, en la Administración de Justicia.- México, PGR. 1985. Pág. 58.

una de las diversas garantías que el procesado pueda prestar. (42)

- El Monto del Importe.

Con base en el Artículo 20, Fracción I de la Constitución, tenemos que son cuatro las formas de determinar la cantidad que va a garantizar el enjuiciado.

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

La forma transcrita, estimamos que opera por exclusión, pues en las demás fórmulas se contemplan circunstancias y elementos que no contiene la analizada.

2).- La autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años de salario mínimo vigente en el lugar que se cometió el delito.

(42) Zamora Pierce Jesús.- Garantías y Proceso Penal. Ob.Cit. Pág. 101.

Esta norma requiere que tome en consideración la autoridad que la va a conceder las particulares circunstancias personales del imputado analizadas con anterioridad.

Asimismo obliga a la autoridad a fundar y motivar el incremento de la caución cuando es superior a dos años de salario mínimo vigente.

3).- Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

El espíritu de este principio está encaminado a la protección del ofendido y la víctima, cuando se trata de delitos patrimoniales, y para garantizar la reparación del daño; el juez cuando menos deberá fijar tres veces el monto del beneficio obtenido o a los daños y perjuicios causados.

La cuantificación de los perjuicios, en el momento de solicitar la libertad provisional, que por lo general se hace en primera oportunidad, resulta prematura, pues aún no se cuentan con los elementos para determinar hasta donde puedan llegar éstos.

4).- Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales y se estará a lo dispuesto a las anteriores fórmulas.

Esto es, además de garantizar los daños y perjuicios, el Juez deberá tomar en consideración las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima y fundar y motivar el monto de la caución.

En todos y cada uno de los casos la Autoridad se ve obligada a considerar la gravedad del delito y las circunstancias personales del enjuiciado, las cuales se deberán complementar con las reglas analizadas.

En épocas de inflación y cambios en el Salario Mínimo, recuérdese que en cuanto al lugar, el que ha de tenerse en cuenta es el vigente en el lugar de realización del hecho delictuoso objeto del proceso, no el del lugar donde se tramitó el enjuiciamiento.

Pero desgraciadamente no se establece en cuanto al tiempo, cuál ha de tenerse en consideración: ¿Será el vigente en el momento que se realizó la conducta delictuosa objeto del proceso?, ¿Será el vigente al momento de iniciar el proceso?,

¿Será el vigente al momento de solicitar la libertad?, ¿Al momento de concederla, o acaso de otorgarla?". (43)

Las interrogantes dadas por el autor citado, consideramos que el salario mínimo que se debe tomar en cuenta para cuantificar es aquél que corresponda al momento en que se solicite la libertad caucional, ya que en ocasiones existen causas que llevan más de cinco años, sin que se aprehenda al presunto responsable, quien obtuvo en aquella época un beneficio de determinados salarios mínimos, mismos que cinco años después se han incrementado notoriamente.

3.4 CONSECUENCIAS JURIDICAS.

Las consecuencias jurídicas o efectos que trae consigo la concesión de la libertad provisional, son según la doctrina las siguientes:

- a).- Obligaciones del Beneficiado.
- b).- Revocación de la Libertad.
- c).- Destino de la garantía exhibida.

- a).- Obligaciones del Beneficiado.

La autoridad que conceda la libertad, debe asegurarse

(43) Silva Silva Jorge Alberto.- Ob.Cit. Pág. 527.

que la persona que se vió favorecida con la concesión, no evada la acción de la justicia, y con ello, quede impune la comisión o posible comisión de un delito; para tal efecto, el Artículo 567 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece las obligaciones a cumplir a quien se le ha otorgado el beneficio:

"Artículo 567.- Al notificarse al reo el acto que le concede la libertad caucional, se le hará saber que contrae las siguientes obligaciones: Presentarse ante su Juez cuantas veces sea citado o requerido para ello; comunicar al mismo los cambios de domicilio que tuviere y presentarse ante el Juzgado o Tribunal que conozca de su causa el día que se le señale de cada semana. En la notificación se hará constar que se hicieron saber al acusado las anteriores obligaciones, pero la omisión de este requisito no libra de ellas ni de sus consecuencias al acusado."(44)

La primera obligación señalada por este precepto, consideramos que el tribunal tan sólo debe citar o requerir al procesado por las siguientes diligencias o necesidades:

1).- Acudir a la realización de los estudios de personalidad a los

(44) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.- Ob.Cit.

que tiene obligación el juez de allegarse para dictar sentencia.

2).- A las Audiencias y demás diligencias que como consecuencia de las probanzas ofrecidas por las partes deban desahogarse.

3).- Notificaciones urgentes que no hayan podido ser realizadas el día que el procesado acude a firmar.

Un requerimiento por parte del juez que no sea con el objeto de llevar una diligencia de las antes mencionadas, nos resulta inútil y perjudicial para la persona que se le requiere, puesto que está obligado a acudir un día a la semana a firmar ante el Tribunal, día que se pudiese aprovechar para llevar a cabo diligencias de distinta naturaleza a las referidas.

Por lo que hace a comunicar el cambio de domicilio al juzgador, esto es con la finalidad de poder localizar al procesado en cualquier momento.

El hecho de acudir un día de cada semana al tribunal que conoce de la causa, tiene como objeto que el procesado esté al día de la ventilación del proceso y también el que no

pueda evadir la acción de la justicia.

Lo que nos parece injusto del Artículo en estudio es que dichas obligaciones se deban cumplir aún cuando no se le hicieren saber al beneficiado, pues se dan los casos en que personas tienen procesos pendientes en lugar distinto a donde radican y una vez que obtienen el citado beneficio, tan sólo se limitan a cumplir con las Audiencias que les son notificadas, no cumpliendo obligaciones que desconocen.

b).- Revocación de la Libertad.

Las causas de revocación de la libertad provisional bajo caución tenemos que son de dos clases: la primera, cuando el procesado garantiza por sí mismo su libertad; la segunda cuando un tercero es quien lo hace.

Así tenemos que el Artículo 568 del Código Adjetivo de la materia establece como causas de revocación para la primera de las mencionadas, las siguientes:

"Artículo 568.- Cuando el reo por sí mismo haya garantizado su libertad por depósito o hipoteca, aquélla se le revocará en los casos siguientes:

I.- Cuando el acusado desobedeciere, sin causa justa y comprobada, las órdenes legítimas del juez o tribunal que conozca de su proceso;

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

III.- Cuando amenazare a la parte ofendida o a algún testigo de los que haya depuesto o tenga 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 la causa;

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

V.- Cuando en el curso de la instrucción apareciere que el delito o delitos imputados tienen señalada como pena corporal cuyo término máximo sea superior a cinco años de prisión;

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

VII.- Cuando el acusado no cumpla con alguna de las obligaciones a que se refiere el Artículo 567 de este Código; y

VIII.- Cuando el juez o tribunal abriguen temor fundado de que se fugue u oculte el inculpado.⁽⁴⁵⁾

(45) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ob.Cit.

Del artículo transcrito, es oportuno hacer comentario respecto a las Fracciones II, V y VIII.

Por lo que hace a la Fracción II, sostenemos es anti constitucional, puesto que si bien es cierto que la Constitución no señala las causas de revocación, también lo es que el revocar la primera libertad, nos lleva a una ineficacia total de solicitar la libertad provisional en otro proceso, lo que es violatorio de la Fracción I del Artículo 20 Constitucional; afortunadamente son mínimos los casos que se presentan en la práctica forense de revocación de libertad por esta causa.

Merece comentario la Fracción V del artículo analizado, ya que es confusa la redacción, pues debió haber dicho cuyo término medio aritmético fuera mayor de cinco años de prisión. Con la actual redacción se puede interpretar que sólo los delitos que tienen una penalidad máxima de cinco años de prisión alcanzan el beneficio, y no es así.

Ahora bien, con la adición de fecha 8 de Enero de 1991, el Artículo 556 del Código Procesal Penal, debió adicionarse también en esta fracción para no existir contradicción entre estos artículos de la ley procesal.

En la Fracción VIII debería precisarse cuáles son

los casos en que el juez tiene temor fundado de que se fugue u oculte el inculcado, ya que la redacción actual, es una norma de valoración judicial, permitiendo el abuso de poder de una autoridad deshonesta.

Por su parte, el Artículo 569 del Código de Procedimientos Penales establece los casos en que se revoca la libertad provisional cuando ésta haya sido otorgada por un tercero.

Además de las antes mencionadas, se revocará cuando el tercero que haya garantizado la libertad solicitó se le releve de la obligación y presente al procesado ante el Juez. También será causa de revocación cuando se demuestre la insolencia del fiador; por último, además de ser causa de revocación será motivo para hacer efectiva la garantía en favor del Estado, cuando el tercero sea requerido para que presente al beneficiado y no lo haga en el término de 15 días.

c).- Destino de la Garantía Exhibida.

El presente inciso revela gran importancia, dado que en la práctica forense es muy común que se desconozca por parte de los beneficiados qué sucede con la garantía que otorgaron para obtener su libertad.

Pueden suceder dos supuestos:

- 1).- La restitución de la garantía a quien la otorgó; y
- 2).- Hacer efectiva la garantía en favor del Estado.

El primer supuesto tiene lugar en los siguientes casos:

- a).- Dictar sentencia absolutoria.
- b).- Cuando el procesado solicita la revocación de su libertad.
- c).- Por auto de libertad, ya sea por falta de mérito o por desvanecimiento de datos.
- d).- Cuando se dicta sentencia condenatoria y el sentenciado se presenta a dar cumplimiento a la misma.
- e).- Cuando en la institución apareciere que el delito imputado es de los que no permiten el beneficio.
- f).- Cuando cause ejecutoria la sentencia de primera o segunda instancia.
- g).- Cuando se revoque la libertad por parte del tribunal considerando que existe temor fundado de que se fugue u oculte el beneficiado.
- h).- Cuando el tercero solicita se le releve de la obligación y presente al beneficiado tribunal ante quien se otorgó la garantía.

Se hace efectiva la garantía en favor del Estado cuando se presentan las situaciones siguientes:

- a).- Cuando el titular del beneficio desobedeciere sin justa causa las órdenes legítimas del juez.
- b).- Cuando antes de que cause ejecutoria la resolución en la que está siendo procesado cometa otro delito que merezca pena corporal.
- c).- Cuando amenazare a alguna de las partes en el proceso o trate de cohechar o sobornar al juez, a los testigos, al agente del Ministerio Público o al Secretario del Juzgado que conozca de la causa.
- d).- Cuando no cumple con alguna de las obligaciones contraídas, las cuales están enunciadas en el Artículo 567 del Código Procesal Penal.
- e).- Cuando se demuestre que el tercero que otorgó la garantía es insolvente.
- f).- Cuando el tercero que otorga la garantía no presente al procesado dentro de los quince días que el tribunal concedió para tal efecto.

