

301809

27



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

CAMPUS SAN RAFAEL
"ALMA MATER"

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION EN LOS
DELITOS GRAVES TENTADOS EN MATERIA DEL
FUERO FEDERAL

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
HECTOR MORALES CORREA

Primer Revisor: LIC. MANUEL BARRIENTOS DE LEON
Segundo Revisor: LIC. MA. DEL CARMEN ISLAS SIERRA

1996

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A la memoria de mi abuela LEONOR GALÍCIA REYNOSO, por haberme infundido con cariño y dulzura los principios fundamentales que debe poseer todo hombre de bien.

A mi madre ABIGAIL CORREA, quien supo guiar con amor y cuidados los pasos de mi infancia y juventud, construyendo así los cimientos de mi vida y el camino de mis éxitos. ¡SIEMPRE TE AMARE!

A HÉCTOR MORALES GALÍCIA, por ser un magnífico padre que me ha entregado su amor, apoyo y esmero en todo momento, así como su ejemplo de un hombre íntegro y persistente, a quien jamás olvidare. ¡TE QUIERO PAPA!

A mi abuela **MARÍA SOLEDAD CORREA REYES**, por brindarme su ternura, ayuda y protección de manera desinteresada y con la única finalidad de verme como una persona realizada.

A mi abuelo **FLORENCIO JESÚS LARA LAZCANO**, ya que con su ejemplo de rectitud, sencillez y perseverancia, he entendido que sólo así se llega al éxito de las metas que se persiguen ¡GRACIAS ABUELITO!

A mi hermana **ABIGAIL MORALES CORREA**, a quien admiro profundamente y agradezco sus consejos y orientaciones que me han servido de mucho para mi vida tanto familiar como profesional.

A mi hermano FERNANDO MORALES
CORREA, por su estímulo, comprensión y
afecto que siempre me brindo para lograr
este propósito profesional.

A mi esposa MARÍA CRISTINA
HUERTA MÉNDEZ, a quien reconozco y
agradezco todo su apoyo y esmero
desmedidos que siempre me ha mostrado,
pero sobre todo su amor y cariño
invaluables que siempre estarán presentes
en mi corazón.

A mis hijas CRISTINA y KARLA, por que
su sólo recuerdo me motivó y alentó para
que realizara este objetivo de mi vida.

UN AGRADECIMIENTO MUY ESPECIAL A LAS SIGUIENTES PERSONAS POR SU
INVALUABLE AYUDA Y APOYO

(POR ESTRICTO ORDEN ALFABÉTICO)

ATENÓGENES GRAJEDA GRACIELA
BADILLO LÓPEZ JACINTO
BARRIENTOS DE LEÓN MANUEL
BERRUECO GARCÍA ADRIANA
BOYOLI MARTÍN DEL CAMPO EDUARDO
BONILLA MORENO VÍCTOR MANUEL
CASTELLANOS CASTELLANOS GUILLERMO JORGE
CONSEJO DE MENORES DEL D.F.
DELGADO SALGADO CLEMENTE
DE LA TORRE GONZÁLEZ DANIEL
ESCUELA PATRICIO SANZ
FAMILIA CRUZ NERI
FAMILIA ZERECERO OCHOA
FUENTEVILLA RESENDIZ JUAN CARLOS
GARCÍA ABAROA JESÚS
GARCÍA ROMERO JOSÉ JAVIER
GÍL FLORES GILBERTO
GUTIÉRREZ RAMOS JUAN ANTONIO
INSTITUTO SIMÓN BOLÍVAR
ISLAS SIERRA MARÍA DEL CARMEN
JARAMILLO TALAVERA PEDRO
LEÓN OVANDO ROBERTO
LÓPEZ JEREMÍAS
LÓPEZ PERALTA ADRIAN
MARÍN VILLASEÑOR ANGEL
PARRILLA ARMENTA FELIPE DE JESÚS
PEÑA MÉNDEZ JULIETA GUILLERMINA
PIMIENTA ENCINAS ALEJANDRA
RUIZ RÍOS ROSALBA
SÁNCHEZ ORTEGA MIGUEL ÁNGEL
SÁNCHEZ SANDOVAL JOSÉ LINO
SOLCHAGA ZAMUDIO AMADO
TOVAR TREJO GRACIELA GUADALUPE
VARGAS ORDOÑEZ PEDRO
VILLANUEVA CASTILLEJA RUTH
UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MÉXICO
UNIVERSIDAD PANAMERICANA

**LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN EN LOS DELITOS GRAVES
TENTADOS EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

JUSTIFICACION DEL TEMA

CAPITULO PRIMERO

EL DELITO

I.- CONCEPTO

II.- ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN SEGÚN VARIOS AUTORES

CAPITULO SEGUNDO

LA TENTATIVA

I.- ITER CRIMINIS

II.- NATURALEZA JURÍDICA

III.- UBICACIÓN JURIDICO-LEGAL

IV.- CONCEPTO

V.- CLASIFICACIÓN

VI.- CONSUMACIÓN DEL DELITO

CAPITULO TERCERO

LIBERTAD PROVISIONAL

I.- CONCEPTO DE LIBERTAD

II.- DERECHO DE LIBERTAD

III.- LIBERTAD COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

IV.- ACEPCIONES DEL TÉRMINO PROVISIONAL

V.- FORMAS DE LIBERTAD PROVISIONAL

VI.- LIBERTAD PROVISIONAL BAJO PROTESTA

VII.- LIBERTAD PROVISIONAL PREVIA O ADMINISTRATIVA

VIII.- LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

- PRESUPUESTO
- CONCEPTO
- NATURALEZA JURÍDICA
- EFECTOS
- FUNDAMENTO JURÍDICO
- REQUISITOS DE PROCEDENCIA
- FORMAS DE CONCEDERSE
- CAUSAS DE REVOCACIÓN

CAPITULO CUARTO

I.- BREVE EXPLICACIÓN DE LOS DELITOS GRAVES CONTEMPLADOS EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES POR SUS CIRCUNSTANCIAS DE EJECUCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

II.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS PERSONALES

INTRODUCCIÓN

La realización del presente trabajo de tesis surge de la necesidad personal y profesional de hacer un análisis y reflexión de los alcances que trajo la reforma de la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal de la República y por ende de la modificación a la Ley Procesal Penal Federal, en lo referente a la libertad provisional bajo caución en los delitos graves, en la que no se contempló expresamente la figura jurídica de la tentativa. Por lo que al tratarse de un tema novedoso son aún pocas las publicaciones doctrinarias al respecto, sin embargo, para la finalidad del presente trabajo sólo se requiere de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de la codificación tanto sustantiva como adjetiva penales federales, pero para los tres primeros capítulos si emplearemos compilaciones doctrinarias, en virtud de que abordaremos en primer lugar el rubro referente al delito, su concepto y elementos que lo integran según algunos autores. En el segundo capítulo entraremos al estudio de la figura jurídica de la tentativa, por ser uno de los puntos centrales de este trazado, incluyendo su concepto, naturaleza jurídica, clasificación y algunas características que la diferencian de los delitos consumados. Posteriormente en el tercer capítulo hago un ensayo sobre la libertad provisional, iniciándolo con los conceptos generales de la libertad y derecho a la libertad, de igual forma el tema de la libertad como garantía prevista y contemplada en nuestra Constitución General de la República, para después referirme al concepto

de la libertad provisional, su naturaleza jurídica, efectos, así como su fundamento jurídico , requisitos de procedibilidad, tramitación y causas de revocación de la misma . En el cuarto capítulo haré una breve explicación de los delitos considerados como graves en el último párrafo del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, aunando sus características cualificantes de ejecución, así como los requisitos exigidos en el artículo 399 del mencionado ordenamiento jurídico, para que el inculpado pueda solicitar el beneficio de la libertad provisional bajo caución. Y por último me abocaré a la divergencia de criterios que adoptan los jueces sobre la procedencia o improcedencia de los delitos tentados que se asemejan por sus medios empleados para su ejecución a los delitos consumados considerados como graves por la Ley Procesal Penal Federal, para que al final exponga mis conclusiones y propuestas personales que solucionen dicha laguna jurídica en este campo.

**LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN EN LOS DELITOS GRAVES
TENTADOS EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL.**

(JUSTIFICACIÓN DEL TEMA)

Como consecuencia de las reformas de 22 de julio de 1994 al Código Federal de Procedimientos Penales, las cuales obedecieron a una adecuación de lo establecido por la fracción I del artículo 20 y párrafos cuarto, quinto, sexto y séptimo del artículo 16, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyas reformas a su vez fueron publicadas en Diario Oficial de la Federación de 3 de septiembre de 1993, he considerado conveniente realizar una serie de reflexiones sobre las mismas, en lo relativo a su capítulo de la libertad provisional bajo caución, con la finalidad de contribuir en lo posible a una adecuada interpretación de los alcances de la Norma Adjetiva Penal Federal, que coadyuva a la aplicación de dicha garantía constitucional consagrada en la citada fracción I del artículo 20 Constitucional, en virtud, de que, dentro de la práctica profesional en la que me he desarrollado, me pude percatar de la divergencia existente entre los criterios sustentados en los diversos Tribunales Judiciales, tanto del fuero común como del fuero Federal

Reiterando una vez más que el presente trabajo es un producto de reflexiones personales acerca de las reformas y adiciones a la Ley Procesal Penal y

en particular al artículo 194 del Código Federal de Procedimiento Penales, en el que se incluyó un catálogo de delitos calificados como graves, en virtud, de que éstos afectan de manera importante valores fundamentales de la sociedad, y que de conformidad con el artículo 399 del mismo ordenamiento jurídico procesal, no tiene derecho el inculpado durante la averiguación previa o en el proceso judicial a ser puesto en libertad provisional bajo caución.

Esta situación cambió el viejo parámetro, de que los delitos cuyo término medio aritmético excediera de cinco años, no daban el derecho al inculpado a libertad provisional bajo caución.

En este estado de cosas el suscrito empezó a laborar como proyectista de resoluciones, percatándome que al entrar tanto al estudio de la integración de los elementos del tipo penal de algún delito como de la probable responsabilidad del inculpado, no existía ninguna laguna jurídica en lo referente a las pautas de valoración de las pruebas, pero una vez acreditada (en su caso) la tipicidad y demostrada la probable responsabilidad del inculpado, consideré que si se trataba de un delito totalmente consumado, debía remitirme a los artículos de la Ley Procesal Penal Federal ya citados, con la obligación de fundar y motivar el auto que negara o admitiera la libertad provisional bajo caución al inculpado; pero si se trataba de un delito en grado de tentativa, inmediatamente surge la "duda", ya que en mi particular interpretación no pueden aplicarse las disposiciones de los artículos en

comento, pues en estos se encuentran catalogados en forma precisa y clara los delitos que por ciertas circunstancias bien definidas están considerados como graves, y si tomáramos en cuenta estas pautas para aplicarlas por analogía a los delitos tentados, estaríamos violando la garantía de la pena y estricta aplicación en materia penal consagrada en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece que “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”.

Es necesario destacar que antes de las referidas reformas al Código Federal de Procedimientos Penales, no había ninguna duda respecto a la concesión de la libertad provisional bajo caución, tanto en los delitos consumados como en los ejecutados en grado de tentativa, ya que, como se mencionó anteriormente esta se basaba en el término medio aritmético de cinco años, por lo que si se trataba de un delito en grado de tentativa, únicamente se hacía una simple operación matemática restando una tercera parte a la pena mínima y otra a la pena máxima del delito básico o principal y las dos terceras partes restantes de ambas se sumaban y si el resultado total excedía de cinco años, no se le otorgaba el derecho de la libertad provisional bajo caución al inculgado. Pero a partir de las reformas en comento, desde mi particular punto de vista ha quedado una laguna jurídica en este tipo de delitos tentados (a los cuales aunque se subordinen para su punición a la

norma principal, no es posible negarles su autonomía y propia naturaleza jurídica), lo cual no sucedía antes de las multicitadas reformas.

No obstante, a lo largo de mi trayectoria práctica profesional y dentro del rubro de la impartición de justicia, he palpado en varios asuntos o causas penales, que el juzgador en diversas ocasiones, al entrar al estudio de este tipo de delitos atenuados, se encuentra con la incertidumbre de cómo fundar y motivar debidamente el otorgamiento o no de la libertad provisional bajo caución al inculcado, cayendo generalmente en el vicio de aplicar el criterio de la mayoría y por ende en la "costumbre" (la cual no está permitida en el derecho penal como fuente), pues en la actualidad la mayor parte de jueces se inclinan por no otorgarles tal garantía constitucional a los inculcados, alegando que si se trata de una tentativa de un delito grave, debe correr la misma suerte que éste último, aplicando así indebidamente la analogía que prohíbe nuestra Carta Magna en su artículo 14 párrafo tercero; sin embargo, otros impartidores de justicia (que son una minoría), se inclinan por concederles la libertad provisional bajo caución a los inculcados a quien se les imputa un delito de este tipo, por tratarse precisamente de una tentativa, la cual no está exactamente contemplada y prevista en alguna norma adjetiva penal, como grave.

Por lo que, en conclusión, creo que de una u otra forma se está sorteando la seguridad y libertad jurídicas del inculcado durante la averiguación

previa o el proceso judicial, y en consecuencia considero que es necesario y urgente la creación de una adición a la norma sustentada en los artículos 194 y 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el sentido de señalar concretamente si se otorga o no la libertad provisional bajo caución a los inculcados que incurran en conductas tipificadas por la ley sustantiva penal como delitos tentados y que se relacionen con una norma principal considerada como grave por la norma adjetiva Federal penal, y de esta manera cumplir con la garantía de seguridad jurídica del inculcado, objetivo principal del Derecho Penal Mexicano.

HÉCTOR MORALES CORREA

CAPITULO PRIMERO

EL DELITO

CAPITULO PRIMERO

EL DELITO

I.- CONCEPTO.

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

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, describe varias acepciones de delito: "(De delicto) significa culpa, crimen, quebrantamiento de la Ley; acción u omisión voluntaria castigada por la Ley con pena grave; DELITO CONSUMADO.- El que con plena ejecución produce un resultado punible".

En cuanto a la definición de lo que es el concepto de delito y los elementos que lo integran, existen varias tendencias que tratan de definirlo, a saber:

•TEORÍA TRITÓMICA.- De tres elementos que son: CONDUCTA, TIPICIDAD y ANTIJURIDICIDAD.

•TEORÍA TETRATÓMICA.- De cuatro elementos que son: CONDUCTA, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD y CULPABILIDAD.

•TEORÍA PENTATÓMICA.- De cinco elementos que son: CONDUCTA, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD, CULPABILIDAD y PUNIBILIDAD.

•TEORÍA HEXATÓMICA.- De seis elementos que son: CONDUCTA, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD, CULPABILIDAD, PUNIBILIDAD y CONDICIONALIDAD OBJETIVA.

•TEORÍA HEPTATÓMICA.- De siete elementos que son: CONDUCTA, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD, CULPABILIDAD, PUNIBILIDAD, CONDICIONALIDAD OBJETIVA e IMPUTABILIDAD.

II.- ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN SEGÚN VARIOS AUTORES.

Para los fines del presente trabajo estudiaremos únicamente la teoría tetratómica y la teoría pentatómica, pues mientras la primera define al delito desde el punto de vista doctrinario en una conducta típica, antijurídica y culpable; la segunda de las mencionadas lo define como una conducta antijurídica, típica, culpable y punible.

Evidenciándose así, que la falta de punibilidad es el punto de discusión entre estas dos teorías, pues la tetratómica no la toma en cuenta, ya que

sus defensores manifiestan que la punibilidad si existe, pero no como elemento del delito, sino, como consecuencia del mismo.

Es decir, los autores dogmáticos varían sus criterios en cuanto a la ubicación y número de los elementos del delito y afirman que el delito es inexistente si alguno de dichos elementos falta. Por lo que en nuestro estudio nos ocuparemos de algunos autores para posteriormente emitir nuestra opinión al respecto.

FERNANDO CASTELLANOS TENA.¹

Este autor nos dice que el delito es: “La acción típicamente antijurídica y culpable”. Por lo que se puede evidenciar claramente que dicho estudioso se basa en la teoría tetratómica del delito, en la cual los elementos son: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; excluyendo por ende de los elementos constitutivos del delito a la imputabilidad por considerarlo un presupuesto de la culpabilidad y a la punibilidad la ubica como una consecuencia del delito.

El autor define a los elementos del delito y a sus consecuencias de la siguiente manera:

¹Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho. Editorial Porrúa. México. 1989. Pag. 129 y ss.

A).- LA CONDUCTA.- "La acción es ante todo una conducta humana", prefiriendo el término conducta porque abarca tanto el hacer positivo como el negativo, y por lo tanto concibe a la conducta como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. Es decir, cuando se refiere a la acción negativa, está hablando de la omisión, ya que la conducta tiene esa polaridad.

Agregando el maestro Castellanos, que la ausencia de conducta produce la inexistencia del delito de la siguiente manera: "Hemos insistido en que por la falta de alguno de los elementos esenciales del delito, este no se integrará. Es pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico". Dándonos como ejemplo de la ausencia de conducta, la llamada vis absoluta o fuerza física exterior e irresistible, que tiene calidad de excluyente de incriminación en el Código Penal en su artículo 15 fracción I.