3.5 CONSTITUCIONALIDAD DE LA ADICION.

La adición de que fué objeto el Artículo 556 del Código Procesal Penal, la que tiene como fin que en algunos delitos en que la pena excede de los cinco años de prisión en su término medio aritmético puedan alcanzar el beneficio de la libertad provisional, siempre y cuando se cumpla con los requisitos que para tal efecto señala la misma, ha originado entre los estudiosos del Derecho de nuestro país gran debate sobre la constitucionalidad, e inconstitucionalidad de la adición. A este respecto nos permitiremos recordar lo mencionado en capítulos anteriores, sobre las clases de libertad que regula nuestra legislación, así tenemos libertad provisional bajo caución constitucional, libertad provisional bajo caución procesal, y libertad provisional administrativa.

Según el principio sobre la Constitución nada y bajo la Constitución todo, consideramos que la adición es plenamente Constitucional, pues si bien es cierto que la Fracción I del Artículo 20 (Libertad Constitucional) no prevee la adición (Libertad Procesal), también lo es que el Código de Procedimientos Penales en su capítulo reglamentario de la Fracción I del Artículo 20, además de establecer la forma a seguir para la obtención de esta garantía, amplía este beneficio para determinados delitos, sin que en ningún momento contradiga o varíe el espíritu constitucional.

Teniendo como apoyo lo sustentado por el jurista Ignacio Burgoa, que al hablar sobre constitucionalidad e inconstitucionalidad de la ley secundaria señala:

"En cuando a la reglamentación puramente legal, su fuente exclusiva es la ley ordinaria, sin que tal reglamentación esté prevista en la Ley Fundamental. Ahora bien, en relación con esta cuestión surge el problema de la constitucionalidad de aquellas leyes en sentido material (federales generales, federales de garantías, locales, reglamentos, etc.), que contengan dicha reglamentación. Este problema no debe resolverse a priori, sino a posteriori, es decir, tomando en consideración el caso especial de cada ley que reglamente un derecho público subjetivo emanado de la garantía individual de que se trate, y, reiterando lo que ya aseveramos, podemos aducir como criterio general para constatar si una ley secundaria en sentido material reglamentaria de una garantía individual, pugna o no con el precepto constitucional en que ésta se consagra, la estimación de que, si una disposición legal ordinaria, al reglamento el derecho público subjetivo correspondiente, hace nugatorio el ejercicio de éste, de tal manera que lo descarte o niegue, aunque sea en hipótesis o circunstancias determinadas, dicha disposición será inconstitucional. Por el contrario, si la ley secun

daria que reglamenta una garantía individual no altera substancialmente el derecho público subjetivo emanado de ella, sino que sólo establece ciertas condiciones o requisitos para su ejercicio, entonces dicha norma no será inconstitucional. Como dijimos anteriormente, el problema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley secundaria que reglamente una garantía individual no debe resolverse in abstracto, sino atendiendo a cada caso concreto, siguiendo el criterio general que esbozamos, el cual, si bien no deja de ser vago e impreciso, sí puede contribuir en cambio, a elucidar tal cuestión, que reviste vital importancia."⁽⁴⁶⁾

Una vez corroborada la constitucionalidad de la adición, es oportuno recordar que la Carta Magna tan sólo establece los mínimos derechos del gobernado, pudiendo la ley secundaria sin que resulte violatoria o nugatoria ampliarla.

Sobre el particular, nos permitimos citar al Lic. Raúl González Salas, quien es de los pocos juristas que a la fecha han hecho comentario sobre la adición.

"En primer lugar se alude a que la reforma de ninguna

(46) Burgoa Horiguela Ignacio.- Las Garantías Individuales.- Editorial Porrúa, 21ª Edición.- México, D.F., 1988. Pag. 199 y 200.

manera resulta anticonstitucional o que implique una contradicción a lo señalado por el Artículo 20 Constitucional Fracción I que dice:

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

Fracción I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el Juzgador tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del Juzgador en su aceptación."

La garantía constitucional referida establece ciertos límites a la concesión de libertad provisional bajo caución. Estos límites, sin embargo, no deben de atenderse para los delitos cuya pena exceda en su término medio aritmético de cinco años, sino por el contrario, exclusivamente para aquellos que se encuentren por debajo de dicho término medio aritmético. La garantía constitucional como toda garantía opera

en favor de los derechos de los ciudadanos, otorgándoles un mínimo de protección y seguridad.

En este sentido, le garantiza a toda persona que en cualquier juicio del orden criminal tendrá derecho a gozar siempre de la libertad provisional bajo caución cuando la pena del delito no exceda en su término medio aritmético de cinco años de prisión.

Este texto constitucional se refiere exclusivamente a la hipótesis de los delitos cuya pena tenga un término medio aritmético de cinco años. Esto se desprende de la fase que se refiere a "...siempre que dicho delito...", debiéndose interpretar la misma en el sentido de que cualquier delito (dicho delito), cuya pena tenga un término medio aritmético menor de cinco años, siempre alcanzará el derecho a gozar de la libertad provisional bajo caución.

Ahora bien, respecto a la hipótesis de los delitos cuyo término medio aritmético exceda de 5 años, no hay limitación constitucional alguna para que no puedan gozar los autores de libertad provisional bajo caución. Esta hipótesis no está prevista en la Constitución, y las limitaciones para la concesión de la libertad provisional bajo caución, pueden legítimamente surgir a partir de las leyes procesales como resulta ahora con la nueva reforma al Código de Procedimientos Penales.

Es absolutamente coherente y razonable que el legislador decida en las leyes procesales tratándose exclusivamente de los delitos cuya pena exceda en su término medio aritmético de cinco años, cuáles son los supuestos en que se les debe negar libertad provisional bajo caución, y en cuáles concederlas. Se insiste que la Constitución no impone límite alguno a la concesión de la libertad provisional bajo caución cuando se trata de delitos cuya pena exceda del término medio aritmético de cinco años. La reforma a los Códigos de Procedimientos Penales Federales y para el Distrito Federal vienen a darle razón a esta interpretación, y sobre todo, hace coherente la garantía constitucional consagrada en el Artículo 20 Fracción I para aquellos delitos que merezcan ser sancionados con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión."⁽⁴⁷⁾

(47) González Salas Campos Raúl.- Documento consultado.

CAPITULO IV

**ADICION AL ARTICULO 556 DEL CODIGO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL**

4.1 POLITICA CRIMINAL

Antes de entrar al estudio de las causas que en particular dieron origen a la adición que nos ocupa, consideramos que es menester entender qué es la Política Criminal, puesto que es precisamente a través de lineamientos que ésta establece los que debe seguir un buen gobierno para así adicionar, reformar o modificar la justicia penal que rige al país.

Política Criminal (D.P.).- Se entiende por tal el conjunto de criterios mantenidos por el legislador para determinar qué conductas deben calificarse como delitos y qué penas deben asignarse a aquéllos. Es obvio que detrás de estos criterios late la concepción que se tenga sobre el concepto de Derecho Penal y la Pena. Es más, la idea que se tenga sobre la persona, su dignidad, el libre albedrío, el binomio individuo-sociedad, la función del Estado, etc.; será determinante a la hora de utilizar el riguroso instrumento que es el Derecho Penal.

Importa destacar pues, que es cuestión de filosofía jurídica de la mayor trascendencia. Tradicionalmente se manejan dos criterios a que debe atenerse el legislador: El respeto al derecho natural y la modernización en el recurso para el derecho penal reservándolo exclusivamente para reprimir

aquellos comportamientos en verdad intolerables para la conv
encia pacífica y ordenada. Por último, conviene llamar la
atención sobre la función pedagógica que el Derecho Penal cum
ple, con mayor intensidad aún con otras ramas jurídicas y que
siempre deberá tenerse en cuenta por el legislador.⁽⁴⁸⁾

Por su parte el Maestro García Cordero, define la -
política criminal como "una disciplina cuyo objeto es investi
gar las relaciones que existen entre el sistema de leyes de
un país, en un momento histórico dado, y el complejo de insti
tuciones encargadas de administrar la justicia penal. Por es-
to, por atender al fijo hilo que vincula la ley con la admi-
nistración de justicia, la política criminal ha sido conside-
rada como un arte.

Arte del Estado como administrador y como legisla-
dor. Arte del legislador en tanto que señala en los cuerpos
jurídicos qué conductas, en qué lugar, en qué momento, deben
considerarse como delictuosas. Arte de administrar en tanto
que establece qué mecanismos, qué instrumentos y qué progra-
mas deben instaurarse para prevenir esas conductas delictuo--
sas.

Como puede advertirse se trata de un "arte" que exi
ge un enfoque interdisciplinario frente a la conducta anti-

(48) Diccionario Jurídico Espasa.- Ed. Espasa Calpe.- Madrid, España,
1991.- Pág. 764.

social y que reclama la convergencia de varias ciencias. La Política Criminal refleja la transformación del derecho en herramienta del progreso social. La Política Criminal nace del Derecho y se desprende de él para convertirse en una disciplina aplicada. No existe una prevención eficaz del delito sin una política criminal altamente desarrollada y coherente con la realidad que la sustenta.

En el marco que aquí nos interesa, la política criminal unifica un terreno práctico, las demandas del modelo nacional de desarrollo, con la administración de justicia penal. Es sin duda, el instrumento para alcanzar una administración de justicia expedita, equitativa y humana. Humanizar la justicia debería significar la elaboración, sobre bases científicas y realismo histórico, de una verdadera y profunda política criminal. (49)

Versele, citado por el Doctor Rodríguez Manzanera, afirma que la política criminológica es una estrategia global, una protección general del hombre en la colectividad, ya que, si se quiere verdaderamente realizar las reformas sociales que son indispensables para una política nacional de lucha contra la criminalidad en el desvío negativo es necesario hacerlo

(49) García Cordero Fernando.- Modelo de Desarrollo, Administración de Justicia Penal y Política Criminal.- Edit. Academia Mexicana de Ciencias Penales.- México, 1982. Pág. 42, 43.

dentro de las estructuras económicas y políticas. (50)

De las definiciones dadas, podemos apreciar que se conceptualizaba a la política criminal con un restringido campo de acción, entendiendo tan sólo como los parámetros dentro de los cuales deberá ceñirse un Gobierno para combatir la delincuencia.

Actualmente, la política criminal persigue la justicia social y por lo mismo no puede identificársele con la política antidelictiva. Es un concepto que va más allá de la prevención del delito y el tratamiento del delincuente y constituye un aspecto importante de la política en general, del arte de gobernar, del arte de dirigir.