B).- LA TIPICIDAD.- La define el autor de la siguiente manera: "Es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley. Es en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa".

Señalando el maestro Castellanos Tena que la atipicidad es “La ausencia de la adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa”. También enumera algunas causas de atipicidad: Ausencia de la calidad exigida por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; la ausencia del objeto natural o el objeto jurídico; cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley; la ausencia de los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos, entre otros.

C).- LA ANTIJURIDICIDAD.- Señala el autor que ésta radica principalmente en la violencia al valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal de que se trate.

Agregando que en cuanto a la ausencia de la antijuridicidad: “Ocurre ante la presencia de alguna causa de justificación”, poniendo como ejemplos: Un hombre priva de la vida a otro; su conducta es típica por ajustarse a los presupuestos del artículo 302 del Código Penal, y sin embargo, puede no ser antijurídica si se descubre que obró en defensa legítima, por estado de necesidad o en presencia de cualquier otra justificante.

D).- LA CULPABILIDAD.- Señala el maestro Castellanos Tena, que para que un sujeto sea culpable, necesariamente tiene que ser antes imputable. Define a la imputabilidad como “La capacidad de entender y de querer en el campo

del Derecho Penal". Determina que la culpabilidad es el nexo intelectual que liga al sujeto con su acto.

Asimismo nos dice que la inculpabilidad es: "La ausencia de culpabilidad, opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad, conocimiento y voluntad". Dice además que tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta.

E).- LA PUNIBILIDAD.- Para el jurista Fernando Castellanos Tena, la punibilidad no constituye un elemento del delito, sino que es: "Merecimiento de penas; amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales y aplicación fáctica de las penas señaladas en la Ley". Agregando que la ausencia de punibilidad impide la aplicación de la pena, dando unos ejemplos de ello: La excusa en razón de la maternidad consciente, que son los casos de aborto por imprudencia de la mujer embarazada o cuando el embarazo es resultado de una violación (artículo 333 del Código Penal); en el caso del delito de evasión de presos, los ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos, parientes por afinidad hasta el segundo grado del prófugo que cometan el delito de evasión de presos (artículo 151 del Código Penal); y los que cometan el delito de violación a las leyes de inhumación, cuando sean ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio (párrafo segundo de la fracción II del artículo 280 del Código Penal).

F).- LA IMPUTABILIDAD.- En opinión del maestro es: "El soporte básico y esencial de la culpabilidad, sin aquélla no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito, luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva, su ausencia hace inexistente el delito".

Dice el autor que la inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad. "Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular y neutralizar, ya sea, el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad". Agregando que estos pueden consistir en permanentes (trastornos mentales) o transitorios (por ingerir sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, siempre y cuando no se haya producido esa incapacidad en forma intencional); así como los menores de dieciocho años de edad.

FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS.²

A diferencia de Castellanos Tena, este autor es seguidor de la teoría pentatómica del delito, ya que lo define como: "la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible.

A).- LA CONDUCTA.- En cuanto a la conducta el autor Pavón Vasconcelos nos dice: "Que las formas de conducta son de acción y omisión, esta

² Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General. Editorial Porrúa, 5a. Edición, México. 1989. Pag 159 y ss.

última se divide en omisión simple y omisión impropia o comisión por omisión. La acción consiste en la conducta positiva, expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma (omisión simple), o de ésta una prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión).

Para el autor en consecuencia la ausencia del hecho es por ende del delito, y surge al faltar cualquiera de sus elementos, a saber: "Ausencia de conducta; la inexistencia del resultado; falta de relación causal entre la acción u omisión, integrantes de la conducta y el resultado material considerado"

El maestro señala casos de ausencia de conducta: la vis absoluta, que es la llamada fuerza irresistible y la fuerza mayor (artículo 15 fracción I del Código Sustantivo Penal), se presentan por actividad e inactividad involuntaria, sobre actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, con carácter de irresistible.

B).- LA TIPICIDAD.- Dice el autor Pavón Vasconcelos que es: "La adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa". Por lo que la atipicidad es el aspecto negativo de la tipicidad. "Impeditivo de la integración del delito o la ausencia de la adecuación típica".

Sigue diciendo el autor que: "Se originan las hipótesis de atipicidad, cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo; cuando falta la calidad exigida por el tipo respecto del sujeto pasivo; cuando hay

ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la Ley por cuanto a sus atributos; cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales referidas por el tipo; cuando no se dan en la conducta o hechos concretos los medios de comisión señalados en la ley cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto requeridos expresamente por el tipo legal”.

C).- LA ANTIJURIDICIDAD.- Señala el maestro Pavón Vasconcelos que esta es “Un juicio valorativo de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el Derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado”.

El mismo autor indica que la agresión antijurídica no significa necesariamente una lesión al Derecho atacado, dando un ejemplo de ello: “Las causales de justificación como la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, el impedimento legítimo”.

D).- LA CULPABILIDAD.- El maestro Pavón Vasconcelos señala que esta tiene dos sentidos, el estricto y el amplio, siendo el primero la reprochabilidad y el segundo la culpabilidad. Definiendo a la culpabilidad como: “El conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta.

Dice el autor que: "Con el nombre de inculpabilidad se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad", siendo estas para él: el error y la no exigibilidad de otra conducta. En el primer caso se encuentran la excluyente de incriminación por error invencible (artículo 15 fracción VIII del Código Penal), las eximentes putativas de legítima defensa, estado de necesidad y el ejercicio de un derecho; y en el segundo de los supuestos se comprende las causas excluyentes de incriminación de estado de necesidad, el encubrimiento de parientes, el aborto honoris causa o el aborto por causas sentimentales.

E).- LA PUNIBILIDAD.- La punibilidad dice el maestro Francisco Pavón Vasconcelos que es "La amenaza de pena que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social".

Señala el mismo autor que el aspecto negativo de la punibilidad lo constituyen las excusas absolutorias, señalando unos casos: "el encubrimiento de parientes; en los delitos de rebeldía, a los que depongan las armas antes de ser tomados prisioneros, si no hubiesen cometido algún delito; la evasión de presos cuando se realice por los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo o de sus parientes por afinidad hasta el segundo grado; los que cometan el delito contra las leyes de inhumación, cuando se trate de los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio; el aborto causado cuando el embarazo sea resultado de una violación o por la imprudencia de

la mujer embarazada; el delito de robo cuando el monto de lo robado no excede de diez veces el salario mínimo y el valor sea restituido espontáneamente por el infractor y pagados los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito.

F).- LA IMPUTABILIDAD.- Dice el tratadista Pavón Vasconcelos que: "Si la imputabilidad es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, la inimputabilidad supone, consecuentemente la ausencia de dicha capacidad y por ello la incapacidad para conocer la licitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea a esa comprensión". Agregando que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, en virtud, de que el reproche supone necesariamente libertad y capacidad de reprochabilidad.

Señala el propio autor que son causas de inimputabilidad los delitos cometidos por menores de edad, enfermos mentales y sordomudos.

³ CELESTINO PORTE PETIT.

Este autor define el delito como: “Una conducta punible” y señala que los elementos del mismo lo son: “Una conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, antijuridicidad, culpabilidad, a veces una conducta objetiva de punibilidad y la punibilidad misma”.

A).- LA CONDUCTA.- Al respecto señala que nadie puede negar que el delito lo integra una conducta o un hecho humanos. Definiéndola como “Un hacer voluntario o no voluntario (culpa)”.

Afirma el mismo autor que ante la ausencia de conducta: “no habrá delito cuando falte la conducta, por ausencia de voluntad”. Dando como ejemplo de ello la excluyente de incriminación de la fuerza física irresistible. (Artículo 15 fracción I del Código Penal).

B).- LA TIPICIDAD.- En cuanto a la tipicidad el maestro Porte Petit, menciona que es: “La adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo. Y tipo es, un presupuesto general del delito”.

El propio autor da algunos casos en los cuales se puede presentar la atipicidad: Ausencia de presupuesto de la conducta o del hecho; ausencia de

³ Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1989.

calidad del sujeto activo requerida en el tipo; ausencia de calidad en el sujeto pasivo requerida en el tipo; ausencia de objeto jurídico; ausencia del objeto material; ausencia de modalidades de la conducta, que pueden ser: a).- de referencias temporales, b).- de referencias espaciales, c).- de referencias de otro hecho punible, d).- de referencias de otra índole, exigidas por el tipo, e).- de los medios empleados; y ausencia del elemento subjetivo del injusto”.

Sigue diciendo el autor, que las consecuencias de la atipicidad son: “la no integración del tipo, la traslación de un tipo a otro tipo y la existencia de un delito imposible.

C).- LA ANTIJURIDICIDAD.- Señala el maestro Celestino Porte Petit que: “Existe antijuridicidad, cuando habiendo tipicidad no este el sujeto amparado o protegido por una causa de licitud”.

Según el jurista, la ausencia de antijuridicidad, son las causas de licitud y estas son: “La legítima defensa; estado de necesidad; cuando el bien sacrificado sea de menor importancia que el salvado; y el impedimento legítimo.

D).- LA CULPABILIDAD.- Dice el tratadista Porte Petit, que hay culpabilidad cuando la conducta se adecua a lo preceptuado por los artículos 8 y 9 del Código Penal.

Agregando el citado autor que la inculpabilidad opera en los siguientes casos: “Por error de hecho esencial o invencible, a saber: Inculpable

ignorancia; Por la no exigibilidad de otra conducta, a saber: Estado de necesidad, cuando el bien sacrificado es de igual entidad que el bien salvado, aborto por causas sentimentales”.

E).- LA PUNIBILIDAD.- El autor Porte Petit manifiesta respecto a este rubro, que: “Concurrirá la punibilidad si no se presenta una de las causas absolutorias a que alude la propia ley”.

F).- LA IMPUTABILIDAD.- Para el maestro la imputabilidad se da al ocurrir “*la excepción regla* de no capacidad de actuar en el Derecho Penal (contenida en el artículo 15 fracción VII del Código Penal), cuando exista una causa de imputabilidad.

Agregando dicho autor que la inimputabilidad es la que prevé la hipótesis normativa prevista en el artículo 15 fracción VII del Código Penal, es decir el trastorno mental.

JORGE ALBERTO MANCILLA OVANDO.⁴

Este autor manifiesta en lo referente a los elementos del delito que: "a la luz del principio de legalidad no es la conducta típica, antijurídica, culpable, imputable y punible, es decir, en nuestro sistema de derecho, el delito es la conducta que la Ley le brinda esa categoría". Agregando que los elementos del delito son: "Los supuestos previstos en la norma jurídica, una vez satisfecha la hipótesis legal por actos materiales que lo configuren, lo cual produce la obligación y la pena para sancionarle"

Es decir, el autor Mancilla Ovando se contrapone a lo señalado por los autores dogmáticos en lo referente a los elementos integrantes del delito que mencionan, haciendo un análisis de cada uno de estos elementos de la siguiente manera:

A).- LA CONDUCTA.- Afirma el mismo autor que: "Se trata de la conducta humana y para ello cita el precepto constitucional primero, en el que se establece quienes son los sujetos de las Leyes, refiriéndose a los seres humanos, que son los únicos que pueden cometer delitos, de acuerdo con la Ley Penal Vigente"

⁴ Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Teoría Legalista del Delito. Editorial Porrúa. México. 1989. Pags. 47 y 55.

Concluyendo dicho maestro que el delito sólo puede ser una conducta humana que reviste las características que la ley contempla como una acción, una omisión y en casos especiales una comisión por omisión.

B).- LA TIPICIDAD.- Al respecto el tratadista Mancilla Ovando señala que es el contenido de la norma jurídica, o sea la hipótesis legal, y no el elemento constitutivo del delito sino que es la descripción del mismo.

C).- LA ANTIJURIDICIDAD.- el autor señala que es: "el efecto, la consecuencia de la Ley". Agregando que toda conducta que sea realizada en la forma que la ley establece, será catalogada como una figura delictiva y por ende será antijurídica por contravenir una norma de Derecho.

Explica además dicho autor que la violación de la ley, no da origen al delito, sino que este existe cuando se consagra en la norma jurídica con validez constitucional, y que los hechos materiales actualizan la obligación prevista en la ley y producen la coercitividad que contempla la norma para sancionar la conducta.

D).- LA CULPABILIDAD.- Dice el maestro Mancilla Ovando que: La culpabilidad precisa quien es el autor de la conducta que constituye delito y el grado de responsabilidad penal que le corresponde"

Asimismo, señala que la culpabilidad no es reprochabilidad, ya que esta es la facultad del Estado para sancionar a los ciudadanos que han cometido

un delito; ni tampoco es reprobación jurisdiccional de la conducta que se ha adecuado a la norma, porque el delito no es la sanción penal que impone el Juez al delincuente; sino que la culpabilidad permite determinar la responsabilidad penal que puede corresponder al autor del delito, según el tipo de conducta que realizó.

E).- LA IMPUTABILIDAD.- Al respecto el tratadista Mancilla Ovando manifiesta, que esta figura jurídica solamente describe quienes son los sujetos de la Ley Penal, agregando que no es la capacidad de querer y entender en el campo del Derecho, porque la ley es obligatoria y rige los actos de los gobernados, se entienda o no su contenido, se quiera o no acatar sus dictados; y que la imputabilidad "Es la titularidad de derechos y obligaciones. En el Derecho Penal, todas las personas son imputables en términos de ley, que rige sus actos; El Código Penal rige la conducta de los adultos con capacidad intelectual sana y la conducta de todas las personas que carecen de esta facultad de raciocinio, los menores de edad se rigen por la legislación que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores y son sujetos del Derecho Penal".

El maestro continúa diciendo que es imputable (incriminable) todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psiquiátricas exigidas por la Ley y que la imputabilidad no es elemento constitutivo del delito, ya que éste existe cuando se consagra la conducta con esa categoría en la Ley, y por ende tampoco es presupuesto de la culpabilidad; agregando que el autor de la conducta es delincuente o infractor según la ley penal que rija sus actos, por lo que la figura de la

inimputabilidad no existe en nuestro sistema de Derecho, ya que todos los seres humanos somos sujetos del Derecho Penal, tanto los menores como los llamados inimputables.

El autor realiza un análisis en cuanto al presente rubro diciendo que: "Es erróneo considerar a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, ya que se trata de elementos jurídicos distintos e independientes, la imputabilidad señala quienes son los sujetos de la ley penal y la culpabilidad precisa quien es el autor de la conducta delictiva; por lo que la imputabilidad no produce la inexistencia del delito".

F).- AUSENCIA DE PUNIBILIDAD.- La no punibilidad, significa según el maestro Mancilla Ovando, la ausencia de responsabilidad del delito, dejando subsistente el carácter de delito de la conducta, e impide la aplicación de la pena por no existir la sanción en la Ley, siendo erróneo determinar la impunidad como excusa absolutoria.

Después de hacer referencia a los diferentes criterios dogmáticos, es pertinente señalar, que a estos hay que reconocerles un valor superior incuestionable e indiscutible, pues es un ingrediente jurídico que coadyuva a la dogmática penal, que no es otra cosa mas que la Ley vigente, y si ésta cambia también cambia el método de interpretación, dejando yacente la base de la Ley, sin que esto signifique una selección arbitraria, yz que la dogmática es consecuencia del

avance en cuanto a la producción de leyes penales que se adecuen a la realidad y necesidades de la sociedad.

En cuanto a la llamada Dogmática Jurídica Penal Mexicana, esta se ve cifrada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual a su vez le da validez a la legislación penal que se ve proyectada en el Código Penal Federal, en cuyo artículo 7 se ve en gran medida la influencia de la posición pentatómica al establecer que delito es: "El acto u omisión que sancionan las leyes penales", siendo la definición formal del delito, de la cual se desprende que no necesariamente se deben integrar los cinco elementos, pero sí el elemento punibilidad que los doctrinarios antes citados discuten si constituye o no un elemento del delito.

Se debe entender en consecuencia que el delito es una descripción de una conducta a través de un acto u omisión, pero sancionada con una pena. El delito provoca siempre una reacción y por parte del Estado esta reacción es la sanción, la cual va desde la pena mínima como un apercibimiento, hasta la pena máxima de la privación de la libertad. Tal asociación ideológica entre delito y sanción, es indiscutible, ya que no se puede concebir a un delito sin sanción, ni una sanción sin delito.

En conclusión debemos señalar, que si bien es cierto que el artículo 7 del Código Penal Vigente, no hace mención a los elementos esenciales

que integran el delito, también lo es que el objeto del presente trabajo no es el abordar éste tema, sino dejar bien claro al lector, que el delito debe referirse necesariamente a un hacer o un dejar de hacer, o una comisión por omisión que estén contempladas perfectamente por la ley penal (tipicidad) y por ende que sea antijurídica por contravenir a la norma que tutela un bien jurídico, es decir, al actualizarse la hipótesis legal se está violando la norma y se produce la coercitividad que contempla la ley para sancionar la conducta catalogada como delito.

Ahora bien, la facultad para castigar al autor del delito le corresponde al juez, quien es el que va a determinar la sanción que corresponda, atendiendo a los parámetros previamente establecidos en la ley punitiva, analizando la naturaleza del delito, los medios empleados para su ejecución, los daños que causó la conducta, la transgresión o peligro a que se haya expuesto el bien jurídico tutelado por el derecho, así como las circunstancias exteriores de tiempo, lugar, modo y ocasión en que se cometió el delito, de igual forma las condiciones económicas del delincuente y sus condiciones especiales en que se encontraba al momento de la comisión del delito, sus antecedentes y condiciones personales, para que con base a ello el juzgador pueda imponer una sanción adecuada que corresponda al delito previamente tipificado en la Ley Sustantiva Penal.

FALTA PAGINA

No.

32

CAPITULO SEGUNDO

LA TENTATIVA

CAPITULO SEGUNDO

LA TENTATIVA

I.- EL ITER CRIMINIS

CONCEPTO.- Para Castellanos Tena, "El delito se desplaza a lo largo del tiempo desde que apunta como idea o tentación en la mente hasta su terminación; recorre un sendero o ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento. A este proceso se le llama iter criminis".⁵

Francisco Pavón Vasconcelos nos dice que "El iter criminis comprende el estudio de las diversas fases recorridas por el delito desde su iniciación hasta su agotamiento, tradicionalmente distinguese en el iter criminis (camino del delito), la fase interna de la externa, llamadas también subjetiva y objetiva".⁶

Por su parte Sergio García Ramírez nos señala que "La progresión delictiva se resuelve en fase interna y externa. En aquella, como es sabido, el propósito delictivo permanece en la mente del sujeto, un infractor potencial a cubierto de punición. Es aquí donde impera el principio: *cogitationis*

⁵ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1989. Pag. 281.

⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1989. Pag. 435.

poenam nemo patitur; el pensamiento es libre no delinque. En la segunda fase, en cambio, se exterioriza el delito; dicho de otro modo: se concreta la realidad".⁷

FASES DEL ITER CRIMINIS

En la vida del delito pueden advertirse dos fases: la interna o psíquica y la externa o física.

Para el ilustre jurisconsulto Carrancá y Trujillo, "a la primera pertenece la idea criminosa (motivo, deliberación y resolución) a la segunda la manifestación de la idea (proposición, conspiración, inducción), la preparación, los actos ejecutivos (tentativa) y los de consumación".⁸

A la trayectoria dice Castellanos Tena, "desplazada por el delito desde su iniciación hasta que están a punto de exteriorizarse se le llama fase interna. Con la manifestación principia la fase externa, la cual termina con la consumación".⁹

Mientras tanto, Malo Camacho explica que en "el proceso de generación del delito, es posible observar la presencia de dos fases fundamentales: una fase interna que se desarrolla en el interior del sujeto, en la esfera de la psique

⁷ García Ramírez, Sergio. Derecho Penal. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., México. 1983. Primera Reimpresión. Pag. 36.

⁸ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Parte General. Editorial Porrúa. México. 1977. Pag. 581.

⁹ Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Pag. 281.

del individuo y una fase externa desarrollada en el ámbito de la realidad física”, agregando que “la fase interna se integra por la ideación, la deliberación y la resolución; mientras que la fase externa conforme a la corriente dominante, viene integrada por la realización de los actos preparatorios y de los actos ejecutivos”.¹⁰

Por nuestra parte nos adherimos a la exposición del autor Pavón Vasconcelos, en donde explica que “Las fases del iter criminis se dividen en dos: fase interna y fase externa. Comprendiéndose dentro de la primera, la ideación, deliberación y la resolución; mientras que en la segunda se contempla la preparación, la ejecución y la consumación”¹¹; idea que finalmente maneja también el juriconsulto Carrancá y Trujillo, ya citado líneas atrás.

De lo anteriormente expuesto se evidencia que la mayoría de los autores dividen al llamado iter criminis en dos fases, la interna y externa.

•**FASE INTERNA.**- También llamada fase subjetiva, se desarrolla en su totalidad en el psique del sujeto. Por esta se entiende el proceso psíquico de la lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral utilitario que pugnan contra ella. La fase subjetiva no tiene trascendencia penal, pues no habiéndose materializado la idea criminal en actos o palabras no llega a lesionarse ningún interés jurídicamente protegido o tutelado por la ley sustantiva

¹⁰ Malo Camacho, Gustavo. Tentativa del Delito. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M., México. 1982. Pag. 26.

¹¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. Pag. 435 y 438.

penal. El Derecho regula relaciones entre personas y por ello el pensamiento no delinque, principio consagrado en la fórmula *cogitationem poena nemo patitur*, que proviene de la más antigua tradición jurídica romana. Esta fase se divide a su vez en tres, como ya notamos son *ideación, deliberación y resolución*.

A).- IDEACIÓN.- Aparece en la mente humana la intención de delinquir, la cual puede ser abandonada definitivamente o bien, suprimida en un principio. Si el agente la mantiene en su mente permanece con la idea de delinquir, de ahí que pueda aparecer la deliberación.

B).- DELIBERACIÓN.- Es el proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral, religioso y sociales inhibitorios. Aquí el sujeto delibera sobre sus posibilidades de éxito, y después de haberlo considerado todo en balance, obtiene la resolución de delinquir.

C).- RESOLUCIÓN.- A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que va a hacer decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente.

Aquí nos parece interesante anotar lo dicho por el autor Pavón Vasconcelos, quien textualmente afirma: "A la simple resolución interna de delinquir sucede la resolución manifestada. A esta no puede considerársele

formando parte de la fase externa por no constituir una actividad material, sino una expresión verbal. Por tal razón, de común no se le incluye en la fase interna, pero también en la externa, sino en la zona intermedia entre ambas".¹²

•FASE EXTERNA.- Cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales, se está dentro de la fase externa u objetiva del delito; se penetra el proceso ejecutivo del delito. Para Malo Camacho la fase externa del iter criminis está integrada por dos momentos, el período que transcurre desde el principio de la exteriorización de la voluntad hasta el momento anterior a la consumación, es decir, la actividad realizada con el fin de cometer un delito y la etapa de consumación del delito, o sea, en donde el efecto buscado ha sido realizado."¹³ Como ya se apuntó esta fase se divide para su estudio en tres: *la preparación, la ejecución y la consumación.*

A).- PREPARACIÓN.- El sujeto después de tomar la resolución de delinquir prepara todos los elementos necesarios para lograr su objetivo de delinquir. Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos.

B).- EJECUCIÓN.- El sujeto al tener todo preparado para realizar el ilícito, lo lleva a cabo. En este acto puede ser que el sujeto no ha realizado todos los actos que por su parte se requieren para que el delito se consume (tentativa

¹² Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. Pag. 436.

¹³ Malo Camacho, Gustavo. Ob. Cit. Pags. 28 y 29.

inacabada), o bien ha realizado todos los actos, pero por causas ajenas a su voluntad no se produce el resultado, en cuyo caso nos encontramos frente a la llamada tentativa acabada.

C).- CONSUMACIÓN.- Es la culminación que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal. En este concepto nos encontramos con la gran diferencia entre lo que conocemos como delito y tentativa; pues al llegarse a la consumación nos encontramos frente al delito propiamente dicho, mientras que si por causas ajenas a la voluntad del sujeto no se realizan todos los actos y por lo tanto no se llega a la consumación, nos enfrentamos con la figura jurídica de la tentativa.

II.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA TENTATIVA

Existen dos criterios para determinar la naturaleza jurídica de la tentativa:

A).- DE AUTONOMÍA.- La cual afirma que la tentativa es una figura jurídica autónoma y que por tanto tiene su propio tipo y punibilidad, concluyendo que no es una figura accesoria, pocos autores concuerdan con esta posición.

Al respecto tenemos que Francisco Pavón Vasconcelos señala:

“Aunque la tentativa se subordine para su punición a la referencia típica concreta, no es posible negarle a nuestro juicio su carácter de figura autónoma” agregando dicho autor que “si se la relaciona con el delito consumado surge sin discusión, en el contraste entre ambas figuras, su naturaleza imperfecta y subordinada. Considerada en sí misma constituye un delito perfecto, pues es figura con caracteres propios y punible. La razón de ser de tal aparente contradicción radica en la imposibilidad de incriminar un delito imperfecto sin darle la fisonomía de un delito perfecto”.¹⁴

B).- DE ACCESORIEDAD.- Esta señala que la tentativa es una figura accesoria, es decir, que depende de otras ya que no tiene tipo ni punibilidad propios. Además en la parte especial de la ley no tiene una descripción, sino que por el contrario tiene su regulación en la parte general y rige para todos los delitos que admitan la tentativa.

Así tenemos que en este rubro Mariano Jiménez Huerta, (citado por Francisco Pavón Vasconcelos), “da a la tentativa el carácter de dispositivo amplificador del tipo y fundamentador de la punibilidad de ciertos actos que de no ser así quedarían impunes por su atipicidad, pero le niega autonomía considerando accesoria tanto su naturaleza como su rango jurídico penal, pues ontológicamente y teleológicamente sólo entra en función cuando se conecta con un tipo específico.”¹⁵

¹⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco. Breve Ensayo Sobre la Tentativa. Editorial Porrúa. México. 1982. Pag. 31.

¹⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. Pag. 30.

De lo anteriormente expuesto se desprende que existen diversos autores que defienden ambos criterios; sin embargo en nuestro particular punto de vista, si bien es cierto que la figura de la tentativa no describe una conducta delictiva en particular con la finalidad de proteger un bien jurídico, sino que tiene que remitirse al tipo principal; también lo es que presenta los elementos indispensables para configurar un delito, como lo son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, además, de que su objetividad jurídica es la de proteger un bien jurídico que corre el peligro de ser transgredido, y por último si tiene una sanción especial dentro de nuestra Codificación Sustantiva Penal en su artículo 63, el cual señala que se le impondrá al responsable de tentativa punible hasta las dos terceras partes de la sanción que debería imponérsele de haberse consumado el delito que se quiso realizar; y en consecuencia su incriminación está previamente establecida en la ley, como lo estipulan los artículos 14 y 16 de Nuestra Carta Magna.

ELEMENTOS DE LA TENTATIVA

Los autores consideran con ligeras variantes como elementos de la tentativa los siguientes:

A).- Un elemento moral o subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer un delito.

B).- Un elemento material u objetivo, que consiste en los actos realizados por el agente que deben ser de naturaleza ejecutiva.

C).- Un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

Otros autores como Maggiore¹⁶ “opina que la tentativa tiene los siguientes elementos:

A).- La intención dirigida a cometer un delito.

B).- Un acto idóneo, o sea la manifestación de la voluntad traducida al mundo externo, con eficacia casual para producir el resultado que se ha propuesto el agente.

C).- Una acción no realizada o el resultado no verificado.”

III.- UBICACIÓN JURIDICO-LEGAL DE LA TENTATIVA

El Código Martínez de Castro, si bien es cierto no es el primer código punitivo en nuestro país, sí es en donde se empieza a tratar el objeto de la tentativa; pues es en esta codificación donde se inicia el tema que llamamos “iter criminis”. El siguiente Código Penal, es decir el de 1929 en su artículo 20 y

¹⁶ Maggiore Giuseppe. Derecho Penal II. Editorial Temis. Bogotá. 1954. Pag. 77 y ss.

siguientes, supera sustancialmente a su antecesor, aunque tuvo una vigencia muy efímera, pues en 1931 entra vigor nuestro actual y vigente Código Penal en cuyo artículo 12 en un inicio plasmó y refirió a la figura de la tentativa, expresando: "La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e indirectamente a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente", sin embargo este texto no contemplaba tanto a la tentativa acabada como a la inacabada, por lo que se reformó y quedó hasta la actualidad de la siguiente manera: "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían de evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente", asimismo se le adicionó un segundo párrafo que señala lo siguiente: "Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito". Por lo que dicha reforma ya previene que para imponer una sanción al responsable de esta, deberá el juez atender primeramente si los actos ejecutivos se exteriorizaron en forma parcial o total, así como al grado de peligro a que fue expuesto el bien jurídicamente protegido por la norma sustantiva penal, superándose de esta forma los viejos lineamientos previstos y contemplados en las anteriores codificaciones federales ya mencionadas con antelación.

Por lo que en el orden jurídico penal objetivado en las normas incluidas en los diversos códigos penales y en las leyes penales especiales, se han establecido en las series de conductas consideradas contrarias a los fines del grupo social. La protección ofrecida por el Estado en tales términos no resulta suficiente, puesto que también es cierto que permanecen fuera de la protección estatal una serie variada y frecuente de situaciones de indudable interés para el Estado en su afán de establecer y mantener el orden de la sociedad que representa.

Es decir, todas aquellas conductas que aún cuando han sido iniciadas no han llegado a su consumación, es por ello que siempre existirá el interés del Estado por lograr la tipificación penal, no sólo observancia de previsiones concretas referentes a delitos consumados, sino también, la inclusión de previsiones extensivas, genéricas, y por tanto incluidas en la parte general de los ordenamientos, en donde se amplíe y extienda en la medida establecida de la propia ley; la tipificación aún en los casos de no consumación del hecho criminoso en que el delito está incompleto porque no alcanzó a concluir su consumación y en ellos el sujeto ha iniciado la ejecución, pero no la ha llevado a término, dando origen a la figura del delito tentado.

IV.- CONCEPTO DE LA TENTATIVA

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española define a la tentativa de la siguiente manera: "TENTATIVA.- Del latín *templatus*, tentado. 1).- Acción con que se intenta, experimenta, prueba o tantea una cosa. 2).- Examen previo que se hace en algunas universidades para tantear la capacidad del graduado. 3).- Principio de ejecución de un delito por actos externos que no llegan a ser los suficientes para que se realice el hecho sin que haya mediado desistimiento voluntario del culpable." Asimismo dicho diccionario define al delito frustrado de la siguiente manera: "Aquel en que realizados todos los actos necesarios no se logra el fin contra la voluntad del culpable".

Ahora bien para Jiménez de Azúa, esta consiste en la ejecución incompleta de un delito.

Enrique Bacigalupo, dice al respecto: "Delito tentado es aquél en que la consumación no tiene lugar porque a pesar de que el autor ha comenzado la ejecución del hecho típico, falta algún elemento de tipo objetivo. Lo que impide la consumación, mientras que el tipo subjetivo se da íntegramente."¹⁷

¹⁷ Enrique Bacigalupo. Reflexiones Sobre la Tentativa en el Código Penal Mexicano. En la Revista de la Procuraduría General de Justicia del D.F., Temis. Bogotá. 1980. Pag. 22.

Castellanos Tena, la define como: "Los actos ejecutivos encaminados a la realización de un delito, si éste no se consume por causas ajenas al querer del sujeto".¹⁸

Para concluir el presente capítulo y hecho el análisis anterior, estamos en posibilidad de afirmar que es necesario el estudio de la figura jurídica de la tentativa, ya que para los siguientes capítulos resulta importante conocer algunos aspectos y características generales de ella.

Así entonces, tenemos que en la actualidad el Código Penal Federal describe a la tentativa de la siguiente manera: "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían de producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

Evidenciándose así, que el criterio que sigue nuestra Legislación Sustantiva Penal sobre la tentativa, es que ésta es una figura accesoria, en virtud de que, no describe una conducta específica y menos aún señala una sanción determinada, sino que para tal efecto nos debemos remitir a la pena contemplada para cada tipo básico del delito que se trate, siempre y cuando éste permita la

¹⁸ Castellanos Tena, Fernando. Temas Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1989. Pag. 279.

tentativa. En otras palabras existen homicidio en grado de tentativa, robo en grado de tentativa, etc., pero no hay tentativa de un delito determinado.

V.- CLASIFICACIÓN DE LA TENTATIVA

Los actos ejecutivos pueden ser subjetivamente completos y objetivamente incompletos o imperfectos, lo que constituye el delito frustrado; o bien subjetivos y objetivamente incompletos o imperfectos, resultando el delito tentado o tentativa.

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

perfecta siquiera la acción, o si la acción fue perfecta, no está perfecta la ofensa a la ley.”¹⁹

En este orden de ideas, es menester señalar que existen dos clasificaciones del delito, referente a la actividad ejecutiva del mismo y son las siguientes:

A).- BIPARTITA.- La clasificación bipartita, diferencia entre delito consumado y tentativa, sin hacer ninguna distinción en cuanto esta última, sobre si los actos agotaban o no subjetivamente el delito.

B).- TRIPARTITA.- Esta concepción distingue la tentativa (conato) del delito frustrado, señalando como carácter de aquella su imperfección respecto a los actos ejecutivos, al contrario de la frustración, en la cual el sujeto realiza todos los actos subjetivamente necesarios para producir el resultado, sin que éste llegue a verificarse por causas ajenas a la voluntad.

Francisco Pavón Vasconcelos refiere que Antonio Ferrer Sama observa que tanto la tentativa como la frustración requieren actos de ejecución del delito, pero mientras en la tentativa sólo se practica una parte de los necesarios para llegar a la consumación del hecho querido, en la frustración se llevan a cabo todos

¹⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. Pag. 22.

los que lógicamente podrían haberla producido, a pesar de lo cual el delito no se consuma.²⁰

Ahora bien, debemos señalar que nuestro Código Penal Federal vigente se adhiere a la clasificación bipartita, en virtud, de que sólo contempla y prevé los delitos consumados y delitos tentados; y solamente distingue dentro del rubro de estos últimos los actos ejecutivos realizados en parte o totalmente, sin hacer referencia a los delitos frustrados que señala la teoría tripartita. Por lo que en su artículo 12 establece dos clases de tentativa, la acabada e inacabada.