La Política Criminal depende del sistema cultural y de las estructuras sociales, políticas y económicas en cuanto pretende la justicia social, supone necesariamente una mejor organización de esas estructuras y la corrección de las deficiencias que acusan. Por esta razón la justicia penal, no puede fundarse en un régimen de injusticias sociales.

En el curso del Seminario quedó establecido que la

(50) Versele, Cs. La Política Criminal, Comunicación presentada al Primer Coloquio sobre Política Criminal en América Latina, citada por Luis Rodríguez Manzanera, Criminología.- Ed. Porrúa, 6a. Edición, 1989. Pág. 115.

planificación de la Política Criminal debe ser entendida como un proceso de transformación sociopolítica que persigue esencialmente un sistema de justicia penal de índole social. En la medida que pretende la transformación de instituciones, actitudes y condiciones y tipos de vida, no debe limitarse a la reforma de los sistemas actuales de justicia penal.⁽⁵¹⁾

4.2 CAUSAS QUE ORIGINAN LA ADICION.

Como se estudió en el inciso anterior, son varios los factores y varias las disciplinas que se deben tener presentes para que se logre tener una legislación penal, tanto en la parte sustantiva como adjetiva, acorde a las necesidades y requerimientos de cada lugar y en general de cada país.

Por un lado tenemos que la causa que originó la adición del Artículo encomendado, fué el deseo del legislador de ampliar la garantía consagrada en la Fracción I del Artículo 20 Constitucional, a algunos delitos que no están contemplados en dicha Fracción, por exceder en su término medio aritmético de cinco años de prisión, razón por demás humanitaria y jurídica.

(51) Organización de las Naciones Unidas.- Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.- San José de Costa Rica, 1976. Pág. 14.

Por nuestra parte vislumbramos que hay causas de índole político-económicas y criminológicas, que condujeron a la adición que se comenta.

Las causas político-económicas son, entre otras, la sobrepoblación existente en los centros preventivos del país, puesto que, como se analizó en el Capítulo II del presente trabajo, en la prisión preventiva se encuentran los individuos que están sometidos a un proceso, sin que se les haya comprobado aún la responsabilidad penal que se les imputa.

De conformidad con el estudio practicado por el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en el trabajo denominado El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe, establece que el 70% de las personas que se encuentran recluidas en América Latina y El Caribe, son sujetos a los cuales todavía no se les dicta sentencia definitiva, lo cual conlleva a que el Estado tenga gastos considerables en recursos materiales, arquitectónicos y humanos, destinados a estos Centros.

Ahora bien, para determinar los factores criminológicos que originaron la adición a este Artículo, es necesario entender cuáles han sido los fines que ha tenido la pena de prisión a lo largo de la historia, los cuales los dividiremos

en cinco fases, a saber:

- a).- Fase vindicativa;
- b).- Fase expiacionista;
- c).- Fase correccionalista
- d).- Fase resocializante; y
- e).- Otras funciones declaradas de la sanción penal.

a).- Fase Vindicativa.

En este período, como su nombre lo indica, el objetivo principal y quizá único de la reacción ante determinados comportamientos, era la venganza: Precisamente por su carácter de reacción primaria, la vindicativa predominó como función admitida y reconocida entre los mal llamados "pueblos primitivos", y se mantuvo como tal durante muchos siglos. También entre los latinos como entre los pueblos primitivos, el derecho penal se desarrolla partiendo de la venganza privada y sólo gradualmente asume el carácter de pública.

La acción sancionadora era potestad del ofendido o de su grupo, quienes podían ejercerla o abstenerse de hacerlo. Aquéllos, por ende, eran su titular y simultáneamente su beneficiario, ya que se gratificaban con la realización de la venganza. Y el criterio con que la ejecutaba, atendía apenas al daño que había perseguido, es decir, al hecho pretérito consumado.

Sin embargo, nada impide, si se desea profundizar en la especulación extemporánea sobre esa fase, otorgar a la acción vindicativa particular una mayor trascendencia como lo hace Ferri cuando afirma que: "si bien en la reacción del ofendido contra el ofensor existe ciertamente un resentimiento vindicativo respecto del pasado, aparece también la intención más o menos consciente de buscar la defensa para el porvenir, bien reduciendo al ofensor a la imposibilidad de repetir la agresión, matándole, o bien dándole la impresión de que tales repeticiones no le convienen."⁽⁵²⁾

b).- Fase Expiacionista.

La evolución de la humanidad condujo, entre otras cosas, a la formación y consolidación de organizaciones religiosas, que prácticamente desde sus orígenes asumieron la función de legitimar la modalidad del poder político que se ejercía en su respectivo territorio, a través de las tesis de la delegación divina.

El argumento religioso utilizado para legitimar la modalidad teórica de la fase vindicativa, tan sólo se diferenciaba de éste, en que la titularidad de la acción punitiva ya

(52) Sandoval Huertas Emiro.- Penalogía, Parte General.- Edit. U. Externado de Colombia, Bogotá, 1982.- Pág. 45, 46.

no radicaba en el particular ofendido, sino que se había desplazado al representante de la divinidad.

El concepto de expiación, del cual toma parcialmente su nombre esta fase, fué introducido de manera paulatina durante el Medievo por las instituciones religiosas que entonces y aún hoy predominan en el mundo occidental: El Cristianismo que junto a la finalidad vindicativa comenzó a plantear la hipótesis de que el autor de una conducta punible se redime a través de la sanción que recibe: "de la teoría de la delegación divina se deriva que la pena es, esencialmente, venganza. No venganza privada, sino pública. No venganza inspirada por el odio,.... sino venganza cristiana o zelo justitiae amore die. Pero es también expiación.

No con la justificación que expresa exactamente el verbo Luo, lavo, sino en el sentido cristiano de experiencia espiritual dirigida a dar a conocer lo verdadero y lo bueno, sólo con el cristianismo asume la experiencia espiritual. Lo que vale en la pena es el dolor que redime. Para ese fin son buenos todos los medios exteriores que sirvan para despertar al pecador de su sueño tenebroso y para abrirle los ojos a la luz y hacerlo ver de nuevo."⁽⁵³⁾

(53) Costa Fausto.- El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía. Edit. Uthana. Trad. Mario Ruiz Funes.- México, 1953. Pág. 40-41.

c).- Fase Correccionalista.

En el Código Criminal Francés de 1791, se empieza a hablar sobre la prisión como pena en sí misma, y tiene como finalidad el corregir al delincuente, y ya no tan sólo el privar al individuo para explotar su trabajo.

Existen explicaciones tradicionales sobre el origen de la prisión, y éstas consisten en afirmar que la filosofía humanista del liberalismo clásico, a través de sus diversas manifestaciones políticas o religiosas, determina que se abandonaran las cruentas sanciones penales que hasta entonces se utilizaban, y que en su reemplazo se erigiese la prisión.

Para García Basalo, la reforma del Derecho Penal produce al hombre limitación y aún la abolición de la pena capital y de las penas corporales.

La privación de la libertad se convierte entonces en una verdadera pena. La prisión aparece entonces como medio indispensable para su cumplimiento. (54)

Similar es la posición del Profesor Reyes, pues en

(54) García Basalo Carlos.- Algunas Tendencias Actuales de la Ciencia Penitenciaria.- Edit. Abeledo Perrot.- Buenos Aires, 1970. Pág. 16.

su opinión "los paulatinos avances de la humanidad en busca de la dignidad humana, encontraron en el Siglo XVIII terreno fértil para su consolidación; fue esa la época del iluminismo que marcó un mito en la historia de la civilización, por esa razón la crueldad, en el castigo fue cediendo el paso a la moderación; y cita como responsable de esta transformación a Howard Beccaria y Marat, entre otros." (55)

También existen recientes explicaciones o teorías que justifican el nacimiento de la prisión, las cuales basan sus postulados en destacar que son lugares en los cuales se puede tener cuidado o desembarazarse en forma ordenada de grupos desviados y sitúan a la prisión en el mismo concepto que el manicomio, la casa de trabajo, el asilo de pobres y el orfanatorio.

Entre los autores que siguen esta tendencia tenemos como principal representante a Michel Foucault. Su pensamiento puede resumirse diciendo que la prisión se convirtió oficialmente en la principal sanción penal a finales del Siglo XVIII y principios del XIX, por cuanto en ese momento histórico se hizo necesario para la burguesía, que empezaba a detentar el poder político en toda su extensión, diferenciar sus comporta-

(55) Reyes E. Alfonso.- La Punibilidad.- Universidad de Externado de Colombia.- Bogotá, 1978.- Pág. 20-21.

mientos contra la propiedad de las conductas análogas desarrolladas por los sectores populares, pues unos y otras no son diferenciables cualitativamente; y como parte de esta separación se adoptó la privación de libertad, porque ésta, mucho mejor que las demás penas posibles, permite poner en práctica los procedimientos de control político disciplinario que la misma burguesía ya había impuesto en otros ámbitos de la vida social, tales como las escuelas, la fábrica y el cuartel. (56)

d).- Fase Resocializante.

El argumento resocializador se impone como principal legitimación de las sanciones penales, aproximadamente desde las tres últimas décadas del Siglo XIX, cuando los estudios sobre los fenómenos sociales (entre éstos el delito y las reacciones institucionales ante él), comienzan a adoptar los principios positivistas de las ciencias naturales pues sus autos pretenden que el examen de los hechos culturales posea igualmente un carácter científico. Era el momento, indica la Prof. Del Olmo, para el surgimiento de las ciencias del hombre que se ocupasen no sólo de la enfermedad mental y el estudio de la sociedad, sino también del problema concreto de la delincuencia. Y había que hacerlo siguiendo los postulados considera-

(56) Sandoval Huertas Emiro.- Ob.Cit. Pág. 83.

dos universales por toda la ciencia en ese momento. (57)

La utilización de la expresión médica tratamiento en el ámbito de la Penalogía, constituye más que un simple recurso terminológico. Ciertamente es que el método médico propiamente dicho: Drogas, dietas, ejercicios, intervenciones quirúrgicas, etc., ha sido incorporado a la acción penitenciaria y apenas fragmentaria y excepcionalmente. Pero entre la concepción médica y la que rige la imposición de las sanciones penales, existe un acuerdo fundamental: Para ambas, lo indeseable radica en el individuo y por lo tanto, la pretensión terapéutica debe dirigirse hacia él. Así como el médico y su tratamiento buscan eliminar la enfermedad que existe en el paciente, más nunca modificar las conductas externas que pueden haber originado la anomalía orgánica, tampoco el ejecutor de penas aspira a erradicar las circunstancias sociales que originan el delito, se limita a tratar al sentenciado.

e).- Otras Funciones Declaradas de la Sanción Penal.

Conforme al modelo histórico que hemos estudiado, han existido cuatro fases históricas en cada una de las cuales

(57) Del Olmo Rosa.- Desarrollo Histórico de la Criminología en América Latina.- Universidad Central de Venezuela.- Edit. Fotocop, Caracas, 1979, Volumen I.- Pág. 10.

ha predominado una determinada argumentación respecto de la finalidad oficialmente asignada a las sanciones penales; examinamos por tanto, los períodos vindicativo, expiacionista, correccionalista y resocializado. Existen, empero, por lo menos otras dos funciones declaradas de la pena, que nunca han dominado en un cierto momento histórico, sino que apenas han ocupado lugares más o menos secundarios dentro de los discursos encaminados a justificar la imposición y ejecución de sanciones penales; de los que nos ocuparemos en el presente inciso, siendo éstos:

- 1).- La intimidación general;
- 2).- Protección Social.

La Intimidación General.

Teniendo el mismo origen ideológico que la finalidad correccionalista, el modelo fundamental de la intimidación social es similar al de aquélla. En efecto, la titularidad de la imposición y ejecución de las sanciones penales radicaría en el Estado; el beneficiario, y por ende interesado, en que así se haga, sería el grupo social, y el criterio para ello consistirá en el comportamiento futuro de los miembros de la colectividad.

Cuello Calón afirma que la sanción penal obra también sobre la colectividad. A los hombres observadores de la Ley les muestra las consecuencias de la rebeldía contra ella y de este modo vigoriza su respeto a la misma y la inclinación que su observancia; en los sujetos de temple moral débil, más o menos propensos a delinquir, crea motivos de inhibición que les alejen del delito en el porvenir y les mantenga obedientes a las normas legales, por ello no es posible prescindir de la prevención general que protege a la comunidad contra los hechos delictivos mediante la amenaza de la pena y su influencia sobre la voluntad. Sin embargo, no es factible sobre la frágil base de las estadísticas, adversas o favorables, negar o afirmar la eficacia preventiva de esta pena. (58)

Protección Social.

Menos frecuente que el argumento de la disuación colectiva, éste de la protección social, se remonta en sus orígenes a la fase vindicativa. En efecto, devolver al agresor un daño más o menos similar al que había producido al sujeto pasivo de su conducta, era en sí misma una rudimentaria forma de evitar que aquél repitiese su comportamiento, máxime cuando el mal que se le irrogaba consistía en la muerte.

(58) Cuello Calón Eugenio.- La Moderna Penología.- Editorial Bosch, Barcelona, 1958.- Tomo I. Pág. 25.

Quienes respaldan la tesis de la protección social, asumen como hechos indiscutibles que la titularidad de la sanción penal corresponde al Estado; que tanto el condenado como especialmente el resto de la colectividad resultan beneficiados con la imposición y ejecución de las penas; y que el criterio de éstas radica en el comportamiento futuro del infractor penal, en el sentido de impedir que tenga oportunidad de realizar conductas dañinas. Pero además, la protección social a través de las sanciones penales supone un cuarto elemento teórico a saber: que quienes son objeto de las reacciones institucionales posteriores al delito constituyen a la vez el grupo humano del cual se deriva mayor riesgo de perjuicio para sus semejantes. Más exactamente, que delito y sentenciado son conceptos sinónimos en el mismo orden de gravísimo daño y peligroso.

De las cinco fases expuestas, concluimos que la pena de prisión ha tenido diversas finalidades, y de las cuales ninguna ha logrado su cometido, pues ha sido un fracaso total de la pena de prisión, ya que ni resocializa, ni intimida, y ni rehabilita.

A partir de los años 70's, y al ser aceptado el fracaso de la pena de prisión, ha surgido una nueva finalidad de la pena de prisión y que se constriñó únicamente a la neutralización del delincuente, el problema que trae aparejada esta

finalidad es la posible imposición nuevamente de la pena capital.

En nuestro país se están creando, siguiendo esta teoría, cárceles de máxima seguridad en la que tienen únicamente como finalidad el segregar al sentenciado de la sociedad para que no le cause daño a la misma.

Consideramos importante el desarrollo de las finalidades de la pena de prisión, puesto que si ésta no ha cumplido con sus objetivos, por qué someter a prisión preventiva al sujeto que aún no se le encuentra culpable de la comisión de un ilícito.

A continuación analizaremos algunos aspectos fácticos de la prisión preventiva consistentes en:

- 1).- Generalización de la prisión preventiva.
- 2).- Duración de la prisión.
- 3).- Anticipación de la pena.
- 4).- Efectos de la prisión preventiva.

1) Generalización de la Prisión Preventiva.

En un estudio fundamental realizado por el ILANUD⁽⁵⁹⁾

sobre la prisión preventiva, los autores llegan a establecer el uso generalizado de esta medida cautelar en los países latinoamericanos que tiene un sistema penal de tipo continental europeo, en comparación con los países que tienen un sistema penal de tipo anglosajón.

El porcentaje de individuos sujetos a prisión preventiva en los países con el primer tipo de sistema penal es de 67.28%, en relación al número total de individuos privados de libertad; mientras en países con sistema anglosajón, el porcentaje se reduce al 20.13%.

Las cifras que nos proporcionan sobre México son las siguientes: En 1972, el total de presos en nuestro país era de 43,506, de los cuales 17,543 estaban en proceso; lo que representa un 40.39%. Para 1980 la cifra total de presos aumentó a 58,352, y la de presos sin condena a 43,316, lo que representa un altísimo porcentaje de 74.23%, más alto que la media en Latinoamérica, que es de 68.47%.

(59) Carranza, Elías y otros.- Ob.Cit.

Relacionando al número de presos con las tasas por 100,000 habitantes, encontramos que en 1972 en México existían 83 presos por cada 100,000, y en 1980 la cifra es de 87.

Esta investigación ha demostrado que es altísimo el número de individuos sujetos a prisión preventiva o "presos sin condena", como ellos los llaman acertadamente, y queda claro también que el uso de la medida cautelar contrario, se trata de una medida de uso generalizado con las gravísimas consecuencias que se desprenden de ello.

La población no sólo se ve amenazada por la pena en caso de cometer algún delito, sino también estará siempre amenazada por la prisión preventiva en caso de ser sólo sospechoso de haberlo cometido.

Este problema de extensión del uso de la prisión preventiva no es exclusivo de nuestro país, sino que es compartido en toda Latinoamérica por muchos otros, pero llama la atención que la proporción es siempre muchísimo mayor en aquellos que tienen un sistema penal de tipo continental europeo.

Estas cifras son tan elevadas; esta ineficiencia del aparato judicial se debe, tal vez, entre otras cosas a la imposición de un sistema económico político y, en consecuencia,

también judicial que no corresponde a las necesidades y características propias de nuestros países, donde otras muchas cosas también impuestas, tampoco funcionan como deberían.

El sistema penal de tipo continental europeo como el nuestro, es un sistema rígido, donde no cabe dar una gran discrecionalidad a los jueces; por el contrario, envuelve cada acto procedimental con muchas garantías que por otra parte son indispensables para limitar el poder cada vez más expansivo del Estado, que recae directamente en la esfera privada de los individuos y de sus garantías fundamentales, pero paradójicamente, la mayor protección que se otorga a nivel jurídico se refleja en una mayor desprotección e injusticia cuando se les ve insertas en una compleja red social a la que no se ajustan; así se va creando un sistema judicial limitador y rígido, que trae como consecuencia entre otras cosas el uso indiscriminado de la prisión preventiva, fenómeno más relacionado quizá con las necesidades reales de control social por parte del poder político que con las declaraciones jurídicas.

2) Duración de la Prisión Preventiva.

En un estudio realizado en el INACIPE, por Cosacov, Gorenc, Nadelsticher, (60) se revelan datos interesantes en

(60) Cosacov, Gorenc, Nadelsticher.- La Duración del Proceso Penal en México.- Cuadernos del INACIPE. Núm. 12, México, 1983.

relación al problema de la duración del proceso penal.

Los autores estudiaron una muestra de 1,663 sujetos, distribuidos en diversos reclusorios del Distrito Federal, todos ellos sujetos a prisión preventiva sin haber obtenido sentencia de primera instancia. Dividieron su muestra en tres grupos:

En el primer grupo se encontraron aquellas personas que habían cumplido hasta 180 días de prisión, que eran 307 y representaban el 18.5% del total de la muestra.

El segundo grupo abarcaba a aquéllos con una permanencia entre 181 y 365 días, los que sumaban 922 sujetos, con el 55.5%.

En el tercero se incluían a los sujetos con más de 365 días de reclusión, en el cual se encontraban 432 sujetos, los cuales representaban el 26% del total de la muestra.

Teóricamente, este 26% del último grupo no debería existir, ya que la Constitución señala como máximo un año para la duración de un proceso penal, y a esos 432 sujetos se los está violando esa garantía.

Esta situación se agrava por la interpretación que

ha hecho la Suprema Corte de Justicia de este precepto en el sentido que el límite de tiempo fijado en la Constitución para el proceso penal, es para dictar sentencia de primera instancia.

Acogiendo la opinión de los autores citados, consideramos que el bien que se pretende proteger es la libertad, por lo que el plazo constitucional para la duración del proceso penal debe interpretarse como límite de un año para la duración de todo el proceso penal hasta sentencia definitiva, ya que hasta ese momento rige también el principio de inocencia.

Además, como ellos mismos dicen: "Si el punto de partida fuera interpretar los plazos del Artículo 20, Fracción VIII Constitucional, como límites de duración del proceso, no habría razón para considerar que sólo se refieren a la acumulación de la primera instancia. La restricción impuesta por la interpretación jurisprudencial no se apoya ni en la libertad del texto constitucional, ni en la regulación legal de los plazos que, no suman entre la primera y segunda instancia e incluso el amparo contra esta última, un total de trescientos sesenta y cinco días."⁽⁶¹⁾

(61) Cosacov Gorenc Nadelsticher.- Ob.Cit. Pág. 21.

Tomando como válida esta interpretación que nos parece acertada, podemos pensar que el número de presos en espera de sentencia definitiva, incluyendo los sujetos que están en espera de sentencia en segunda instancia y de amparo, sería mucho mayor a los que revela la muestra de la investigación.

3).- Anticipación de la Pena.

Para complementar el panorama expuesto, nos parece importante mencionar algunas cifras reunidas por Susana Muñoz⁽⁶²⁾, sobre el número de autos de formal prisión dictados por los Juzgados del Distrito Federal entre 1979 y 1983. En este trabajo se establece que del total de actas enviadas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal a los juzgados, a más del 50% se les dictó Auto de Formal Prisión.

Estos altos porcentajes no pueden indicar que la Procuraduría del Distrito Federal envía solo averiguaciones previas consistentemente integradas, por lo que el Juez no puede sino dictar auto de formal prisión o que existe una política tendiente a decidir en la mayoría de los casos, aún con débiles indicios, la privación de libertad del acusado, para después seguir investigando.