TENTATIVA ACABADA

La tentativa acabada o también conocida como tentativa impropia, es aquella en que el autor ha cometido todos los actos necesarios para la consumación del delito, el cual no se logra por causas ajenas a la voluntad del agente.

Eduardo López Betancourt, la define como: "Aquella ejecución completa de la conducta realizada por el sujeto activo encaminada hacia un resultado delictivo, pero este no acontece por causas ajenas a la voluntad".²¹

²⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. Pág. 23.

²¹ López Betancourt, Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Editorial Porrúa. 1994. Pág. 157.

Fernando Castellanos Tena, al respecto manifiesta que: "Se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad".²²

De las anteriores definiciones se desprende, que aunque los autores nombran a este tipo de tentativa como acabada, delito frustrado o tentativa impropia, coinciden en que esta no se da cuando el sujeto activo realiza los actos ejecutivos necesarios encaminados al resultado típico descrito por la ley penal, pero sin que este tenga vida por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

Resulta importante recordar que los actos preparatorios del delito, como son la ideación, deliberación y resolución interna, no tienen relevancia jurídica, en virtud, de que la intención delictuosa del autor no ha sido exteriorizada y únicamente se encuentra en la mente del mismo, y por el contrario los actos externos o ejecutivos por sí mismos resultan capaces de expresar objetivamente la intención de delinquir por parte del autor de los mismos, siempre y cuando se realicen en forma idónea para producir el resultado. Por ejemplo, el hecho de comprar una navaja, no es en sí mismo un delito (acto preparatorio), pero si el sujeto activo utiliza ese mismo objeto para amagar a su víctima (violencia moral) con el propósito de intimidarlo y así poder desposeerlo de sus pertenencias, entonces dicho sujeto

²² Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Pag. 291.

activo si está realizando actos externos o ejecutivos idóneos para llegar al resultado típico, mismos que si pueden ser valorados para acreditar tanto la tipicidad como su responsabilidad en el delito tentado que se trate.

TENTATIVA INACABADA

La tentativa inacabada o propia, es aquella en que al sujeto activo le falta realizar algunos de los actos necesarios para llegar a la consumación del ilícito y por ende no se consuma el mismo.

El maestro Fernando Castellanos Tena, al respecto explica lo siguiente: "En la tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno o varios y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución v. gr: si se tiene ya atada a la víctima y se le está haciendo ingerir un tóxico preparado de antemano, mas de pronto se presenta un tercero y rompe el recipiente, impidiendo así que beba todo el contenido. Se dice que el delito intentado no se consuma ni subjetiva ni objetivamente; en tanto el frustrado se realiza subjetiva pero no objetivamente; por ejemplo, cuando alguien administró veneno en cantidad suficiente para causar la muerte, pero esta no ocurrió por causas ajenas a su voluntad, como la inesperada intervención del médico".²³

²³ Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. Pags. 289 y 290.

Por su parte el autor Eduardo López Betancourt, refiere: "La tentativa inacabada consiste en la omisión de uno o varios actos tendientes a la verificación del delito. En este caso, la ejecución es incompleta, por lo que el resultado como consecuencia de tal omisión no se produce".²⁴

En conclusión, podemos manifestar que la tentativa inacabada o propia, se refiere a todos aquellos actos realizados por el agente para producir el resultado típico, el cual no se consuma, en virtud, de que éste sin su voluntad omite uno de esos actos indispensables para la verificación del delito.

Cabe hacer notar que nuestro Código Penal Federal vigente, evita explicar la diferencia existente entre la tentativa acabada y la inacabada, y sólo describe a la figura de la tentativa en forma genérica, como la exteriorización total o parcial de los actos ejecutivos que deberían de producir el resultado, el cual no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente; además establece que para su punición el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52 de la Ley Sustantiva Penal, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito, y que en concordancia con el artículo 63 del mencionado ordenamiento jurídico, sólo se le podrán aplicar al responsable hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debería imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, y en su segundo párrafo señala, que cuando no fuere posible determinar el daño que

²⁴ López Betancourt, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 157.

se pretendió causar, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior. Por lo que dicho Código Penal si contempla a la tentativa acabada e inacabada, pero no con este tipo de rubros, sino como actos ejecutivos parciales o totales.

VI.- LA CONSUMACIÓN DEL DELITO

Como ya se señaló, para que haya tentativa se requiere la existencia de actos ejecutivos o externos y que no se haya producido el resultado típico descrito en la ley. Para que la consumación se produzca se requiere un comportamiento activo u omisivo voluntario, una adecuación perfecta de ese comportamiento a la descripción legal, que en la técnica moderna se denomina tipicidad.

Al respecto Eugenio Raúl Zaffaroni, distingue entre consumación formal y material: "Consumación formal es aquella en que la finalidad delictiva a llegado a su clímax, es decir ha logrado su objetivo, pero por la naturaleza del delito puede quedar pendiente el agotamiento del hecho"²⁵.

²⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni. Problemática Especial de la Tipicidad. Editorial Cárdenas. Buenos Aires. 1978. Pag. 678.

Al referirnos a la "naturaleza del delito", es en relación con lo establecido en el numeral 7 del Código Penal Federal vigente que contiene la definición del delito y a su vez lo clasifica de la siguiente manera:

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

El delito es:

I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal."

Como ejemplo del delito instantáneo podemos citar el homicidio; un ejemplo de delito permanente o continuo es la privación ilegal de la libertad; y un ejemplo de delito continuado lo constituye el robo.

Una vez que se ha dado la consumación formal y ya se dio el agotamiento del hecho, estaremos en presencia de la consumación material.

Sigue diciendo Zaffaroni: “La consumación se produce cuando se han cumplimentado todos los requerimientos del tipo objetivo”.²⁶

Es decir, para determinar cuando se da la consumación formal debemos remitirnos a los requerimientos objetivos de cada tipo, los cuales una vez cumplidos, son indicación de que la consumación se ha realizado.

“La distinción entre la consumación material y la formal tiene importancia también para los efectos del concurso”.²⁷

El concurso de delitos a que se refiere Zaffaroni en base a nuestro Código Penal, puede ser ideal o real: “Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos”, como lo estipula el artículo 18 del Código Penal Federal.

²⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni. Ob. Cit. Pag. 678.

²⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni. Ob. Cit. Pag. 678.

CAPITULO TERCERO

LIBERTAD PROVISIONAL

CAPITULO TERCERO

LIBERTAD PROVISIONAL

I.- CONCEPTO DE LIBERTAD

La libertad es uno de los bienes más preciados del hombre, después de la vida, cuya conquista es la historia misma de la humanidad. Por ello tiene diversas acepciones.

Su alcance y complejidad han aumentado en nuestros días, porque la condicionan datos socioeconómicos, políticos y sociológicos; de ahí que la libertad sea una entidad relativa, que cada persona utiliza de diferente manera. Unos la entienden como la ausencia de trabas en relación con los movimientos posibles de una persona, otros la conceptúan como el estado existencial del hombre en el cual este es dueño de sus actos y puede autodeterminarse conscientemente sin sujeción a una fuerza o coacción psicofísica interior o exterior.

La existencia de la libertad es un hecho de experiencia inmediata y universal de la vida humana; un hecho que a la vez es el fundamento de la existencia interna como de la coexistencia social del hombre; y si la coexistencia social implica la vigencia de uno o más sistemas normativos, resulta que el hombre es libre en tanto que posee una inteligencia capaz de decidir la realización de éstos.

Para poder estudiar el concepto de libertad, primeramente diremos que desde el punto de vista etimológico proviene del latín *liberare*, que significa liberar o poner en libertad, y del latín *libertas* (de liber), que significa libre.

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española nos señala al respecto lo siguiente: "LIBERTAD: 1.- Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. 2.- Estado o condición del que no es esclavo. 3.- Estado del que no está preso. 4.- Falta de sujeción y subordinación. 5.- Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas de hacer o decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres. 6.- Prerrogativa, privilegio, licencia. LIBERTAD CONDICIONAL: Beneficio de abandonar la prisión que puede concederse a los penados en el último período de su condena y que esta sometido a la posterior observancia de buena conducta".

Por otro lado, el maestro Ignacio Burgoa define a la libertad como: "La cualidad inseparable de la persona humana consistente en la potestad que tiene de concebir los fines y de escoger los medios respectivos que más le acomoden para el logro de su finalidad particular".²⁸

²⁸ Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. México. 1979. Pag. 324.

Desde el punto de vista filosófico, se define como la posibilidad absoluta; como el acto que tiene su fundamento en sí mismo y por ello se opone a todo determinismo.

Es conveniente distinguir la libertad como derecho, de la libertad como atributo inherente de la personalidad humana que es una facultad natural de autodeterminarse, sin obedecer a ninguna fuerza o motivo determinante; la libertad individual como facultad que le permite al hombre obrar de una manera u otra o no obrar, debe ser especialmente tutelada por el Derecho, pues constituye un atributo inherente a la naturaleza humana.

Tan importante es la libertad para el individuo que la vida sin esa libertad no es digna de ser vivida, razón por la cual, es considerada como el carácter único y esencial del hombre, es ilimitada, por lo mismo es una realidad innegable que no tiene valor ni forma que la oriente. El hombre es libre, él mismo es la libertad porque la existencia no tiene esencia ni naturaleza determinada, ni fija.

En consecuencia, es de concluirse que cada individuo es libre de llevar a cabo sus objetivos y finalidades que le convengan a efecto de proyectar su propia personalidad, así como para elegir los medios que considere más apropiados para su propósito deseado, **siempre y cuando no afecte la individualidad de otros sujetos.**

II.- DERECHO DE LIBERTAD

Se advierte a través de esta definición la presencia de una concepción prevalentemente subjetivista de la libertad; de una concepción que considera a la libertad no como un estado o situación objetiva de la vida humana, sino como una facultad, identificándola así como la moderna noción de libre albedrío.

Al respecto Francisco Carrara, señala que: "Después del derecho a la conservación de la vida sucede en el orden de relativa importancia el de la libertad individual".²⁹

En opinión de Mariano Ruiz Funes "La libertad es el bien jurídico de mayor categoría de cuantos merecen la protección de la norma de derecho, violarla en el individuo o quebrantarla en la sociedad constituye la más grave de las transgresiones, el mayor de los peligros, el más trascendental de los daños, un serio motivo para la alarma pública".³⁰

García Maynez da una definición del Derecho de Libertad, diciendo que: "Es la facultad de hacer aquello que no está ordenado ni prohibido; la libertad jurídica o el derecho de libertad no es una facultad dotada de vida propia, sino un derecho de segundo grado que consiste en la posibilidad de una persona de

²⁹ Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Citado en la Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XV. Editorial Francisco Seix. S.A. Barcelona. 1981. Pág. 27.

³⁰ Ruiz Funes, Mariano. Citado en la Nueva Enciclopedia Jurídica. IBIDEM.

optar a su arbitrio entre el ejercicio o no ejercicio de sus derechos subjetivos".³¹ Así mismo manifiesta que el derecho de libertad necesariamente debe ser definido en forma positiva de lo contrario se indicarían sus límites más no su esencia.

Por lo que de las anteriores acepciones se desprende que la libertad jurídica en sentido positivo es la facultad que toda persona tiene de elegir entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir su deber propio. La libertad en sentido jurídico consiste en el derecho concedido al titular de la facultad independientemente de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de ésta.

En consecuencia no se puede pensar en una **persona jurídica** que no sea libre, por tanto el derecho presupone la libertad y como la persona realiza actos jurídicos, que lógicamente son ejecutados con discernimiento, intención y libertad, es que el Derecho ha sido construido para ordenar toda la realidad jurídica que es su especial atención y la cual puede ser modificada libremente por el hombre. Por lo anterior la libertad se nos presenta como algo sin lo cual no habría derecho, como un modo de ser de la persona humana a la que se dirige el derecho y como una característica que permite a quien la posee ser sujeto de derecho.

Es por ello que la libertad por ser protegida por el orden jurídico se puede llamar libertad jurídica, la cual, como ya se ha dicho, es la facultad que

³¹ García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. México. 1982. Pag. 219.

tiene el hombre de autodeterminarse, de plasmar constructivamente su vida, la cual tiene alcances sociales y por tanto está impregnada de responsabilidades hacia los demás.

III.- LIBERTAD COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

Existe en la sociedad una libertad organizada que permite mantener equilibradas las relaciones de los particulares entre sí y de éstos con el Estado, motivo por el cual tanto nuestra Carta Magna como la de muchos otros países hacen alusión a ella y en especial mencionan principios fundamentales en materia penal, como cuando se le restringe al individuo dicha libertad, como consecuencia de haber violado una ley. Por lo que a continuación señalaremos qué han consignado al respecto las Constituciones de otros países en relación a la libertad:

Brasil establece en su constitución: "Ningún ciudadano puede ser obligado a hacer o a dejar de hacer alguna cosa, sino por virtud de la ley".³²

La Constitución de República de Venezuela señala: "La Nación garantiza a los venezolanos la libertad personal, y por ella:

³² Montiel y Duarte, Isidro. Estudios Sobre las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. México. 1972. Pag. 108.

- Queda abolido el reclutamiento forzoso para el servicio de las armas;

- Se proscribe para siempre la esclavitud;

- Son libres los esclavos que pisen el territorio de Venezuela y

- Todos tienen el derecho de hacer o ejecutar lo que no perjudique a otro".³³

En la Primera Declaración de los Derechos del Hombre, Francia estableció que: "Los hombres nacen libres y permanecen libres".³⁴

En la Constitución de Portugal se expresa: "A ningún ciudadano se podrá obligar a hacer, ni se le impedirá ejecutar nada sino en virtud de la ley"³⁵

Ahora bien, después de haber inscrito someramente las disposiciones contempladas en las constituciones de otros países sobre la libertad, pasaremos al estudio de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Congreso Constituyente de 1824 expresó: "Queda prohibido para siempre en el territorio de los Estados Unidos Mexicanos el comercio y tráfico de esclavos, procedente de cualquier bandera, y que los esclavos que contra esta

³³ Montiel y Duarte, Isidro. Ob. Cit. Pag. 109.

³⁴ Montiel y Duarte, Isidro. Ob. Cit. Pag. 110.

³⁵ Montiel y Duarte, Isidro. Ob. Cit. Pag. 112.

prevención fueren introducidos, quedarán libres con el sólo hecho de pisar territorio mexicano".³⁶

En la Constitución de 1857, sancionada por el Congreso Nacional Constituyente el 5 de febrero, se manifiesta que: "En la República todos nacen libres, los esclavos que pisen el territorio nacional recobran, por ese sólo hecho, su libertad y tienen derecho a la protección de la leyes".³⁷

Nuestra Constitución Política vigente, promulgada por el Constituyente de Querétaro el 5 de febrero de 1917, estableció: "Está prohibida la esclavitud en la República Mexicana. Los esclavos de otros países que entraren al territorio nacional, alcanzarán por sólo ese hecho su libertad y la protección de la leyes".³⁸

En la actualidad la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 2, establece: "Esta prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por ese sólo hecho, su libertad y la protección de las leyes". Por lo que en este párrafo se cambian las palabras de República Mexicana por las de Estados Unidos Mexicanos.

³⁶ Montiel y Duarte, Isidro. Ob. Cit. Pag. 116.

³⁷ Montiel y Duarte, Isidro. IBIDEM.

³⁸ Montiel y Duarte, Isidro. IBIDEM.

Asimismo, es de destacarse que como la libertad presenta múltiples aspectos de aplicación, nuestra constitución la reconoce en relación con cada facultad libertaria en especial, a título de derecho subjetivo público, tales como la libertad de trabajo (artículo 5), libertad de expresión (artículo 6), libertad de imprenta (artículo 7), derecho de petición (artículo 8), libertad de asociación (artículo 9), libertad de tránsito (artículo 11), etc., siendo por el momento intrascendente enumerar dichas garantías ya que cuando se limita la libertad física de una persona por haber violado una ley que así lo contemple perfectamente, son restringidas igualmente el resto de ellas.

IV.- ACEPCIONES DEL TERMINO PROVISIONAL

Por cuanto se refiere al vocablo *provisional*, es pertinente aclarar que, propiamente, no existe una definición sobre el tema, sino que en los diversos diccionarios y textos, han sido empleados sinónimos para describir esta palabra.

Así tenemos que el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, señala: "PROVISIONAL.- (De provisión) Dispuesto o mandado interinamente".

El Diccionario Larousse Básico de la Lengua Española a señalado como lo provisional a aquello "Que no es definitivo".

De igual forma el Gran Diccionario Enciclopédico de Selecciones de Reader's Digest, refiere: "Provisional está representado por aquello que es interino".

De las anteriores acepciones podemos concluir que guardan semejanza entre sí, toda vez que emplean el sinónimo "interino", por el cual se entiende todo aquello que es transitorio o no definitivo, es decir, algo que es temporal y que tendrá que ser considerado como provisional.