Cifras muy dispares en cambio son las de los Autos

(62) MUÑOZ SANCHEZ SUSANA.- Criminalidad y Fuentes Específicas Num. 2.- Cuadernos del INACIPE.- México, D.F., 1984. Pág. 24.

de Formal Prisión dictados sobre las actas enviadas por el Sector Central de la Procuraduría General de la República en 1979; de un total de 848 actas enviadas, al 8% se les dictó auto de formal prisión; en 1980 al 5%; en 1981 subió al 26% y en 1982 al 46%, para alcanzar en 1983 el 53%, sobre 3,806 actas enviadas.

Se requiere estudiar qué variables intervinieron para que este fenómeno se presentara en la competencia del Fuero Federal, con cifras tan diferentes. Es de hacer notar que los últimos años alcanzó porcentajes similares a los dictados sobre actas del fuero común, aumentando también considerablemente el número de actas enviadas.

Estas cifras son indicadoras también del alto número de sujetos a los que con el auto de formal prisión se les impone la prisión preventiva; sólo quedarían exceptuados aquellos que se les dicta sujeción a proceso sin prisión preventiva que quizá estén excluidos de las cifras mencionadas, ya que la autora no lo indica, y aquéllos que alcanzan algún tipo de libertad provisional.

Otro dato que nos parece indicativo es el referente a las sentencias absolutorias. En el mismo trabajo citado nos dan las siguientes cifras: En el Distrito Federal, del total

de 9,816 sentencias dictadas en 1979, 1,558 fueron absolutorias, lo que representa el 15.8%; en 1980 las sentencias absolutorias fueron 1,748 que representa un 19.0%; en 1981 fueron 1,490, con el 18.4%, en 1982 fueron 1,371, con el 18.8%, y en 1983 las sentencias absolutorias fueron 1,376, con el 21.1%.

Los porcentajes son significativos, mas aún por los números absolutos que representan; en cambio en el Fuero Federal, Sector Central, el total de sentencias absolutorias disminuye en números absolutos, pero aumenta notoriamente en porcentajes.

Aún cuando podemos precisar en las cifras mencionadas que las sentencias absolutorias recaigan en su totalidad sobre sujetos que se encuentran en prisión preventiva, y aún cuando tampoco podamos establecer por otra parte, en qué medida los jueces cubren su ineficiencia con sentencias condenatorias equivalentes al tiempo que los acusados llevan en prisión preventiva para no hacer evidente tan doloroso error, el elevado número de sujetos a los cuales después de imputarles la comisión de un delito se les declara inocentes, muestran en cierta forma el margen de error sobre los indicios que llevaron a la inculpación del sujeto al dictar el auto de formal prisión.

Sobre lo expuesto es concluyente la opinión de

Carranza, Zaffaroni y otros⁽⁶³⁾, al decir que "En efecto, la prisión preventiva es resuelta sobre la base de indicios y en trámite instructorio. Por consiguiente, el alto contenido penoso de la misma al prolongarse, torna irrelevantes las garantías del principio acusatorio, que en lugar de funcionar para establecer si debe o no imponerse una pena, funciona para determinar si debe cesar o continuar la pena que viene sufriendo. La amplitud de la prisión preventiva y la extensión temporal de la misma, aniquilan la garantía formal del proceso penal contradictorio, acusatorio y público. Esto en la medida que la función que en un proceso penal normal corresponde a la sentencia, viene a transferírsele -en este proceso penal distorsionado- al auto que dispone la privación de la libertad en plena etapa instructoria (inquisitoria)".

Todos estos datos que sobre los aspectos fácticos de la prisión preventiva mencionados vienen a confirmar la idea que todos percibimos y el hecho por todos conocido: la prisión preventiva no es una medida excepcional y de corta duración, como su regulación jurídica lo exigiría; la práctica de esta institución viola los principios del proceso acusatorio acogido en el espíritu de nuestra Constitución, causando en la realidad gravísimas consecuencias individuales y sociales.

(63) Carranza, Elías y otros.- Ob.Cit. Pág. 52.

4).- Efectos de la Prisión Preventiva.

Los efectos que sobre el individuo que la sufre tiene la prisión preventiva son los mismos que produce la pena de prisión de corta duración; aún cuando, como hemos visto, en muchos casos la prisión preventiva no suele ser tan corta, las características de cómo ambas se desarrollan son similares sólo que en el caso de la prisión preventiva se agrega la incerteza de una definición jurídica.

El sentimiento contradictorio de sufrir la condición de preso con la esperanza que eso puede terminar y sin saber con certeza cuándo será ese momento, aumenta lo penoso de la situación.

Diversas teorías criminológicas han puesto de relieve el daño que causa la prisión a los individuos a quienes se les impone, por lo que no han sido pocos los intentos de encontrar sustitutivos para la pena de prisión. En cambio para la prisión preventiva, han sido más escasos. Aún las teorías que sostienen una visión etiológica del delito, y piensan que el tiempo de permanencia en la prisión es el momento preciso para la aplicación de un tratamiento, y que con éste puede lograrse la readaptación del delincuente, han visto frustradas sus expectativas. En los años que llevan de ponerse en práctica sus enseñanzas, no han obtenido los resultados que ellos

esperaban. La prisión sigue siendo el sitio donde el individuo se "contamina". No ha sido posible eliminar la "reincidencia" a pesar del "tratamiento" al que se les ha sometido. Desde este mismo punto de vista, siempre se han considerado como graves en sus efectos, las penas de corta duración, por la dificultad de suministrar un tratamiento adecuado, como hemos señalado. En similares circunstancias se encontrarían los inculcados en prisión preventiva a quienes no es posible someter a tratamiento alguno, porque los protege el principio de inocencia. En estos casos señalan los sostenedores de estas teorías, prevalecen los efectos negativos sobre los positivos de la prisión, que ellos procuran a través del tratamiento, destacando además de los efectos sobre el individuo, los perjuicios causados en el ámbito familiar y laboral.

Por otra parte, las teorías interaccionistas o del etiquetamiento, han puesto el énfasis en el momento de la reacción institucional, como el momento clave donde se adopta e interioriza la etiqueta que conduce a una carrera desviada. Las investigaciones de estos autores ponen en duda el papel de la prevención como fin de la pena y en particular la concepción reeducativa de ésta.

La cárcel en lugar de prevenir la comisión de otros delitos a través de la reeducación del delincuente, es el ele-

mento criminógeno que al estigmatizar al individuo, provoca la autoasimilación de la etiqueta de delincuente y su ingreso a una carrera criminal, para así cumplir con las expectativas de conducta previstas por la misma etiqueta.

La cárcel produce la despersonalización de los internos a través de un proceso gradual de desintegración del "yo", empezando con la ceremonia de degradación al inicio de la detención, con la cual se despoja al encarcelado hasta de los símbolos exteriores de la propia autonomía y, progresivamente, van aniquilando en los sujetos sus mejores cualidades individuales y creativas.

El proceso de socialización al que se somete el detenido es tal, que ninguna técnica psicoterapéutica y pedagógica logra volver a equilibrar, como Alessandro Baratta nos señala: "Tal proceso se examina desde dos puntos de vista: ante todo el de la "desculturización", esto es, la desadaptación a las condiciones que son necesarias para la vida en libertad (disminución de la fuerza volitiva, pérdida del sentido de autoresponsabilidad, desde el punto de vista económico y social); la incapacidad para aprender la realidad del mundo exterior y la formación de una imagen ilusoria de él, el alejamiento progresivo de los valores y modelos de comportamiento propios de la sociedad exterior.

El segundo punto de vista, opuesto, pero complementario, es el de la culturización o "prisonalización". En este caso se asumen las actitudes, los modelos de comportamiento y los valores característicos de la subcultura carcelaria. - Estos aspectos de la subcultura carcelaria, cuya interiorización es inversamente proporcional a las oportunidades de reinsertión en la sociedad libre, se han examinado desde el punto de vista de las relaciones sociales y de poder, de las normas, de los valores, de las actitudes que presiden estas relaciones, así como también desde el punto de vista de las relaciones entre los detenidos y el personal de la institución penal.

Bajo este doble orden de relaciones, el efecto negativo de la "prisonalización" frente a cada tipo de reinsertión del condenado se ha reconducido hacia dos procesos característicos: la educación para ser criminal y la educación para ser buen detenido."

Como el mismo autor explica, la cárcel educa para ser criminal porque son precisamente los individuos con más fuerte vocación asocial los que acumulan más poder y prestigio entre los detenidos, asumiendo la función de modelos de comportamiento y compartiendo de hecho el poder con las autoridades, favoreciendo así el respeto a la violencia ilegal, no sólo como modelo antagónico del poder legal, sino caracteri-

zado por el compromiso con éste.

Por otra parte se educa para ser buen detenido, porque la institución requiere sobre todo de orden, lo que lleva a la aceptación de las normas, formales e informales del establecimiento, procurando en el detenido la interiorización de modelos de comportamientos ajenos, pero que sirven al buen desenvolvimiento de las actividades de la institución. De esta manera se ven favorecidas las actitudes de conformismo pasivo y oportunismo, provocando en el interno hostilidad, desconfianza y sumisión no consentida hacia las autoridades.

Toda esta sociología de la prisión se da igualmente en los reclusorios de prisión preventiva. Las interacciones sociales y de poder se edifican de manera semejante, lo que nos lleva a reflexionar sobre los efectos negativos que produce una simple medida precautoria y si los fines de ésta justifican tal experiencia.

Otro dato que completa el panorama es el de los efectos del proceso selectivo de criminalización revelado por la criminología crítica, es precisamente por este proceso que en su mayoría las cárceles están pobladas por los individuos más marginados y desprotegidos de la sociedad. La ley penal no es igual para todos, como tampoco lo es la posibilidad de ser detenido, procesado y condenado. Lo que aumenta esta

posibilidad no es la gravedad de la infracción, sino las características personales del sujeto, su ubicación en la escala social, sus posibilidades laborales y su escasa socialización familiar y escolar, propias de las clases más desprotegidas.

"En efecto, la proporción de población de estratos sociales de menos recursos y de grupos "minoritarios" que son procesados, sujetos a prisión preventiva, condenados y alojados en prisión, es significativamente superior a la población de estratos superiores que pasa por estas mismas circunstancias; y las proporciones van cambiando gradualmente, siempre en perjuicio de los estratos inferiores, a medida que avanzamos en las etapas del proceso de criminalización."

Los efectos de este proceso de criminalización hacen más injustas las instituciones penales, agregando así otro elemento negativo a la reacción penal en general y a la prisión preventiva en particular.

Todos estos conceptos revelados por las diferentes teorías criminológicas a través de sus investigaciones, han puesto en crisis la legitimación de la reacción penal y de la cárcel en particular; la reeducación y reinserción del delincuente ya no sirven de argumentos legitimadores de ella, se ha puesto al descubierto el carácter político y social de la criminalidad.