Una vez que han quedado precisados los conceptos tanto de libertad como de provisional, resulta pertinente entrar al estudio de estos dos vocablos en forma compuesta y genérica, pues el concepto total de éstos, es el tema que abordaremos más adelante.

Así, tenemos que, dentro de las diversas corrientes doctrinarias que han existido a lo largo de la historia, se han manejado un sin fin de definiciones de libertad provisional, entre las que consideramos las siguientes:

Manzini.- "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".³⁹ Como se puede apreciar esta definición es un tanto abstracta,

³⁹ Citado por Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. México 1993. Pag. 609.

en virtud, de que, maneja términos muy generales, es decir, se limita a señalar que se trata de una etapa procesal penal, sin especificar sus requisitos esenciales.

Al respecto Leone, define a la libertad provisional como: “La providencia con la cual el Juez o el Ministerio Público concede eventualmente al imputado detenido la libertad bajo determinadas condiciones”.⁴⁰ Este autor hace una descripción más completa de las partes que integran la libertad provisional, pero la sujeta a la voluntad del juzgador sin ninguna limitación.

Jiménez Asenjo, la define de la siguiente manera: “Aquella situación personal en que se condiciona el disfrute de la libertad natural de un reo, expreso o presunto al cumplimiento de una determinada conducta personal. Si esta condición se impone a un inculpado o procesado, esto es, un reo presunto, la condición consiste en que deberá de comparecer al llamamiento judicial de modo regular y continuo cuantas veces fuere llamado o en los plazos que se le impusieren”.⁴¹

El maestro Sergio García Ramírez, define a este concepto como: “bajo este rubro (el de libertad provisional) nos referimos a las tres formas de libertad provisional que se plantean en la secuela del procedimiento criminal, sea durante el período administrativo que procede al proceso en riguroso sentido, sea en

⁴⁰ Citado por Sergio García Ramírez y Rosario Adato de Ibarra. *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México. 1991. Pag. 141.

⁴¹ IBIDEM.

el curso del proceso mismo: la libertad bajo caución, libertad bajo protesta y libertad previa, ésta última de reciente ingreso en nuestro derecho punitivo”.⁴²

Ahora bien, a nuestro juicio la libertad provisional es un derecho o garantía constitucional que tiene el inculpado para evitar que cesen los efectos de la detención o prisión preventiva en la que se encuentra y goce de su libertad personal en forma temporal mientras está sujeto a proceso o a la indagatoria respectiva, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos por la propia ley, pudiendo ser revocada en caso de que no cumpla con las obligaciones y requisitos que se le establecieron.

Asimismo, es de destacarse que a la petición que haga el inculpado de adherirse a dicha garantía constitucional, la autoridad está obligada a resolver de plano si procede o no, atendiendo a si se satisfacen los requisitos previstos tanto en la Constitución como en la Codificación Adjetiva Penal Federal, inclusive el juez o Agente del Ministerio Público están obligados a hacerle de su conocimiento al inculpado este derecho que le otorga la mencionada Carta Magna.

⁴² IBIDEM.

V.- FORMAS DE LIBERTAD PROVISIONAL

Bajo este tema y como lo señala atinadamente el jurista Sergio García Ramírez, existen en particular tres formas de libertad provisional que se plantean en nuestra legislación vigente durante la secuela procesal penal, o bien que se puede dar incluso en la averiguación previa, la cual constituye una etapa administrativa que precede al proceso en un sentido riguroso, y son:

A).- LIBERTAD PROVISIONAL BAJO PROTESTA.

B).- LIBERTAD PREVIA O ADMINISTRATIVA.

C).- LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN (Que es el tema que nos interesa para efectos del presente trabajo).

Como ya lo hemos mencionado, para el tema de la presente tesis sólo nos interesa la figura de la libertad provisional bajo caución, sin embargo, abordaremos someramente y de manera inicial los otros dos tipos de libertad provisional para tener una visión un poco más amplia del tema y por último haremos el estudio de la que nos incumbe.

VI.- LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO PROTESTA

El autor Guillermo Colín Sánchez manifiesta al respecto que: “La libertad bajo protesta, también llamada *protestatoria*, es un derecho otorgado (por las leyes adjetivas) al procesado, acusado o sentenciado por una conducta o hecho, cuya sanción es muy leve, para que, previa satisfacción de ciertos requisitos legales y mediante una garantía de carácter moral, obtenga su libertad provisional”.⁴³

La libertad provisional bajo protesta no es una garantía consagrada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además, es de uso muy restringido o más bien casi no usual. Es otorgada por la autoridad judicial competente y aún por el Ministerio Público Investigador con anuencia del Procurador General de la República, solamente en los delitos cometidos contra la seguridad de la Nación.

Se encuentra regulada como incidente en los artículos 418 y 419 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Para su otorgamiento no necesita satisfacerse un requisito de tipo económico, sino más bien, se sustituye por uno de tipo moral y es precisamente “la palabra de honor del acusado”. Su otorgamiento procede en los delitos que sean sancionados con pena máxima que no exceda de tres años de prisión. Tratándose de

⁴³ Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. México. 1993. Pag. 536.

personas de escasos recursos, el juez podrá concederla cuando la pena privativa de libertad no exceda de cuatro años.

Esta forma de libertad provisional se funda en la garantía de libertad consagrada en nuestra Constitución en forma genérica y por tanto en la prevalencia del interés de amparar la libertad individual frente al Estado, además en el hecho particular de la menor peligrosidad del acusado.

Para que la autoridad competente la pueda otorgar de acuerdo a una legal procedencia, el Código Federal de Procedimientos Penales señala en su artículo 418 como requisitos, los siguientes:

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

- Que el inculcado no haya sido condenado por delito intencional.

- Que éste tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en donde se sigue o deba seguirse el proceso, o dentro de la jurisdicción del tribunal respectivo.

- Que la residencia del inculcado en dicho lugar sea de un año cuando menos.

- Que el inculpado tenga profesión, oficio, ocupación o modo honesto de vivir; y

- Que a juicio de la autoridad que la conceda no haya temor de que el inculpado se substraiga a la acción de la justicia.

VII.- LA LIBERTAD PREVIA O ADMINISTRATIVA

En primer término se suspende la detención del probable responsable de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 135 y 135 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, en donde se faculta al Ministerio Público Investigador Federal a conceder la libertad al probable responsable, sólo en lo que respecta a la fase de averiguación previa, relacionadas con todo tipo de delitos culposos, sin limitarse a aquellos ocasionados con motivo de tránsito de vehículos, según se infiere del artículo 62 del Código Penal Federal.

El Ministerio Público Investigador dispondrá la libertad del probable responsable, sin perjuicio de solicitar su arraigo, ajustándose a los requisitos exigidos en la fracción I del artículo 20 Constitucional y los señalados para los jueces en el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, si éste garantiza mediante caución suficiente que tendrá que fijar de acuerdo a las disposiciones de carácter general previamente determinadas por el Procurador

General de la República, el propio Ministerio Público Investigador Federal, no sustraerse a la acción de la justicia, así como al pago de la reparación de los daños y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele.

Tratándose de delitos culposos cometidos con motivo de tránsito de vehículos se otorgará la libertad de referencia por el Ministerio Público Investigador al probable responsable, cuando se otorgue la garantía, además, de que no se hubiere incurrido en el delito de abandono de personas o se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares, regulación que está prescrita en el artículo 135 párrafo segundo del Código Federal de Procedimientos Penales.

Por otra parte la misma Legislación Adjetiva Penal del Ámbito Federal, concretamente en su artículo 135 bis, señala que el Agente del Ministerio Público o el Juez concederán al inculpado (probable responsable) la libertad sin caución alguna, cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años, siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos:

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

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

- Tenga un trabajo lícito; y
- Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional (doloso).

Y en su último párrafo señala que la presente disposición no será aplicable cuando se trate de delitos graves señalados en el artículo 194 del mismo ordenamiento.

Asimismo en el artículo 138 del citado ordenamiento legal, se prevé que se sobreseerán los Procedimientos de delitos culposos que sólo produzcan daño en propiedad ajena y/o lesiones de los comprendidos en los artículos 289 y 290 del Código Penal Federal, siempre y cuando se cubra la reparación del daño causado a la víctima o al ofendido y el probable responsable no haya abandonado a aquellas ni haya actuado hallándose en estado de ebriedad o bajo el efecto de estupefacientes o psicotrópicos; no siendo procedente por culpa grave establecida así por el artículo 60 del Código Sustantivo Penal.

Por lo que respecta a la situaciones no comprendidas en los casos anteriores, no tratándose de los delitos señalados por la ley como graves, el Ministerio Público Investigador y en Juez están obligados a decretar la libertad provisional bajo caución en las condiciones establecidas para tal efecto en la fracción I del artículo 20 Constitucional y , en virtud, de que son derechos que le

asisten al probable responsable durante la averiguación previa y el proceso penal, como lo establece el numeral 128 fracción III inciso f) del Código Federal de Procedimientos Penales.

Dicha legislación adjetiva sólo hace referencia a que el Ministerio Público Investigador fijará la caución, de acuerdo a las disposiciones de carácter general que establezca el Procurador para decretar la libertad provisional previa al probable responsable, pero no se especifica en forma particular, como debe exhibir dicha garantía, por lo que la misma ley procesal en sus artículos 404, 405, 406, establece el depósito en efectivo, la hipoteca, la prenda y la fianza.

Así vemos que la libertad previa o administrativa no esta consagrada en el artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que en esta norma se establece que la libertad provisional bajo caución sólo puede ser otorgada por el juzgador, según el texto vigente y con las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el día 3 de julio de 1996, mas no por el Ministerio Público Investigador, como lo contempla la Ley Adjetiva Penal Federal, sin embargo, el penúltimo párrafo de la fracción X del mismo artículo subsana dicha situación al señalar que:

“Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos

y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.”

Al parecer por el momento no se cuenta con un concepto que defina lo que es libertad provisional previa o administrativa, pero se entiende que ésta es un derecho estipulado tanto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como por la Norma Adjetiva Procesal Federal, con la finalidad de que el probable responsable pueda gozar de ésta temporalmente, una vez que haya exhibido ante el Agente del Ministerio Público Investigador en la averiguación previa los requisitos y garantías fijadas por dicha autoridad, para garantizar la presentación del inculpado ante la autoridad que siga conociendo del asunto cuantas veces sea requerido, pudiendo ser revocada en caso de incumplimiento.

VIII.- LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

PRESUPUESTO

A esta Institución en nuestra legislación fundamental se le conoce como libertad provisional bajo caución a partir del año de 1985, y con la misma acepción se le denomina en el Código Federal de Procedimientos Penales, pero con la peculiaridad de que en éste está prescrita bajo el rubro de incidente.

Los presupuestos que dan origen a la libertad provisional bajo caución, son la detención y la prisión preventiva, son personales y tienen como característica esencial la privación provisional física del inculpado, cuyo fin es que se pueda ejecutar la pena privativa de libertad de la sentencia que recaiga al asunto.

Como podemos ver, la esencia es la misma en la detención y la prisión preventiva, pero la diferencia estriba en que la primera se lleva a cabo por el Agente del Ministerio Público, cuando se trate de delitos flagrantes o en casos urgentes durante la averiguación previa, ello con fundamento en los artículos 193 y 194 del Código Federal de Procedimientos Penales; y la prisión preventiva la lleva a cabo el Juez, al librar la orden de aprehensión una vez que el Ministerio Público ejerció la acción penal correspondiente ante él, ello con fundamento en el artículo 16 Constitucional y 195 de la Codificación Adjetiva Federal Penal.

En conclusión, tenemos que los supuestos que se manejan para dar origen a la detención o aprehensión del probable responsable por la comisión de un delito que merezca pena privativa de libertad, son los siguientes:

- En el caso de delito flagrante, cuasiflagrancia o presunción de flagrancia, en donde cualquier persona puede detener al inculpado y ponerlo inmediatamente a disposición de la autoridad inmediata, y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público Investigador.

•En casos urgentes el Ministerio Público Investigador podrá ordenar la detención de una persona, por tratarse de un delito grave, exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia, y que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

•Por una orden de aprehensión dictada por una autoridad judicial, a pedimento del Ministerio Público.

Es necesario destacar que la detención de un inculpado concluye cuando se dicta el auto de formal prisión por medio del Auto de Término Constitucional que dicta el juez; y la prisión preventiva comienza desde este momento procesal, y está supeditada a la existencia de un delito sancionable con pena privativa de libertad, como lo enuncia el artículo 18 Constitucional, y termina dicha prisión preventiva cuando es procedente y otorgada por la autoridad judicial la libertad provisional bajo caución.

En éste caso el estudio que nos ocupa del beneficio de la libertad provisional bajo caución consagrado a favor del inculpado en nuestra Carta Magna en la fracción I de su artículo 20, exige inevitablemente la mención de la detención o prisión preventiva como presupuestos de la mencionada garantía de libertad, ya que ésta va a sustituir a dichos presupuestos.

CONCEPTO

En lo referente al concepto de libertad provisional bajo caución, es necesario señalar que existen varios autores que la definen, entre los cuales nos encontramos con los siguientes:

El maestro González Bustamante la define de la siguiente manera: "Bajo el nombre de libertad provisional bajo caución se conoce en el procedimiento penal, a la libertad que con carácter temporal se concede a un detenido por el tiempo que dure la tramitación del proceso, previa la satisfacción de determinadas condiciones estatuidas en la ley".⁴⁴ De ésta definición podemos concluir que la institución jurídica de la libertad provisional bajo caución, consiste en una medida cautelar que tiene por objeto desaparecer la restricción que para la libertad individual supone la detención y la prisión, quedando la libertad personal sólo vinculada a los fines del proceso, constituyendo la obligación de comparecer ante los juzgados o tribunales en los días que le fueron fijados al inculpado por la resolución correspondiente.

Para el autor Guillermo Colín Sánchez, la libertad provisional bajo caución es: " El derecho otorgado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a toda persona sujeta a un procedimiento penal, para que, previa satisfacción de los requisitos exigidos por la ley, pueda obtener el goce de su

⁴⁴ González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México. 1985. Pag. 298.

libertad, siempre y cuando el término medio aritmético de la pena no exceda de cinco años de prisión”.⁴⁵ Este autor introduce varios elementos para definir la institución de la libertad provisional, sin embargo, en la actualidad y a partir de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 3 de septiembre de 1993, ya no se contempla en la misma el requisito de que la pena aplicable no exceda del término medio aritmético de cinco años para obtener la libertad provisional bajo caución, sino que ahora exige que no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder dicho beneficio de la libertad provisional bajo caución.

Manuel Rivera Silva, señala que la libertad provisional bajo caución es: “El procedimiento promovido por el inculpado, su defensor o su legítimo representante en cualquier tiempo y con el objeto de obtener su libertad mediante caución económica que garantice la sujeción del propio inculpado a un órgano jurisdiccional”.⁴⁶

Al respecto el maestro Teodoro Escalona Bosada, manifiesta que dicha garantía constitucional es: “La medida cautelar que evita o suspende la privación de la libertad de un imputado ordenada por autoridad competente,

⁴⁵ Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. México. 1993. Pag. 611.

⁴⁶ Rivera Silva, Mannel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa. México. 1990. Pag. 358.

mediante el otorgamiento de una garantía que evita la sustracción a la acción de la justicia".⁴⁷

Por su parte el Diccionario Jurídico Mexicano, señala que la libertad caucional es: "La medida precautoria establecida en beneficio del inculpado con el objeto de concederle la libertad provisional durante el proceso penal, cuando se le impute un delito cuya penalidad no exceda determinado límite y siempre que el propio acusado o un tercero otorgue una garantía económica con el propósito de evitar que el primero se sustraiga de la acción de la justicia".⁴⁸

Del análisis de todas las anteriores definiciones, concluimos que la libertad provisional bajo caución es una garantía constitucional aplicada como medida cautelar o precautoria en el procedimiento penal, por la cual se evita o cesan los efectos de la detención o prisión preventiva, en la que el probable responsable goza de su libertad personal en forma temporal, mientras está sujeto al procedimiento penal y para que surta efectos éste deberá otorgar ciertas garantías cuyos montos serán establecidos por la autoridad competente, así como cumplir con los requisitos que establezcan las leyes, pudiendo ser revocada en caso de incumplir con dichas condiciones legales. Es decir la concesión de la llamada libertad provisional, tiene como objeto principal evitar que el inculpado al que se le otorgó

⁴⁷ Escalona Bosada, Teodoro. La Libertad Provisional Bajo Caución. Editorial Libros de México. México. 1968. Pag. 6.

⁴⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo III (L-0). Tercera Edición. Porrúa. México. 1987. Pag. 67.

siga recluido en el local carcelario hasta en tanto se le dicte la sentencia que dará fin al procedimiento, siempre y cuando el inculpado reúna los requisitos que establezcan las leyes, dentro de los cuales se contemplan la exhibición de una garantía económica que será establecida por la autoridad competente.

NATURALEZA JURÍDICA

Como hemos visto anteriormente la libertad provisional bajo caución se concede durante la averiguación previa o el proceso penal, como un derecho que tiene todo sujeto que se encuentra sometido a dichas etapas procedimentales, para que previa satisfacción de los requisitos marcados por la ley, pueda obtener su libertad personal, en tanto se resuelve su situación jurídica mediante un auto de formal prisión o sentencia ejecutoriada.

La libertad que nos ocupa pretende resolver la antinomia de intereses que se plantea entre el Estado (gobernante) y el individuo (gobernado), pues mientras aquél tiene el derecho de perseguir a los responsables de un delito y adoptar las medidas que juzgue necesarias para la conservación de la sociedad; el segundo, también como parte integrante de la sociedad, debe gozar de la protección y seguridad jurídicas que le otorgan las leyes, principalmente en los casos en que se afecte su libertad personal, reclamando en bien de la justicia que no se le prive de

ésta, hasta en tanto se le haya comprobado plenamente su responsabilidad en el hecho delictuoso que se le imputa. Resolviéndose de cierta manera (solamente en los delitos consumados y no los tentados como veremos en el siguiente capítulo) dicha situación con la institución jurídica de la libertad provisional bajo caución, ya que de ésta manera se aseguran los fines del procedimiento penal y permiten al indiciado permanecer fuera de los lugares ordinarios de detención, imponiéndosele determinadas condiciones para que pueda gozar de dicha libertad provisional que la ley otorga, siendo la caución una garantía que queda en lugar de la detención, restituyendo así la libertad del individuo durante la etapa de la averiguación previa o el proceso penal.

La libertad provisional bajo caución presume un arraigo del inculcado o procesado (según sea el caso) por virtud de la garantía patrimonial o caución que se otorgue, la cual asegura suficientemente a la autoridad correspondiente, que el inculcado o procesado no se evadirá de la acción de la justicia.

Resumiendo, podemos decir que las características principales de la libertad provisional bajo caución, son: Que es una garantía económica, porque con la caución se garantiza el aseguramiento de la permanencia del individuo en el lugar de procedimiento; es una medida cautelar de índole personal, porque es precisamente una garantía individual que el Estado reconoce a toda persona y que se

encuentra plasmada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 20 fracción I.

EFFECTOS

Dada la naturaleza jurídica de la libertad provisional bajo caución y de acuerdo como ha quedado establecida en nuestra Constitución Política, nos podemos dar cuenta que tanto su solicitud como su otorgamiento traen como consecuencia varios efectos que a continuación señalaremos:

- Como primer efecto evita o suspende la detención o prisión preventiva del probable responsable o inculcado, inmediatamente que la solicite, siempre y cuando proceda de acuerdo a lo establecido por el artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- Como segundo efecto la libertad individual del inculcado queda vinculada al procedimiento penal, pues queda obligado a comparecer ante la autoridad competente que conozca del asunto cuantas veces sea necesario, hasta en tanto se resuelva su situación jurídica por medio de un auto o sentencia.

- Un tercer efecto es que el inculcado a quien se le concedió no siga recluido en el establecimiento carcelario preventivo.

•El cuarto efecto se constituye en el supuesto, de que, una vez que el inculpado garantiza el monto estimado de la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que se le exigieron, otorgándosele por ende la libertad provisional bajo caución, pero si no se presenta posteriormente ante la autoridad competente cuantas veces se le requiera, procederá la revocación de tal beneficio y se hará efectiva la garantía exhibida.

FUNDAMENTO JURÍDICO

La dogmática legislativa penal mexicana ha buscado lineamientos que mejoren la seguridad y libertad jurídicas del inculpado y es por ello que creyó necesario adecuar las normas constitucionales y procesales en beneficio de la propia sociedad y por ende de la administración rápida y expedita de justicia, tanto en la etapa de investigación como durante el procedimiento judicial; razón por la cual el 3 de septiembre de 1993, fueron publicadas las reformas al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No pasando inadvertido que dichas reformas también cambiaron algunas palabras contenidas en el texto del citado artículo 20 fracción I de la Constitución, de la siguiente manera:

•Se sustituyó en el primer párrafo de dicho numeral la expresión “juicio del orden criminal” por “proceso del orden penal”, que de acuerdo a la exposición de motivos correspondientes a esta reforma, sitúa de manera plena el momento procedimental de la garantía que dicho artículo consagra y que debe observarse.

•También se sustituyó el término “acusado” por el de “inculpado”, otorgando de forma más amplia el derecho de gozar de la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice suficientemente la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que puedan imponerse al inculpado, facultándose al juez para fijar su monto y remitiéndose a la legislación sustantiva penal, para que ésta precise qué tipos delictivos por su gravedad no tendrán el beneficio de la libertad caucional.

Por otro lado es de señalarse que en dicha fracción I del artículo 20 Constitucional se prevé que la caución que se fije al inculpado deberá ser asequible en su monto y en su forma. Así como se faculta al juez, para que, en circunstancias que la ley determine, pueda modificar el monto de la caución inicial, así como la revocación de la libertad provisional.

Por lo que al tratarse de una premisa constitucional, es necesario transcribir algunas fracciones del mencionado artículo 20 Constitucional:

“Artículo 20. En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

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

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

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

De los términos del artículo 20 fracción I Constitucional antes aludidos, se determina que la liberación del inculpado debe ser inmediata, es decir, no se supedita a ningún acto procedimental, sin embargo, de acuerdo al texto de dicho precepto, la libertad caucional sólo puede discernirla el juez, cosa que supone la iniciación del proceso con el Auto de Radicación; mencionando también el mismo artículo, que es la autoridad judicial la única facultada para disminuir los montos de

la caución, así como la revocación de la libertad caucional que se haya otorgado, excluyendo de ésta manera la posibilidad de que los inculpados puedan tener acceso a esta garantía en la etapa de averiguación previa. Pero si nos remitimos al penúltimo párrafo de la fracción X del artículo 20 Constitucional que a la letra dice:

“Las garantías previstas en las fracciones V, VII, y IX también serán observadas durante la averiguación previa en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna.”

De lo cual podemos interpretar que la libertad provisional, sí se puede otorgar en la etapa de averiguación previa, ya que como lo señalé en el apartado de la libertad administrativa o previa, esto no significa que sea anticonstitucional, pues nuestra Constitución Federal consagra garantías mínimas, no máximas a favor del inculpado, máxime que el inciso f) de la fracción III del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, obliga al Ministerio Público Federal, durante la averiguación previa, a hacerle saber al inculpado que tiene el derecho de obtener su libertad provisional bajo caución en los casos en que proceda.

Por lo que hace al Código Federal de Procedimientos Penales, se tomó en cuenta la modificación producida por la reforma al artículo 20 de la Constitución Federal, y de esta forma resultó que el artículo 399 de la ley adjetiva mencionada quedara de la siguiente manera:

“Artículo 399.- Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos;

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

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

II.- Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;

III.- Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo que la ley establece en razón del proceso; y

IV.- Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en el párrafo último del artículo 194.

La caución a que se refiere la fracción III y las garantías a que se refieren las fracciones I y II, podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.

De éste artículo se evidencia que no solamente el juez podrá otorgar al inculpado la libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo

solicite, sino que también la podrá otorgar el Agente del Ministerio Público Investigador, durante la averiguación previa, siempre y cuando dicho inculpado cumpla con los requisitos exigidos en la ley; asimismo del artículo antes transcrito se desprende que la carción y sanciones pecuniarias pueden ser exhibidas en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.

Cabe hacer notar que el artículo anteriormente analizado, exige entre otros requisitos para que el inculpado obtenga la libertad bajo caución, que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en el párrafo último del artículo 194 del mismo Código Federal de Procedimientos Penales, el cual se adicionó los días 10 de enero y 22 de julio de 1994. Por lo que nos permitiremos transcribir el reformado y adicionado artículo 194 de la Codificación Adjetiva Federal Penal:

“Artículo 194.- En casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que acrediten:

a).- Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en este artículo;

b).- Que exista el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y

c).- Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

La violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decrete indebidamente la detención y el sujeto será puesto en inmediata libertad.

Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal: **HOMICIDIO POR CULPA GRAVE** previsto en el artículo 60 tercer párrafo; **TRAICIÓN A LA PATRIA** previsto en los artículos 123, 124, 125, 126; **ESPIONAJE** previsto en los artículos 127, 128; **TERRORISMO** previsto en el artículo 139 párrafo primero; **SABOTAJE** previsto en el artículo 140 párrafo primero, así como los previstos en los artículos 142 párrafo segundo y 145; **PIRATERÍA** previsto en los artículos 146 y 147; **GENOCIDIO** previsto en el artículo 149 bis; **EVASIÓN DE PRESOS** previsto en los artículos 150 y 152; **ATAQUES A LAS VÍAS DE COMUNICACIÓN** previsto en los artículos 168 y 170; **USO ILÍCITO DE INSTALACIONES DESTINADAS AL TRANSITO AÉREO** previsto en el artículo 172 bis párrafo tercero; **CONTRA LA SALUD** previsto en los artículos

194, 195 párrafo primero, 195 bis excepto cuando se trate de los casos previstos en la dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice I, 196 bis, 197 párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero; **CORRUPCIÓN DE MENORES** previsto en el artículo 201; **TRATA DE PERSONAS** previsto en el artículo 205 segundo párrafo; **EXPLOTACIÓN DEL CUERPO DE UN MENOR DE EDAD POR MEDIO DEL COMERCIO CARNAL** previsto en el artículo 208; **FALSIFICACIÓN Y ALTERACIÓN DE MONEDA** previsto en los artículos 234, 236 y 237; **DE VIOLACIÓN** previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; **ASALTO EN CARRETERAS O CAMINOS** previstos en el artículo 286 segundo párrafo; **HOMICIDIO** previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 bis, 320 y 323; **DE SECUESTRO** previsto en el artículo 366, exceptuando el párrafo antepenúltimo; **ROBO CALIFICADO** previsto en el artículo 367, en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones VIII, IX y X, 381 bis; **ROBO** previsto en el artículo 371 párrafo último; **EXTORSIÓN** previsto en el artículo 390 y operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis; así como los previstos en los artículos 83 fracción III, 83 bis, exceptuando sables, bayonetas y lanzas y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; **TORTURA** previsto en los artículos 3o y 5o de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; **EL DE TRAFICO DE INDOCUMENTADOS** previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;

y los previstos en los artículos 104 fracciones II y III, último párrafo y 105 fracción IV del Código Fiscal de la Federación.”

Como se puede observar en éste artículo se adicionó el catálogo de los delitos considerados como graves (sin contemplar expresamente la tentativa de los mismos) a fin de atender el requerimiento tanto del párrafo quinto del artículo 16 Constitucional, en relación con la definición de caso urgente y para la detención que realice el Ministerio Público; así como de la fracción I del artículo 20 Constitucional, en relación con la no procedencia de la libertad provisional bajo caución que nos ocupa en el presente capítulo, y por ende dicho artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales ya descrito resulta fundamental, ya que con el mismo se conocen en forma precisa cuales son los delitos en los cuales se puede o no otorgar la libertad provisional bajo caución.

REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Nuestra Carta Magna sólo establece tres requisitos en su artículo 20 fracción I; para que el tribunal que conozca de la causa penal conceda al inculpado, una vez que lo solicite, su libertad provisional bajo caución y son los siguientes:

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

- Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculcado; y

- Que no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 399 exige otro requisito diferente a los contemplados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que el juez o el Ministerio Público Investigador deben observar para conceder al inculcado la libertad provisional bajo caución.

Este requisito que agrega la Ley Procesal Penal Federal, es el de:

- Que el inculcado caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso.

Situación ésta que no es materia de estudio en el presente trabajo, por lo que continuaremos analizando cada uno de los requisitos establecidos tanto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como por el Código Federal de Procedimientos Penales de la siguiente forma:

A).- GARANTIZAR EL MONTO ESTIMADO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

Una función del Estado es crear y mantener un orden social en que haya seguridad y tranquilidad, por lo que siempre que se lesione un bien jurídico deben intervenir las autoridades en apoyo de una justa reparación al ofendido, haciendo que se restituyan las cosas de cuya posesión se le haya privado, que se reparen los daños ya sean materiales o morales que se hayan originado y que se indemnice por los perjuicios causados.

El artículo 30 del Código Penal Federal, establece que la reparación del daño comprende;

I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, y

II.- La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima, y

III.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.”

El artículo 34 del mismo ordenamiento jurídico, establece en su párrafo primero que: “La reparación del daño proveniente de delito que deba ser

hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público.”, y en el párrafo segundo dice “El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo.”

“Que garantice el monto estimado de la reparación del daño”, como lo hemos visto es uno de los requisitos que establecen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Código Federal de Procedimientos Penales, pues bien, ésta fórmula viene a ser más correcta y precisa que las establecidas en el texto original de la fracción I del artículo 20 Constitucional. De igual forma las fracciones II y III del artículo 30 del Código Penal, que fueron reformadas se refieren al reconocimiento que debe darse a la víctima del delito que se tenía olvidado, pues todos los preceptos jurídicos estaban encaminados a preservar las garantías del procesado, olvidándose de la víctima del delito, por lo que ahora no sólo se comprende la indemnización por el daño material y moral causado sin el pago de los tratamientos curativos y recuperación de la salud de la víctima, afectados como consecuencia del delito, contemplándose también el resarcimiento de los perjuicios.

Por otro lado, al garantizar el monto estimado de la reparación del daño, debemos entender que dicha garantía no es el pago, sino que es el asegurar dentro del procedimiento penal la proporción civil de la reparación del daño que ha

de cubrirse, una vez que se declara judicialmente en sentencia ejecutoriada de condena; o que en un juicio diverso, cuyas constancias se exhiben en el proceso penal, se acredite que lo que ha de resolver el Derecho Civil sobre la reparación del daño del delito se encuentra garantizado.

Lo anterior, en virtud de que el derecho civil a la reparación del daño, nace como obligación jurídica del procesado en la sentencia penal que declare que se ha comprobado que hay delito y que el inculcado es penalmente responsable, debiendo de resarcir en su patrimonio al ofendido por el ilícito penal por sí o por conducto de responsables solidarios; a mayor abundamiento el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal establece: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima". Por tanto como los hechos ilícitos son fuente de obligaciones, se tiene la obligación de reparar los daños y perjuicios causados por los mismos.

Así mismo, es de destacarse que el segundo párrafo de la fracción I del artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales establece: "Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo".

B).- GARANTIZAR LAS SANCIONES PECUNIARIAS QUE EN SU CASO PUE DAN IMPONÉRSELE AL INculpADO

La sanción pecuniaria según el artículo 29 del Código Penal Federal, comprende la multa y la reparación del daño.

Las sanciones pecuniarias en términos de nuestra Carta Magna y del Código Procesal Federal Penal, sólo se contraen a la multa, la cual según el párrafo segundo del citado artículo 29 del Código Penal "consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo en los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos".

Este artículo contempla de manera importante que los días multa pueden exceder de quinientos, cuando la propia ley lo señala, como en el caso de los delitos contra la salud y otros delitos federales contenidos en leyes especiales o tratados internacionales, con la finalidad de que la multa sea una obligación de pagar una suma de dinero al Estado y además **tenga el carácter intimidatorio y ejemplar**, por lo cual ésta no puede ser considerada como un medio de readaptación.

La multa como pena, tiene carácter **personalísimo**, lo cual significa que sólo puede imponerse a quien se les demuestre plenamente su

responsabilidad penal en la comisión de un delito que la contemple, y no a otras personas a las que pudiera alcanzar la responsabilidad civil por reparación del daño, aún cuando ésta última se nos revista con el carácter de pena pública, como ya quedó asentado en el punto anterior; y significa también que, si son varios los responsables de un delito, a cada uno se debe imponer la multa, sin que se pueda fijar una sola multa para que sea cubierta por todos, ya sea en forma mancomunada o solidaria.

Otro requisito para obtener la libertad provisional bajo caución es: "Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele", por lo tanto, como dice García Ramírez: "Desde el ángulo de la redacción, vale observar que lo que se garantiza no es la sanción, sino su cumplimiento".⁴⁹ En efecto lo que se garantiza es el cumplimiento, para el caso de que se le sentencie condenatoriamente a una multa a esa persona que se encuentra sujeta al procedimiento penal.

C).- QUE CAUCIONE EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A SU CARGO, QUE LA LEY ESTABLECE EN RAZÓN DEL PROCESO

⁴⁹ García Ramírez, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1994. Pag. 209.

Una vez que se haya garantizado el monto estimado de la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado, se cumple con las garantías patrimoniales que establece la Constitución Política para el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución. Sin embargo, el Código Federal de Procedimientos Penales en el artículo 399 fracción III, establece como requisito adicional, que el inculpado deberá de caucionar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso, **ello con la finalidad de garantizar su obligación de presentarse según sea el caso ante el Ministerio Público Investigador o juez de la causa cuantas veces se le requiera,** así como de comunicar a los mismos los cambios de domicilio que tuviere; obligaciones éstas que sirven para continuar con el procedimiento y estar en posibilidad de sancionar al responsable del delito por sentencia ejecutoriada.