Los aspectos fácticos que hemos señalado, de la prisión preventiva, su generalización, prolongación en el tiempo y daños que causan al individuo, contrastan como ya hemos dicho con su naturaleza y regulación jurídica, así como con los fines que persigue, porque las condiciones en que se desenvuelve esta institución procesal nos lleva a pensar que cumple una función intimidatoria y de selección que a su vez legitima el sistema vigente, creando cohesión social frente a los que están encarcelados y haciendo pensar que la seguridad pública está garantizada a través de la prisión preventiva, evitando que los supuestos responsables de la comisión de un delito se sustraigan o perturben la acción de la justicia o cometan nuevos delitos. Estas supuestas finalidades se desvanecen si pensamos en las cifras oscura y dorada del delito, así como en la cantidad de delitos que se cometen desde la cárcel dentro y fuera de la misma.

El hecho de que un determinado número de individuos estén en prisión preventiva no aumenta en realidad la seguridad de los demás ciudadanos; más bien parece que la prisión preventiva ha venido cumpliendo una función retributiva y de control social sobre personas a las que todavía no se les ha declarado culpables. Lo que se legitima es la práctica misma de la exclusión de ciertos individuos, del resto de la sociedad.

El distanciamiento entre la facticidad y el derecho, nos lleva a pensar que éste ha encontrado por caminos diferentes (violando o interpretando a su conveniencia los preceptos constitucionales), la justificación que la realidad le ha impuesto, distorcionando las ideas que lo inspiraron para adecuarse a las nuevas circunstancias que requieren de él como instrumento legitimador de una realidad diferente a la que se había previsto estaba destinado a regular.

a).- Alternativas a la Prisión Preventiva Previstas en Nuestro Sistema Jurídico.

Consideraciones:

Lo señalado anteriormente justifica la búsqueda de alternativas concretas y efectivas que cambien las circunstancias en las que hasta ahora se ha venido desarrollando la prisión preventiva.

A largo plazo esta institución procesal deberá enmarcarse dentro de una perspectiva general de despenalización y de intervención mínima de la reacción penal institucionalizada, donde el control social ejercido por el Estado sea menos violento y adquiera características diferentes, más humanitarias, más liberadoras y que necesariamente correspondan a un

sistema político, económico y social de iguales características.

Mientras las condiciones no permitan el uso de alternativas diferentes al sistema penal, con la prisión como su principal instrumento, para resolver los conflictos sociales, debemos buscar dentro de una política de contención máxima de la violencia punitiva, alternativas a la prisión preventiva, susceptibles de aplicarse a corto y mediano plazo, que eviten hasta donde sea posible, los problemas que hemos señalado y que respete los derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución, limitando formalmente esa violencia punitiva y reduciéndola al ámbito y bajo el control de la ley.

Por una parte, acogiéndonos al espíritu de la misma, ateniéndonos a su intención de respetar al máximo la libertad individual y dentro del mismo sistema penal existente es posible limitar el uso y abuso de la prisión preventiva, si los ordenamientos que regulan esta institución, se interpretan con un sentido de política criminal tendiente a la excarcelación.

Y por otra, la misma Constitución permite la existencia de alternativas diferentes a la prisión preventiva, que causando menores daños cumplen las finalidades como medidas precautorias.

Es en estos dos sentidos como pensamos se pueden encontrar caminos que lleven a solucionar, aunque sea parcialmente, los efectos negativos de injusticia e inhumanidad que actualmente posee esta institución jurídica en la forma y extensión como ha venido aplicándose y adquiera las características jurídicas que le corresponden como medida precautoria de carácter excepcional y de corta duración, dentro de un proceso penal de tipo acusatorio, para que se convierta realmente en el medio idóneo y pueda lograr los fines que persigue, tal como se concibió en nuestra Constitución, y aconseja un verdadero espíritu de justicia.

4.3 CASOS EN QUE NO OPERA LA ADICION

Consideramos importante dedicar un inciso del presente trabajo a los delitos y calificativa de alguno de ellos que el legislador estimó como ilícitos que causan un mayor daño a la sociedad y en los cuales no es procedente la libertad provisional bajo caución, adicionada al Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Nos permitimos transcribir los delitos del Código Penal para el Distrito Federal en los que no opera la adición y se harán los comentarios en algunos de ellos por estimarlo pertinente, asimismo los dividiremos en los títulos en que está clasificado el Código Penal.

Libro I

Título III.- Aplicación de las Sanciones.

Capítulo II.- Aplicación de las sanciones a delitos imprudenciales y preterintencionales.

ARTICULO 60.- Los delitos imprudenciales se sancionarán con prisión de tres días a cinco años y suspensión hasta de dos años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio. Cuando a consecuencia de actos u omisiones imprudenciales, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualesquiera otros transportes de servicio público federal o local, se causen homicidios de dos o más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación

para obtener otros de la misma naturaleza. Igual pena se impondrá, cuando se trate de transporte de servicio escolar.

La calificación de la gravedad de la imprudencia queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el Artículo 52, y las especiales siguientes:

I.- La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;

II.- Si para ella bastaban una reflexión o atención ordinaria y conocimientos comunes en algún arte o ciencia;

III.- Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;

IV.- Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios; y

V.- El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos.

VI.- (Creada o adicionada por el Artículo Primero del decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el "Diario Oficial" el 13 de enero de 1984, en vigor a los 90 días de su publicación para quedar como sigue):

VI.- En caso de preterintención el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fue intencional.

Libro II.

Título I.- Delitos contra la seguridad de la Nación.

Capítulo VI.- Terrorismo.

ARTICULO 139.- Se impondrá pena de prisión de dos a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación, o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios al público, que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación.

Se aplicará pena de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, al que teniendo conocimiento de las actividades de un terrorista y de su identidad, no lo haga saber a las autoridades.

Cuando el presente artículo señala la palabra autoridad del Estado o se refiere a autoridad, y en el entendido que la adición se encuentra contemplada en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se debe entender por estas las autoridades del Distrito Federal, como lo es el Departamento del Distrito Federal, entre otras.

Capítulo VII.- Sabotaje.

ARTICULO 40.- Se impondrá pena de dos a veinte años de prisión y multa de mil a cincuenta mil pesos, al que dañe, destruya o ilícitamente entorpezca vías de comunicación, servicios públicos descentralizados, empresas de participación estatal o

sus instalaciones; plantas siderúrgicas, eléctricas o de las industrias básicas; centros de producción o distribución de artículos de consumo necesario, de armas, municiones o implementos bélicos, con el fin de trastornar la vida económica del país o afectar su capacidad de defensa.

Se aplicará pena de seis meses a cinco años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos, al que teniendo conocimiento de las actividades de un saboteador y de su identidad, no lo haga saber a las autoridades.

En el mismo sentido que el artículo anterior, este numeral es aplicable a los servicios que prestan las autoridades del Distrito Federal.

Título V.- Delitos en materias de vías de comunicación y de correspondencia.

Capítulo I.- Ataques a las vías de comunicación y violación de correspondencia.

ARTICULO 168.- Al que, para la ejecución de los hechos de que hablan los artículos anteriores, se valga de explosivos, se le aplicará prisión de quince a veinte años.

Este numeral se refiere a una mera calificativa.

ARTICULO 170.- Al que empleando explosivos o materias incendiarias, o por cualquier otro medio destruya total o parcialmente una aeronave, una embarcación u otro vehículo de servicio público federal o local, si se encontraren ocupados por una o más personas, se le aplicará prisión de veinte a treinta años.

Si en el vehículo de que se trate no se hallare persona alguna, se aplicará prisión de cinco a veinte años.

Asimismo, se impondrá prisión de cinco a veinte años, sin perjuicio de la pena que corresponda por otros delitos que cometa, al que hiciere cambiar de destino una aeronave valiéndose de amenazas, violencia, intimidación, o por cualquier otro medio ilícito, o la hiciere desviar de su ruta.

Título XV.- Delitos Sexuales.

Capítulo I.- Hostigamiento Sexual, abuso sexual, estupro y violación.

ARTICULO 265.- Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Se sancionará con prisión de tres a ocho años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

ARTICULO 266.- Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

I.- Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad;

II.- Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará en una mitad.

ARTICULO 266-Bis.- Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo cuando:

I.- El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

II.- El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o anastio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima;

III.- El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancia que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el precepto es una calificación de los delitos de abuso sexual y violación.

Título XVIII.- Delitos contra la paz y la seguridad de las personas.

Capítulo II.- Allanamiento de Morada.

ARTICULO 287.- Si los salteadores atacaren una población, se aplicará de veinte a treinta años de prisión a los cabecillas o jefes, y de quince a veinte años a los demás.

Este artículo es una calificativa del presente capítulo.

Título XIX.- Delitos contra la vida y la integridad corporal.

Capítulo II.- Homicidio.

ARTICULO 302.- Conete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro.

ARTICULO 307.- Al responsable de cualquier homicidio simple intencional, y que no tenga señalada una sanción especial en este Código, se le impondrán de ocho a veinte años de prisión.

Capítulo III.- Reglas comunes para lesiones y homicidio.

ARTICULO 315-Bis.- Se impondrá la pena del Artículo 320 de este Código, cuando el homicidio sea cometido intencionalmente, a propósito de una violación o un robo por el sujeto activo de éstos, contra su víctima o víctimas.

También se aplicará la pena a que se refiere el Artículo 320 de este Código, cuando el homicidio se cometiera intencionalmente en casa habitación, habiéndose penetrado en la misma de manera furtiva con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo.

ARTICULO 320.- Al autor de un homicidio calificado se le impondrán de veinte a cincuenta años de prisión.

Capítulo IV.- Parricidio.

ARTICULO 323.- Se da el nombre de parricidio: al homicidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco.

ARTICULO 324.- Al que cometa el delito de infanticidio se le aplicarán de seis a diez años de prisión, salvo lo dispuesto en el Artículo siguiente.

Capítulo V.- Infanticidio.

ARTICULO 325.- Llámase infanticidio: la muerte causada a un

niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos.

ARTICULO 326.- Al que cometa el delito de infanticidio se le aplicará de seis a diez años de prisión, salvo lo dispuesto en el Artículo siguiente.

Título XXI.- Privación ilegal de la libertad y otras garantías
Capítulo Unico.

ARTICULO 366.- Se impondrá pena de seis a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos días multa, cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

I.- Para obtener rescate o causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a otra persona relacionada con aquélla;

II.- Si se hace uso de amenazas graves, de maltrato o de tormento;

III.- Si se detiene en calidad de rehén a una persona y se amenaza con privarla de la vida o con causarle un daño, sea a aquélla o a terceros, si la autoridad no realiza o deja de realizar un acto de cualquier naturaleza;

IV.- Si la detención se hace en camino público o en para-je solitario.

V.- Si quienes cometen el delito obran en grupo; y

VI.- Si el robo de infante se comete en menor de doce años por quien sea extraño a su familia, y no ejerza la tutela

sobre el menor.

Cuando el delito lo comete un familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, la pena será de seis meses a cinco años de prisión.

Si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio, sólo se aplicará la sanción correspondiente a la privación ilegal de la libertad de acuerdo con el Artículo 364.

En caso que el secuestrado sea privado de la vida por su o sus secuestradores, la pena será hasta de cincuenta años de prisión.

Título XXII.- Delitos en Contra de las personas y su patrimonio.

Capítulo I.- Robo.

ARTICULO 370.- Cuando el valor de lo robado no exceda de cien veces el salario, se impondrá hasta dos años de prisión y multa hasta de cien veces el salario.

Cuando exceda de cien veces el salario, pero no de quinientas, la sanción será de dos a cuatro años de prisión y multa de - cien hasta ciento ochenta veces el salario.

Cuando exceda de quinientas veces el salario, la sanción será de cuatro a diez años de prisión y multa de ciento ochenta hasta quinientas veces el salario.

No se habla del primer párrafo en la Adición en virtud de que aún tomando en cuenta la calificativa a que se refiere el Artículo 372, el sujeto que realice el supuesto, tiene derecho a la libertad provisional bajo caución constitucional.

ARTICULO 372.- Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que corresponda por el robo simple se agregarán de seis meses a cinco años de prisión. Si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación.

ARTICULO 381.- Además de la pena que le corresponda conforme a los Artículos 370 y 371, se aplicarán al delincuente hasta cinco años de prisión, en los casos siguientes:

...VIII.- Cuando se cometa aprovechando las condiciones de con fusión que se produzcan por catástrofe o desorden público;

IX.- Cuando se cometa por una o varias personas armadas, o que utilicen o porten objetos peligrosos;

X.- Cuando se cometa en contra de una oficina bancaria, recaudatoria u otra en que se conserven caudales, contra personas que las custodien o transporten aquéllos.

Dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar a que se refiere este procepto, el legislador estimó como más dañinas y peligrosas a la sociedad las transcritas.

ARTICULO 381-Bis.- Sin perjuicio de las sanciones que de acuerdo con los Artículos 370 y 371 deben imponerse, se aplicarán de tres días a diez años de prisión al que robe en edificios, viviendas, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, comprendiéndose en esta denominación no sólo los que estén fijos en la tierra, sino también los móviles, sea cual fuere la materia de que estén contruidos. En los mismos términos se sancionará al que se apodere de cualquier vehículo estacionado en la vía pública o en lugar destinado para su guarda o reparación; o al que se apodere en campo abierto o paraje solitario de una o más cabezas de ganado

mayor o de sus crías. Cuando el apoderamiento se realice sobre una o más cabezas de ganado menor, además de lo dispuesto en los Artículos 370 y 371, se impondrán hasta las dos terceras partes de la pena comprendida en este artículo.

4.4 GRAVE PELIGRO SOCIAL.

Debido a la gran importancia que tiene este segundo requisito, y dado que se presta a interpretaciones subjetivas por parte del juzgador, creemos necesario dedicar el presente inciso al concepto de Grave Peligro Social.

Dada la corta vida de la adición objeto de análisis, no se ha determinado aún un concepto jurídico general sobre el grave peligro social y con el cual todos los juristas estén de acuerdo para su aplicación, y por tal motivo estimamos necesario acudir a una de las ciencias interdisciplinarias del derecho penal como lo es la Criminología, a fin de allegarnos de algunos conceptos que de cierta manera van a tener repercusión sobre este tema, así tenemos que:

"PELIGROSIDAD. T.⁽⁶⁴⁾ (del latín Periculoso, calidad de peligroso que tiene riesgo o puede ocasionar daño). Viene de Periculum, riesgo o contingencia inminente de que suceda

(64) Diccionario Jurídico Mexicano.- Instituto de Investigaciones Jurídicas.- Ed. Porrúa, S.A., México, 1988. Pag. 2370 a 2372.

algún mal, y daño de *damnum*, detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. "Peligroso" se aplica a la persona ocasionada y de genio turbulento y arriesgado. Ocasionado es el sujeto provocativo, molesto y mal acondicionado, que por su naturaleza y genio da fácilmente causa a desazones y riñas.

II.- El concepto de peligrosidad fué propuesto por Garófalo, quien usa la palabra "temibilitá", para designar la "perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente". Para Pondina, la peligrosidad en general, puede definirse como "la actitud de un ser animado, o de una cosa, o también de una acción o hecho como tal, para producir a juicio de quien observa, un evento dañoso".

Grispigni la define como "la muy relevante capacidad de una persona para devenir autora de un delito". Florian la considera como "el estado, la aptitud, la inclinación de una persona a cometer con gran probabilidad, con casi certidumbre, delitos." Para Rocco es la potencia, la aptitud, la idoneidad, la capacidad de la persona para ser causa de acciones dañosas o peligrosas". Petrocelli la concibe como "un conjunto de condiciones subjetivas y objetivas, bajo cuyo impulso es probable que un individuo cometa un hecho socialmente peligroso o dañoso", y Ruiz Funes dice que "El concepto de estado peligroso

significa la vehemente presunción de que una determinada persona quebrantará la ley penal".

III.- Desde el punto de vista criminológico, el concepto de peligrosidad comprende dos fenómenos diversos: la capacidad criminal y la adaptabilidad social. La primera es la potencia, la aptitud y la inclinación de una persona para cometer conductas antisociales, producidas por una conjunción de factores criminógenos. La adaptabilidad social es la capacidad del sujeto para ajustarse a las normas de convivencia, para aclimatarse al medio social.

A partir de esta diferencia, se reconocen cuatro formas clínicas de estado peligroso: a) Capacidad criminal muy fuerte y adaptabilidad muy elevada (forma más grave: delitos de cuello blanco, financiero, industrial, corrupción política, etc.); b) Capacidad criminal alta y adaptabilidad incierta (menos grave, son fácilmente identificables: Criminal profesional, reincidente, etc.); c) Capacidad criminal leve y adaptación débil (delitos leves, inadaptados caracteriales, raterías, etc.); y d) Poca capacidad criminal y adaptabilidad elevada (forma ligera de estado peligroso, delincuentes pasionales y ocasionales).

Se han reconocido diversas formas de peligrosidad;

Así la peligrosidad genérica, que hace referencia a todo tipo de ilícitos y la específica, cuando se dirige a una determinada categoría o grupo de conductas antisociales.

Por peligrosidad general o social se entiende la actitud o tendencia de una persona para dañar intereses socialmente relevantes, aunque no estén protegidos por la ley; la peligrosidad criminal es la probabilidad de que un sujeto cometa un delito, o reincida en el mismo. Por lo general se considera la peligrosidad criminal como la forma más grave de peligrosidad social.

La peligrosidad puede ser desde el punto de vista jurídico, presunta o comprobada. Es presunta cuando, una vez comprobada la realización de determinados hechos o de ciertas características del sujeto, debe ordenarse una agravación de la pena, o la aplicación de una medida de seguridad, no debiendo el juzgador examinar la existencia real de la peligrosidad, pues ésta ya ha sido supuesta por el legislador. Será comprobada cuando el magistrado debe, antes de actuar, comprobar la existencia concreta de la peligrosidad del agente.

Para determinar la peligrosidad criminal de un sujeto, se deben tomar en cuenta múltiples factores, como la personalidad integral del hombre (es decir biosicosocial), la

vida anterior al hecho, las motivaciones, el delito mismo (que es un indicador importante aunque no hay correspondencia cierta entre la gravedad de la infracción y el estado peligroso), la víctima y la realidad social, económico y política del momento.

El concepto de peligrosidad ha sido duramente criticado, y se ha llegado a hablar de los peligros de la peligrosidad, aunque debe notarse que las objeciones se centran sobre todo en la fragilidad de ciertos diagnósticos y pronósticos de peligrosidad. Es indudable que existen sujetos con gran capacidad para producir daño social, pero es incuestionable que el concepto de peligrosidad se ha utilizado en forma vaga y poco técnica, y que se puede prestar a serias injusticias, cuando no a violaciones a los derechos humanos.

IV.- En el Código Penal de 1924, Artículo 161, se estableció el criterio de la peligrosidad (usando el término temibilidad) del delincuente para la aplicación de las sanciones.

El Código Penal de 1931, en sus Artículos 51 y 52, retoma el principio hablando de mayor o menor temibilidad, para la graduación de la sanción, pero toma en cuenta también el delito cometido, el daño causado o el peligro corrido y las circunstancias exteriores de ejecución. Esta norma está tomada del Artículo 41 del Código Penal Argentino de 1921.

La Jurisprudencia se ha establecido en el sentido de que el Juez debe tomar en cuenta la peligrosidad del sujeto activo para la individualización de la pena (además del hecho cometido y el daño causado).

La realidad es que la falta de adecuados estudios criminológicos (y por lo tanto interdisciplinarios) y de preparación criminológica de algunos jueces, han hecho que las intenciones del Artículo 52 no se hayan cumplido cabalmente.

Como segundo requisito se establece que a juicio del Juez: "La concesión de la libertad no constituya un grave peligro social."

Los peligros que surgen con la interpretación de este requisito, se dan respecto de lo que por peligro social se deba entender. Este concepto, ha sido siempre muy debatido en la Ciencia Penal, pues es un concepto ambiguo y relativo que depende su precisión de cada caso en particular.

Considero que es un concepto que se debe dejar siempre a la valoración, interpretación y determinación de sus alcances a los jueces, ya que sólomente ellos pueden ser las personas que como representantes de la Sociedad pueden interpretar con la mayor justicia y equidad este concepto.

El peligro social es un término que resulta muy difícil de interpretar en forma general, y mucho más difícil le resulta concebirlo y precisarlo a la ley, pues es necesario siempre referirlo a cada caso concreto y particular. El peligro social no es un concepto aislado, sino que se encuentra siempre referido y en relación a algo. Así se dice que una persona o una cosa es peligrosa por determinadas razones y en relación a determinadas cosas o personas. Es un concepto que se mueve dentro de una escala de valores, de costumbres, y de circunstancias particulares que se dan de distinta forma en cada grupo social.

Lo que para un grupo social puede ser peligroso, para otro puede resultar usual y normal. Es por ello que este tipo de circunstancias sólo pueden ser valoradas por el juzgador, quien es el único que puede determinar, valorar y graduar el peligro social en cada caso concreto y resolver entonces si es o no procedente la libertad provisional bajo caución. No obstante lo anterior, es necesario aludir a que la determinación del peligro social realizada por el juez, puede incurrir en una forma de integración o de llenamiento de las lagunas de la ley, cayendo en los supuestos de las normas penales en blanco, situación que se encuentra totalmente prohibida en nuestro derecho positivo. Es exclusivamente al legislador a quien le compete determinar el contenido de los preceptos legales.