Lo anterior se debe a la ineludible necesidad social de reprimir el delito, ya que sin la presencia del inculpado en el procedimiento penal, la aplicación del Derecho resultaría imposible, no queriendo decir con esto, que la libertad provisional bajo caución afecte el interés social o disminuya la seguridad de reprimir el delito cometido, sino que las constancias procesales ni se alteran ni se innovan.

D).- QUE NO SE TRATE DE DELITOS EN QUE POR SU GRAVEDAD LA LEY EXPRESAMENTE PROHIBA CONCEDER ESTE BENEFICIO

La única excepción para disfrutar del beneficio de la libertad provisional bajo caución, es que el delito que se le imputa a la persona sujeta al procedimiento penal, sea un delito que "por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad" se considere como grave. Por lo tanto el juzgador y Agente del Ministerio Público, deberán de otorgar la libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite el inculcado si se reúnen los requisitos analizados en los puntos anteriores y cuando no se trate de los delitos señalados como graves en el párrafo último del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, como lo establece el artículo 399 del mismo ordenamiento jurídico y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la fracción I de su artículo 20.

FORMA DE CONCEDERSE

El Ministerio Público Investigador Federal y el Juez que conoce de la causa penal, son quienes tienen la obligación jurídica de que una vez que el inculcado solicite su libertad provisional bajo caución, se le otorgue siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos por la ley.

Lo anterior encuentra su fundamento para el caso de los jueces, en el artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales; así como en el inciso f) de la fracción III del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales y 399 del mismo ordenamiento jurídico para el caso de los Agentes del Ministerio Público Federal.

Por lo que dichas autoridades tienen el deber jurídico de resolver en forma inmediata la solicitud de libertad provisional bajo caución hecha por el inculcado, en el sentido de concederla o negarla.

Asimismo, el artículo 2 fracción IX del Código Federal de Procedimientos Penales faculta al Ministerio Público Federal a conceder o revocar, cuando proceda, la libertad provisional del inculcado dentro de la averiguación previa; de igual forma el artículo 128 del ordenamiento jurídico citado, en su inciso f) de la fracción III, se consagra que cuando el inculcado solicite su libertad provisional bajo caución deberá de concedérsele inmediatamente, conforme a lo dispuesto en la fracción I del artículo 20 Constitucional y en los términos del párrafo segundo del artículo 135 de la misma Codificación Adjetiva Federal Penal.

Se observa que el artículo 135 de la Ley en cita, en sus primeras líneas nos remite al numeral 399 del mismo cuerpo jurídico donde se confirma el derecho constitucional del inculcado a solicitar la libertad provisional bajo caución

durante la averiguación previa y su otorgamiento inmediato una vez que cumpla con los requisitos exigidos en sus cuatro fracciones.

CAUSAS DE REVOCACIÓN

El párrafo tercero de la fracción I del artículo 20 Constitucional establece "El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso"; figura ésta que no cuenta con antecedentes en el texto constitucional y que anteriormente a las reformas del día 3 de septiembre de 1993, la posibilidad de revocar la libertad provisional aún cuando no se encontraba establecida en la Constitución Política, era ya reglamentada por los Códigos de Procedimientos Penales.

El Código Federal de Procedimientos Penales por su parte señala:

"Artículo 412.- Cuando el inculpado haya garantizado por sí mismo su libertad con depósito, prenda, hipoteca o fideicomiso, aquella se le revocará en los casos siguientes:

I.- Cuando desobedeciere, sin causa justa o comprobada, las órdenes legítimas del tribunal que conozca de su asunto, o no efectúe las

exhibiciones dentro de los plazos fijados por el tribunal, en caso de habersele autorizado a efectuar el depósito en parcialidades;

II.- Cuando fuere sentenciado por un nuevo delito intencional que merezca pena de prisión, antes de que el expediente en que se le concedió la libertad esté concluido por sentencia ejecutoria;

III.- Cuando amenazare al ofendido o a algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su asunto o tratar de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, a algún funcionario del tribunal, o al Agente del Ministerio Público que intervengan en el caso;

IV.- Cuando lo solicite el mismo inculpado y se presente al tribunal;

V.- Cuando aparezca con posterioridad que le corresponde al inculpado una pena que no permita otorgar la libertad;

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

VII.- Cuando el inculpado no cumpla con alguna de las obligaciones a que se refiere el artículo 411;

VIII.- En el caso señalado en la parte final del último párrafo del artículo 400°.

Para el caso de que un tercero haya garantizado la libertad del inculpado, aquella se revocará, además de los casos anteriores, cuando el tercero pida se le releve de la obligación y presente al inculpado; cuando con posterioridad se demuestre la insolvencia del fiador; en el caso del artículo 416 y parte final del artículo 400 ambos del Código Federal de Procedimientos Penales.

Por otro lado es importante destacar que antes de la reforma, si una persona a quien se le había otorgado la libertad provisional bajo caución incumplía con alguna o algunas de sus obligaciones que contraía al obtener su libertad provisional, o caía en el supuesto de alguna de las causas de revocación de la libertad, el juez, previamente al oír al Ministerio Público, revocaba la libertad provisional y hacía efectiva la caución a favor del Estado, así como ordenaba la reaprehensión de esa persona, a quien una vez reaprehendido, solicitaba nuevamente su libertad caucional y el juez debía otorgársela de nuevo, en virtud, de que dentro de la norma constitucional anterior, era procedente el otorgamiento de la libertad provisional sin requisitos ni condiciones, cuando el término medio aritmético de la pena no excedía de cinco años de prisión y mediante la exhibición de la garantía exigida por el juez, sin autorizar al juzgador para revocar la libertad si se cumplía con esos requisitos.

El criterio anterior era aplicado, en virtud de que, la revocación no estaba contemplada en la Constitución, sino únicamente en los Códigos Procesales y como el procesado era sancionado con la pérdida de la caución exhibida, en caso de incumplir con sus obligaciones, recuperaba íntegramente el goce de una garantía que la Constitución no limitaba, es decir, la libertad provisional mediante una nueva caución.

Pero en la actualidad la revocación de la libertad provisional bajo caución se encuentra consagrada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al igual que su procedencia, y dado que ambas se consagran en igual jerarquía, se desprende que en caso de incumplimiento en forma grave de las obligaciones que en términos de ley deriven a cargo del inculpado en razón de su proceso, la revocación de la libertad provisional bajo caución será de manera definitiva y no deberá concederse posteriormente bajo ninguna circunstancia respecto de ese procedimiento, toda vez, que como ya se mencionó, la figura de esta institución ya se encuentra elevada a rango constitucional.

CAPITULO CUARTO

I.- BREVE EXPLICACIÓN DE LOS DELITOS GRAVES CONTEMPLADOS EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES POR SUS CIRCUNSTANCIAS DE EJECUCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

CAPITULO CUARTO

I.- BREVE EXPLICACIÓN DE LOS DELITOS GRAVES CONTEMPLADOS EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES POR SUS CIRCUNSTANCIAS DE EJECUCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El Código Federal de Procedimientos Penales en el último párrafo de su artículo 194 contempla un catálogo de delitos clasificados como graves, ya que afectan de manera relevante valores fundamentales de la sociedad y son los siguientes:

HOMICIDIO POR CULPA GRAVE.- Cuando se causen homicidios de dos o más personas a consecuencia de actos u omisiones culposos, 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, así como cuando se trate de transporte de servicio escolar.

TRAICIÓN A LA PATRIA.- Cuando un mexicano o nacional realice actos contra la independencia, soberanía o integridad de la Nación Mexicana con la finalidad de someterla a persona, grupo o gobierno extranjero; tome parte de actos hostiles en contra de la Nación, mediante acciones bélicas a las órdenes de un

Estado extranjero o coopere con éste que pueda perjudicar a México; cuando sirva como tropa, forme parte de grupos armados extranjeros que tengan por finalidad **atentar** contra la integridad territorial o independencia de la República o quieran invadirla, aun cuando no exista declaración de guerra; Destruya, quite o haga que se confundan las señales que marcan los límites del territorio nacional dolosamente, siempre que origine conflicto a la República o este en estado de guerra; reclute gente para hacer la guerra a México con la ayuda de un gobierno extranjero; tenga en tiempos de paz o de guerra relación, inteligencia o de información o consejos a extranjeros con el objeto de guiar a una posible invasión del territorio nacional o de alterar la paz interior (excepto extranjeros); proporcione dolosamente a extranjeros, documentos, instrucciones o datos de establecimientos o de posibles actividades militares; oculte o auxilie a quien cometa actos de espionaje, sabiendo que los realiza (excepto extranjeros); proporcione a extranjeros los elementos humanos o materiales para invadir el territorio nacional; solicite la intervención o el establecimiento de un protectorado de un estado extranjero o solicite que aquél haga la guerra a México (este caso si admite la tentativa como delito grave); invite a otros individuos de otro Estado para que hagan armas contra México o lo invadan (también contempla la figura de la tentativa); trate de enajenar o gravar el territorio nacional o contribuya a su desmembración; acepte del invasor beneficio, empleo, o comisión y dicte, acuerde o vote providencias encaminadas a afirmar el gobierno intruso y debilitar al nacional y cometa, declarada la guerra o rotas las hostilidades,

sedición, motín, rebelión, terrorismo, sabotaje o conspiración; celebre o ejecute tratados o pactos de alianza ofensiva con algún Estado, que produzcan o puedan producir la guerra de México con otro, o admita tropas o unidades de guerra extranjeras en el país; en caso de invasión extranjera, contribuya por cualquier medio a que en los lugares ocupados por el enemigo se establezca un gobierno de hecho; acepte del invasor un empleo o cargo, o al que, en el lugar ocupado, habiéndolo obtenido de manera legítima lo desempeñe en favor del invasor; que con actos no autorizados ni aprobados por el gobierno, provoque una guerra extranjera con México, o exponga a los mexicanos a sufrir por esto, vejaciones o represalias; incite al pueblo a que reconozca al gobierno impuesto por el invasor o a que acepte una invasión o protectorado extranjero.

ESPIONAJE.- Cuando un extranjero: en tiempo de paz tenga relación o inteligencia con persona, grupo o gobierno extranjero o le de instrucciones, información o consejos con objeto de guiar a una posible invasión del territorio nacional o de alterar la paz interior; proporcione en tiempo de paz y sin autorización, a persona, grupo o gobierno extranjero, documentos, instrucciones o cualquier dato de establecimientos o posibles actividades militares; en tiempo de guerra o rotas las hostilidades contra México, tenga relación o inteligencia con el enemigo o le proporcione información, instrucciones o documentos o cualquier ayuda que en alguna forma perjudique o pueda perjudicar a la Nación mexicana; al mexicano que, teniendo en su poder documentos o informaciones confidenciales de

un gobierno extranjero, los rebele a otro gobierno, si con ello perjudica a la Nación mexicana.

TERRORISMO.- Al que utilice 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.

SABOTAJE.- Al que dañe, destruya o ilícitamente entorpezca vías de comunicación, servicios públicos, funciones de las dependencias del Estado, organismos 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.

Al que instigue, incite o invite a militares en ejercicio a la ejecución de los delitos a que se refiere el Título Primero del Libro Segundo del Código Penal Federal, referente a los delitos contra la seguridad de la Nación.

Al funcionario o empleado de los Gobiernos Federal o Estatales, o de los Municipios, de organismos públicos descentralizados, de empresas de participación estatal o de servicios públicos federales o locales, que incurran en alguno de los delitos contra la seguridad de la Nación.

PIRATERÍA.- Los que perteneciendo a la tripulación de una nave mercante mexicana, de otra nación, o sin nacionalidad, apresen a mano armada alguna embarcación, o cometan depredaciones en ella, o hagan violencia a las personas que se hallan a bordo; los que yendo a bordo de una embarcación se apoderen de ella y la entreguen voluntariamente a un pirata; los corsarios que en caso de guerra entre dos o más naciones, hagan el corso sin carta de marca o patente de ninguna de ellas, o con patente de dos o más beligerantes o con patente de uno de ellos, pero practicando actos de depredación contra buques de la República o de otra nación, para hostilizar a la cual no estuvieren autorizados. Estas disposiciones se aplicarán igualmente en lo conducente a las aeronaves; a los que pertenezcan a una tripulación pirata.

GENOCIDIO.- El que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquéllos, o impusiere la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo; al que llevare a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de

dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos menores de dieciséis años, empleando para ello la violencia física o moral; a quien con igual propósito someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. En estas hipótesis también se encuentran contemplados los gobernantes, funcionarios o empleados públicos que las cometieran aún en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas.

EVASIÓN DE PRESOS.- Al que favoreciere la evasión de algún detenido, procesado o condenado. En esta hipótesis normativa también se contempla al servidor público; al que favorezca al mismo tiempo o en un solo acto, la evasión de varias personas privadas de libertad por la autoridad competente.

ATAQUES A LAS VAIS DE COMUNICACIÓN.- Al que, para la ejecución de los hechos de que habla el Capítulo I del Título Quinto, se valga de explosivos; al que emplee explosivos o materias incendiarias o por cualquier otro medio destruya total o parcialmente una nave, aeronave, u otro vehículo de servicio público federal o local, o que proporcione servicios al público, si se encontraren ocupados por una o más personas o no; al que mediante violencia física, amenazas o engaño se apodere de una nave, aeronave, máquina o tren ferroviarios, autobuses o cualquier otro medio de transporte público colectivo, interestatal o internacional, o los haga desviar de su ruta o destino. En estas hipótesis se contemplan también a los servidores públicos de alguna corporación policiaca y a

los miembros de las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo.

USO ILÍCITO DE INSTALACIONES DESTINADAS AL TRANSITO AÉREO.- Al que utilice o permita el uso de aeródromos, aeropuertos, helipuertos, pistas de aterrizaje o cualquier otra instalación destinada al tránsito aéreo ya sea de su propiedad o estén a su cargo y cuidado, para realizar actividades que se relacionen con delitos contra la salud. Esta disposición contempla también a las instalaciones clandestinas.

CONTRA LA SALUD.- Al que produzca, transporte, trafique, comercie, suministre o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193 del Código Penal Federal, sin autorización correspondiente a que se refiere la Ley de Salud; al que introduzca o extraiga del país alguno de los narcóticos comprendidos en el artículo antes citado, **aún cuando no llegaren a consumarse dichos actos (tentativa)**; el que aporte recursos económicos o de cualquier especie, colabore de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para facilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere el Capítulo I, del Título Séptimo del Código Penal Federal; el que realice actos de publicidad o propaganda, para que se consuma cualquiera de las sustancias comprendidas en el artículo 193 del citado ordenamiento punitivo. Dentro de estas hipótesis se contempla a los servidores públicos, que en ejercicio de sus funciones o aprovechando su cargo,

permita, autorice o tolere cualesquiera de las conductas antes señaladas; al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193 del Código Penal Federal, sin la autorización correspondiente a la que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del mismo ordenamiento jurídico; cuando la posesión o transporte, por la cantidad como por las demás circunstancias del hecho, no pueda ser considerada destinada a realizar alguna de las conductas a que se refiere el mencionado artículo 194 y no se trate de un miembro de una asociación delictuosa, excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas comprendidas en el apéndice I. Del Código Penal; a quien por sí, a través de terceros o a nombre de otros, dirija, administre o supervise cualquier tipo de asociación delictuosa constituida con el propósito de practicar o que practique cualquiera de las actividades delictivas a que se refiere el Capítulo I del Título Séptimo de la Codificación Sustantiva Penal; el que no tenga facultad de decisión, pero colabore en cualquier forma para el logro de los fines ilícitos de dichas organizaciones. En estas dos últimas hipótesis se contemplan también a los servidores públicos de alguna corporación policial y miembros de las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo; al que sin mediar prescripción del médico legalmente autorizado, administre a otra persona, sea por inyección, inhalación, ingestión o por cualquier otro medio, algún narcótico a que se refiere el multicitado artículo 193 del Código Penal Federal, cualquiera que fuere la

cantidad administrada; al que siembre, cultive o coseche plantas de marihuana, amapola, hongos alucinógenos, peyote o cualquier otro vegetal que produzca efectos similares, por cuenta propia, por financiamiento de terceros o consienta dichas actividades en un predio de su propiedad, tenencia o posesión.

CORRUPCIÓN DE MENORES.- Lo comete el que, procure o facilite la corrupción de un menor de dieciséis años de edad o de quien no tenga capacidad para comprender el significado del hecho, mediante actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales, o lo induzca a la práctica de la mendicidad, la ebriedad, consumo de narcóticos, a la prostitución, al homosexualismo, a formar parte de una asociación delictuosa, o a cometer cualquier delito.

TRATA DE PERSONAS.- Lo comete el que, promueva, facilite, consiga o entregue a una persona para que ejerza la prostitución dentro o fuera del país, siempre y cuando se empleé violencia o el agente se valiese de una función pública que tuviere.

EXPLOTACIÓN DEL CUERPO DE UN MENOR DE EDAD POR MEDIO DEL COMERCIO CARNAL.- En su hipótesis de cuando una persona encubra, concierte o permita que un menor de edad sea explotado por medio del comercio carnal.