Además, es conveniente hacer la referencia en cuanto a la obligación del solicitante de la libertad provisional bajo caución respecto a que cumpla con el requisito de que la concesión de su libertad no constituye peligro social alguno.

A mi entender, resulta muy difícil que una persona que presuntamente ha delinquido, pueda probar que su libertad provisional bajo caución no constituye peligro social alguno, pues por un lado surge la pregunta ¿de qué manera puede probar esto? Normalmente el peligro social implica la realización de un hecho que pone en riesgo la paz y la tranquilidad social, pero que en tanto no se cometa hecho peligroso alguno, no habrá tampoco riesgo social alguno.

Por otro lado, es sumamente difícil predecir que una persona al ponerla en libertad constituirá un grave peligro social, pues se trata de un acontecimiento que a ciencia cierta no se sabe si se producirá o no. Es por ello que se insiste que resulta muy difícil que el solicitante pueda cumplir con la exigencia de este requisito.

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

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

PRIMERA : La Libertad bajo caución es una figura jurídica - del Derecho Procesal Penal, que resulta de gran - importancia, nace en Grecia con distintas características para de ahí ir evolucionando y formar - parte de nuestra actual legislación, es una figura procesal dinámica, puesto que siempre procedió, procede y procederá atendiendo a las necesidades que existen en un tiempo y lugar determinado.

SEGUNDA : La naturaleza jurídica de la Libertad Provisional bajo caución, es una medida cautelar, de seguridad jurídica procesal de indole personal con la - que la autoridad judicial que la otorga cuenta para excarcelar al beneficiado y éste a su vez no - se sustraiga de la acción de la justicia, y continue el proceso al que se encuentra sujeto.

TERCERA : La Libertad Provisional bajo caución es una institución jurídica del derecho procesal penal que rige y establece los requisitos para que el sujeto que aún no cuenta con sentencia ejecutoriada, pued

da gozar de una libertad provisoria, siempre y cuando el delito que se le impute, este dentro de los contemplados por esta institución. Decimos sujeto que aún no cuenta con sentencia ejecutoriada, toda vez que esta libertad se puede obtener en primera o segunda instancia.

CUARTA : Con la adición de fecha 8 de Enero de 1991, al Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, ha dado vida a la libertad provisional bajo caución procesal, teniendo este caracter, puesto que en tanto tiene su origen en la Constitución Política, no se encuentra institucionalizada por ésta, sino que solamente se debe aplicar por el juzgador, no abarca la fase de averiguación previa.

QUINTA : La Libertad Provisional bajo caución Procesal en nuestro concepto deberá ser solicitada una vez que reuna los requisitos exigidos por la propia adición, y se deberá tramitar a través del procedimiento señalado para los incidentes no especificados que prevé el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

SEXTA : Las resoluciones que resuelven tanto la Libertad Provisional bajo caución constitucional como la Libertad Provisional bajo caución procesal pueden modificarse durante la secuela procesal, -- pues en un primer momento quizá no se reúnan los requisitos señalados por la Ley para otorgarla, -- razón por la cual se niega, pero durante el -- mismo proceso se pueden reunir y volver a solicitar, la autoridad está obligada a otorgarla, y -- viceversa, en un primer momento se concede y durante la secuela procesal, se modifican las circunstancias que reunían los requisitos, la autoridad deberá revocarla.

SEPTIMA : Resulta ser gravoso para el procesado el hecho -- de que se le exija para la concesión de este beneficio garantizar la reparación del daño y además de ello fijarle caución para avalar la no -- sustracción de la acción de la justicia, pues -- con esta medida, la Ley no lo dice, pero se presume la comisión del delito.

OCTAVA : Las causas que dieron origen a este nuevo derecho para procesados, son de índole político, eco

nómico y criminológicos pues dada la sobrepopulación existente en nuestros reclusorios, así como la ineficacia que resultó tener la pena de prisión a través de las fases estudiadas, resulta ser que la prisión preventiva dentro de algún tiempo dejará de tener aplicación en los centros preventivos, para transformarse por otro medio alternativo como lo es la Institución estudiada.

Así las cosas tan sólo existirán a nuestro pensar, espacios carcelarios destinados a sujetos que lo ameritan y como fin no será la rehabilitación, readaptación, expiación, sino cuyo objetivo va a ser el neutralizar al delincuente para que no dañe a la sociedad de la cual se va segregado.

DECIMA : En cuanto a la interpretación y concepto sobre el grave peligro social que se contiene en la adición realizada al Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal, deberá ser conceptualizado e interpretado de manera general y a corto plazo para evitar que haya contradicciones tanto en los juzgadores como en las partes y personas que intervienen en la impartición de justicia.

BIBLIOGRAFIA

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

- 1.- AHRENS, E.
Historia del Derecho
Editorial Impulso
Buenos Aires, 1945.

- 2.- BURGOA HORIGUELA IGNACIO
Las Garantías Individuales
21a. Edición
Editorial Porrúa, S.A. de C.V.
México, 1988

- 3.- CARRANZA ELIAS Y RODRIGUEZ HOUD, MARIO MORA,
LUIS PAULINO ZAFFARONI, EUGENIO RAUL
El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe
Editorial ONU.

- 4.- COLIN SANCHEZ GUILLERMO
Derecho Mexicano de Procedimientos Penales,
10a. Edición
Editorial Porrúa, S.A. de C.V.
México, 1986.

- 5.- COSTA FAUSTO
El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía
Trad. Mario Ruiz Funes
Editorial Uthana
México, 1953.

- 6.- DEL OLMO ROSA
Desarrollo Histórico de la Criminología en
América Latina, Volumen I,
Editorial Universidad Central de Venezuela,
Fotocop.,
Caracas, Venezuela, 1979

- 7.- ESCALONA BOSADA TEODORO
La Libertad Provisional Bajo Caución
Editorial Kratos
México, 1969

- 8.- GARCIA BASALO CARLOS
Algunas Tendencias Actuales de la Ciencia
Penitenciaria
Editorial Abeledo Perrot
Buenos Aires, Argentina, 1970.

- 9.- GARCIA CORDERO FERNANDO,
Modelo de Desarrollo, Administración de Justicia
Penal y Política Criminal
Editorial Academia Mexicana de Ciencias Penales
México, 1982.

- 10.- GARCIA RAMIREZ SERGIO
El Artículo 18 Constitucional, Prisión Preventiva,
Sistema Penitenciario, Menores Infractores
Editorial U.N.A.M., Coordinación de Humanidades
México, 1962.

- 11.- GONZALES BUSTAMANTE JUAN JOSE
Derecho Procesal
Editorial Porrúa, S.A. de C.V.
México, 1987.

- 12.- MADRAZO CARLOS
La Prelibertad en Prisión Preventiva
Revista Mexicana de Justicia P.G.R. 89
No. 2, Vol. II Abril-Junio,
México, 1984.

- 13.- MANZINI VICENZO
Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III
Editorial Ediciones de Palma
Buenos Aires, Argentina, 1952.

- 14.- OMAR TEJEDA EVES
Libertad Bajo Caucción, Tomo I
Editorial Porrúa, S.A. de C.V.
México, 1976.

- 15.- ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS
Instituto Latinoamericano para la Prevención del
Delito y Tratamiento del Delincuente
San José de Costa Rica, 1976.

- 16.- PIÑA Y PALACIOS JAVIER
Recursos e Incidentes en Materia de Proceso Penal
Editorial Botas
México, 1958.

- 17.- REYES E. ALFONSO
La Punibilidad
Editorial Universidad de Externado de Colombia
Bogotá, Colombia, 1978.

- 18.- RODRIGUEZ MANZANERA LUIS
Criminología, 6a. Edición
Editorial Porrúa, S.A. de C.V.
México, 1989.

- 19.- SANDOVAL HUERTAS EMIRO
Penalología
Editorial U. Externado de Bogotá, Colombia
Bogotá, Colombia, 1982.

- 20.- SILVA SILVA JOSE ALBERTO
Derecho Procesal Penal
Editorial Harla
México, 1990.

- 21.- TENA RAMIREZ FELIPE
Leyes Fundamentales de México,
15. Edición.
Editorial Porrúa, S.A. de C.V.
México, 1989.

- 22.- TENORIO TAGLE FERNANDO BARATTA ALESSANDRO Y OTROS,
El Sistema de Justicia Penal, Crisis y el
Discurso Criminológico Contemporáneo,
Universidad Autónoma de Querétaro
Serie Estudios Jurídicos
México, 1990.

- 23.- ZAMORA PIERCE JESUS
Garantías y Proceso Penal, 3a. Edición
Editorial Porrúa, S.A. de C.V.
México, 1988.
- 24.- ZAVALETA J. ARTURO
La Prisión Preventiva y La Libertad Provisoria
Ediciones Pannlle,
Buenos Aires, Argentina, 1954.

LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
Editorial Porrúa, S.A. de C.V.
México, 1989.

- 2.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
Editorial Ediciones de Palma
Mexico, 1991.

- 3.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
Editorial Andrade
México, 1991.

- 4.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL
Editorial Andrade, 4a. Edición
México, 1991.

- 5.- LEY QUE ESTABLECE LAS NORMAS MINIMAS SOBRE READAPTACION SOCIAL DE SENTENCIADOS,
Editorial Porrúa, S.A. de C.V.
México, 1991.

OTRAS FUENTES

- 1.- ANDRADE SANCHEZ EDUARDO,
La Nueva Regulación Constitucional de la
Libertad Bajo Caución,
Artículo en la Reforma Jurídica de 1984,
en la Administración de Justicia,
Editorial Procuraduría General de la República,
México, 1985.
- 2.- DICCIONARIO JURIDICO ESPASA,
Editorial Espasa Calpe, S.A.
Madrid, España, 1991.
- 3.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Editorial Porrúa, S.A. de C.V.
México, 1988.
- 4.- DICCIONARIO LAROUSSE
Editorial Larousse
México, 1972.
- 5.- GONZALEZ SALAS CAMPOS RAUL
Conferencia Dictada en el INACIPE
México, D.F., 16 de mayo de 1991.
- 6.- ISLAS OLGA
La Prisión Preventiva en la Constitución Mexicana
Revista Mexicana de Justicia Julio-Agosto
Editorial Procuraduría General de la República,
México, 1982.
- 7.- MUÑOZ SANCHEZ SUSANA
Criminalidad y Fuentes Específicas Num. 2,
Cuadernos del INACIPE,
México, D.F., 1984.
- 8.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION 1917-1965
Segunda Parte, Primera Sala.
- 9.- SVERDLICK HECTOR JORGE,
La Excarcelación
Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo II.