FALSIFICACIÓN Y ALTERACIÓN DE MONEDA.-

Cuando se produzca, almacene, distribuya o introduzca al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las piezas y billetes nacionales y extranjeros, que tengan curso legal en el país emisor y por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente (**este artículo admite este delito en grado de tentativa textualmente**); al que altere moneda y al que a sabiendas de esto las circule; a quien preste sus servicios o desempeñe un cargo o comisión en la casa de moneda o en cualquier empresa que fabrique cospeles, y que por cualquier medio haga que las monedas de oro, plata, platino o paladio, contengan metal diverso al señalado por la ley, o tengan menor peso que el legal o una ley de aleación inferior.

DE VIOLACIÓN.- Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula (vía vaginal, anal u oral) con persona de cualquier sexo o le introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril; al que con o sin violencia realice cópula con persona menor de doce años o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; cuando la violación fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas; o por el ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro; por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión utilizando los

medios o circunstancia que ellos le proporcionen para cometerla; por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada.

ASALTO EN CARRETERAS O CAMINOS.- Cuando el agente haga uso de violencia en contra de los ocupantes de un vehículo, ya sea de transporte público o particular en caminos o carreteras.

HOMICIDIO.- Al que prive de la vida a otro intencionalmente; si el occiso o suicida fuere menor de edad o padeciere alguna de las formas de enajenación mental; cuando el homicidio se comete con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición; cuando sea cometido intencionalmente a propósito de una violación o un robo por el sujeto activo de éstos, contra su víctima o víctimas; 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; al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación.

SECUESTRO.- Se contempla la privación ilegal de la libertad con carácter de plagio o secuestro para: obtener rescate o causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a otra persona relacionada con aquella; o si se hace uso de amenazas graves, de maltrato o de tormento; 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; si la detención se hace en camino público o en paraje solitario; si quienes cometen el delito obran en grupo; si el robo de infante se comete en menor de doce años de edad, por quien sea extraño a su familia y no ejerza la tutela sobre el menor; aunque se ponga en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio; En caso de que el secuestrado sea privado de la vida por su o sus secuestradores.

ROBO CALIFICADO.- Cuando el valor de lo robado exceda de cien veces el salario y se realice además con violencia física o moral; o se cometa aprovechando las condiciones de confusión que se produzcan por catástrofe o desorden público; o cuando se cometa por una o varias personas armadas o que utilicen o porten otros objetos peligrosos; o 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; o cuando se cometa en edificios, viviendas, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, ya sean de los que están fijos en la tierra o movibles y sea cual fuere la materia de que estén contruidos; o al que se apodere de cualquier vehículo estacionado en la vía pública o en lugar destinado a su guarda o reparación; o al que se apodere en campo abierto o pasaje solitario de una o más cabezas de ganado mayor o de sus crías.

ROBO.- Cuando sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado a través de la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja.

EXTORSIÓN.- Al que sin derecho obligue a otro a dar, hacer, dejar de hacer o tolerar algo, obteniendo un lucro para sí o para otro o causando a alguien un perjuicio patrimonial.

OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA

ILÍCITA.- El que con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia; preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito; oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe; el que requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes.

TORTURA.- Al servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido o

coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada; al servidor público que con motivo de su cargo, con cualesquiera de las finalidades señaladas anteriormente instigue, compela, o autorice a un tercero o se sirva de él para infligir a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos o no evite que se inflijan dichos dolores o sufrimientos a una persona que éste bajo su custodia, así como también se contempla al tercero, que con cualquier finalidad, instigado o autorizado, explícita o implícitamente, por un servidor público inflija dolores o sufrimientos graves sean físicos o psíquicos a un detenido.

De la anterior explicación de los delitos considerados como graves, se desprende en primer lugar, que estos reciben tal calificación, en virtud, de que el agente o sujeto activo emplea para su consumación otros medios o circunstancias que lo agravan y por ende al ejecutarlo adecua perfectamente su conducta tanto al tipo penal como a la norma que prevé la circunstancia cualificante; en segundo lugar se evidencia del mismo artículo, que éste sí contempla y prevé claramente la figura de la tentativa, pero sólo y exclusivamente en tres delitos, como lo son:

TRAICIÓN A LA PATRIA. - Establecido en el artículo 123 del Código Penal Federal, el cual señala que "Se impondrá la pena de prisión de cinco a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos al mexicano que cometa traición a la patria en alguna de las formas siguientes:

X.- Solicite la intervención o el establecimiento de un protectorado de un Estado extranjero o solicite que aquél haga la guerra a México; si no se realiza lo solicitado, la prisión será de cuatro a ocho años y multa hasta de diez mil pesos;

XI.- Invite a individuos de otro Estado para que hagan armas contra México o invadan el territorio nacional, sea cual fuere el motivo que se tome; si no se realiza cualquiera de estos hechos, se aplicará la pena de cuatro a ocho años de prisión y multa hasta de diez mil pesos;"

CONTRA LA SALUD.- Previsto en el artículo 194 del Código Sustantivo Penal, mismo que a la letra dice: "Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días de multa al que:

II.- Introduzca o extraiga del país alguno de los narcóticos comprendidos en el artículo anterior, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito.

Si la introducción o extracción a que se refiere esta fracción no llegare a consumarse, pero de los actos realizados se desprenda claramente que esa era la finalidad del agente, la pena aplicable será de hasta las dos terceras partes de la prevista en el presente artículo."

FALSIFICACIÓN Y ALTERACIÓN DE MONEDA.-

Establecido en el artículo 234 de la Ley Punitiva Penal, el cual dispone: "Al que cometa el delito de falsificación de moneda, se le impondrá de cinco a doce años de prisión y hasta quinientos días de multa.

Se entiende por moneda para los efectos de este Capítulo, los billetes y las piezas metálicas, nacionales o extranjeros, que tengan curso legal en el país emisor.

Comete el delito de falsificación de moneda el que produzca, almacene, distribuya o introduzca al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente. **A quien cometa este delito en grado de tentativa, se le impondrá de cuatro a ocho años de prisión y hasta trescientos días de multa."**

Por lo que en consecuencia puede verse que el multicitado artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales si contempla expresamente la tentativa en los delitos antes descritos y por ende no existe ninguna duda que están considerados como graves, no así en los otros que únicamente contempla a los plenamente consumados.

Por otro lado tenemos, que si bien es cierto que no todos los delitos de este artículo pueden cometerse en grado de tentativa, también lo es que en su mayoría sí, como lo serían entre otros corrupción de menores, violación, asalto, homicidio, secuestro, robo, extorsión; los cuales no están catalogados de manera precisa y clara en el artículo 194 de la norma jurídica ya citada a excepción de los comentados en párrafos anteriores (traición a la patria, contra la salud y falsificación de moneda), lo cual en nuestros días crea una incertidumbre en la impartición de justicia en materia penal, pues nuestros juzgadores aplican al respecto diversos criterios para poder otorgar o negar la libertad provisional bajo caución a los inculcados que cometen este tipo de delitos tentados, los cuales si llegaran a consumarse totalmente no habría ninguna duda para negarles esta garantía constitucional. Por lo que la mayoría de jueces que conocen de este tipo de delitos tentados, motivan y fundamentan el auto que niega la libertad provisional bajo caución con criterios puramente doctrinarios y de política criminal, como lo son, el peligro que representa un individuo que realiza una conducta tendiente a la comisión de un ilícito penal considerado como grave; el peligro a que se ha expuesto el bien jurídico protegido por la Ley Sustantiva Penal; la voluntad o intención por parte del agente de exteriorizar actos peligrosos; la turbación producida en el sujeto pasivo y la alarma social provocada por la ejecución de actos ilícitos de tentativa entre otros. Por su lado otros jueces que son la minoría, sí otorgan el beneficio constitucional de la libertad provisional bajo caución en este tipo de delitos cometidos en grado de

tentativa, al manifestar que por puritanía procesal si procede este derecho, ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Federal de Procedimientos Penales y el Código Penal Federal, claramente señalan al respecto, que a todo inculpado inmediatamente que lo solicite, deberá de otorgársele la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele y **no se trate de delitos en que por su gravedad la "ley expresamente prohíba conceder este beneficio"**, y por ende dichos jueces se remiten inmediatamente al catálogo de delitos considerados como graves, previsto en el último párrafo del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, aplicando y respetando de manera rigurosa los preceptos y parámetros que les marca dicha norma jurídica, para así fundamentar y motivar el auto que otorga el beneficio de la libertad provisional bajo caución, cumpliendo así con la garantía de la pena.

En consecuencia, es necesario destacar que actualmente la impartición de justicia en lo que respecta a la libertad provisional bajo caución en tratándose de delitos tentados, no es unilateral, ya que como hemos visto los jueces no tienen un criterio uniforme y apegado estrictamente conforme a Derecho, ello como consecuencia inmediata a las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 22 de julio de 1994 al Código Federal de Procedimientos Penales y Código Penal Federal, como una adecuación de lo establecido por la fracción I del artículo 20 y párrafo sexto del artículo 16 Constitucionales, cuyas reformas a su vez

fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 3 de septiembre de 1993 y que entraron en vigor al día siguiente de su publicación, situación esta que no sucedía, ya que anteriormente a dichas reformas no cabía ninguna duda respecto a conceder o negar la libertad provisional bajo caución a los inculpados que habían cometido un delito totalmente consumado o ejecutado parte de éste (tentativa), pues para ello el juzgador hacía una simple operación matemática dividiendo el mínimo y máximo de la pena aplicable al caso concreto entre dos y el resultado de ambos lo sumaba, y si el total excedía de cinco años de prisión, no se le otorgaba el beneficio de la libertad provisional bajo caución al inculgado. Pero como en la actualidad las multicitadas reformas y en específico el último párrafo del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales no contempla a la tentativa (a excepción de algunas fracciones de los delitos de traición a la patria, contra la salud y falsificación de moneda), ha dejado una gran laguna que es necesario resarcir.

Sin embargo, mi punto de vista y así como están plasmadas las reformas penales en la actualidad, es en el sentido de acatar estrictamente lo preceptuado por ellas, con la única finalidad de garantizar al inculgado la seguridad y libertad jurídicas plasmadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tanto se subsana la laguna jurídica que se ha originado en la materia procesal penal mexicana, y para ello debe atenderse a los siguientes preceptos:

Una vez que el Juez o Agente del Ministerio Público Federal (en su caso) conocen de un asunto por delito en grado de tentativa, deben estudiar detenidamente el expediente con la finalidad de estar seguros que efectivamente se trata de un ilícito tentado y de verificar si este se encuentra o no contemplado como grave en el catálogo descrito en el último párrafo del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales y así cumplir con los lineamientos señalados en los artículos 14 párrafo tercero y 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales a la letra señalan:

“ARTICULO 14.- A ninguna Ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

----- En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”

ARTICULO 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías:

I.-Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando garantice el monto estimado de

la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

En consecuencia puede evidenciarse que la Constitución Federal no señala delitos graves del orden federal ejecutados en grado de tentativa y únicamente hace mención a que no se otorgará (a contrario sensu) el beneficio de la libertad provisional bajo caución a quienes hayan cometido un delito grave así calificado por la Ley

En este orden de ideas el juzgador o Agente del Ministerio Público Federal también deberán de remitirse al numeral 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual cumple con los mencionados lineamientos del artículo 20 Constitucional, pues los reproduce de la siguiente manera:

ARTICULO 399.- Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si reúne los siguientes requisitos:

- I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño.
- II.- Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;

III.- Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso; y

IV.- Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en el párrafo último del artículo 194.

Así, el juzgador o representante social estarán en posibilidades de otorgar esta garantía constitucional al inculcado en el momento que lo solicite e incluso es su obligación darle a conocer este derecho al momento de que se les ha puesto a disposición, sin que violen el principio de legalidad y estricta aplicación en materia penal contenida en el referido artículo 14 Constitucional, el cual sólo les permite decretar lo que les está expresamente permitido por la Ley, y que en el presente caso lo es el aplicar estrictamente lo plasmado en el artículo 20 fracción I de la Constitución Federal, así como el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, en lo que respecta a que sólo se negara la libertad provisional bajo caución al inculcado entre otras cosas, cuando se trate de los delitos señalados como graves en el párrafo último del artículo 194 del mencionado código, y en el que, como ya lo hemos analizado anteriormente sólo contempla delitos plenamente consumados a excepción de los casos de **traición a la patria**, previstos en las fracciones X y XI del artículo 123; **contra la salud**, contemplado en el párrafo segundo de la fracción II del artículo 194 y **falsificación de moneda**, señalado en el párrafo tercero del artículo 234, todos del Código Penal Federal.

En resumen y según la anterior reflexión personal, considero que al aplicar todas y cada una de las hipótesis normativas ya analizadas, conforme a Derecho y apegadas a la Ley, estaremos en posibilidades de unificar los diversos criterios jurídicos y doctrinarios que actualmente se sustentan, y que únicamente logran desestabilizar y conculcar las garantías de libertad y seguridad jurídicas de los inculcados que han ejecutado actos encaminados objetiva y subjetivamente a la consumación de un delito. Ello hasta en tanto no se haga una modificación adecuada a la legislación procesal penal mexicana, en el sentido de que resulta apremiante mejorar algunos tipos penales, crear otros, e introducir a la figura de la tentativa dentro de los delitos considerados como graves para así extender su punibilidad y de esa manera poder actualizar y ajustar la legislación que versa sobre la materia penal federal a las necesidades sociales de nuestra época, en la que se ha exacerbado la criminalidad y delincuencia organizada, mismas que han creado múltiples efectos dañosos a nivel nacional e internacional, y en consecuencia dar eficaz soporte y mayor agilidad a la impartición de justicia en materia penal.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El delito se compone no solamente de una conducta antijurídica, típica y culpable, si no que también debe existir indudablemente el elemento punibilidad, el cual si bien es cierto para algunos autores no es integrante del delito, ya que lo consideran como una consecuencia del mismo, también lo es que la dogmática jurídica penal mexicana si lo contempla como tal, pues expresamente en el artículo 7 del Código Penal señala "*que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales*", entendiéndose así, que el delito es una descripción de una conducta de hacer o un dejar de hacer, pero sancionada con una pena ya sea mínima (apercibimiento) o máxima (privación de la libertad) dictada por el Estado como una reacción y por ende tal asociación ideológica entre conducta desvalorada y sanción es indiscutible, ya que no se puede concebir a un delito sin sanción ni una sanción sin delito.

SEGUNDA.- La tentativa es una figura jurídica que tiene características propias, como lo son su descripción típica y una sanción especial (punibilidad) contenidas en el primer párrafo de artículo 12 del Código Penal, el cual a la letra señala "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente", así como en el artículo 63 del mismo

ordenamiento jurídico, el cual dice "Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario", de igual forma la tentativa cuenta además con la objetividad de proteger un bien jurídico que corre el peligro de ser afectado; por lo que su incriminación está previamente establecida y fundada en la ley, como lo estipulan los artículos 14 y 16 Constitucionales.

TERCERA.- El artículo 12 del Código Penal Federal, sólo contempla a la tentativa acabada e inacabada, al señalar que esta se produce cuando se exteriorizan en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, sin hacer ninguna distinción entre delito frustrado y tentativa, y por ende se adhiere a la clasificación bipartita de la actividad ejecutiva del delito, la cual sólo diferencia a la tentativa del delito consumado, sin hacer referencia al delito frustrado que contempla la teoría bipartita.

CUARTA.- La libertad provisional bajo caución es una garantía constitucional otorgada a todo inculcado que se encuentra sujeto a un procedimiento penal que amerite pena privativa de libertad siempre y cuando cumpla con los requisitos que establece la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Código Federal de Procedimientos Penales, la cual deberá de

hacérsela saber el Juez o Agente del Ministerio Público Federal en el momento de que se les ha puesto a disposición y cuando se le hace saber sus derechos.

QUINTA.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la fracción I de su artículo 20, exige al inculcado para que pueda obtener su libertad provisional, que garantice la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele y que no se trate de delitos que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

SEXTA.- La ley que expresamente prohíbe conceder el derecho de la libertad provisional bajo caución cuando se trate de delitos graves, es el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 399 fracción IV, pues a la letra señala "Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en el párrafo último del artículo 194".

SEPTIMA.- El artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales en su último párrafo contiene un catálogo de delitos que por sus características especiales de ejecución que los distinguen, los considera como graves, dentro de los cuales únicamente contempla expresamente tres hipótesis de ilícitos en grado de tentativa, como lo son: TRAICIÓN A LA PATRIA, en los supuestos previstos en las fracciones X y XI del artículo 123, CONTRA LA SALUD, en la hipótesis establecida en la fracción II del artículo 194 y

FALSIFICACIÓN DE MONEDA, señalado en el párrafo tercero del artículo 234, todos del Código Penal Federal.

OCTAVA.- De acuerdo con las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 22 de julio de 1994 al Código Federal de Procedimientos Penales y Código Penal Federal, como una adecuación de lo establecido en los artículos 16 y 20 fracción I Constitucionales, también reformados el 3 de septiembre de 1993, el Juez de Distrito en Materia Penal y Agente del Ministerio Público Investigador Federal, deberán de otorgar el beneficio de la libertad provisional bajo caución a todo inculcado inmediatamente que lo solicite (siempre y cuando cumpla con los requisitos de ley) cuando se trate de delitos en grado de tentativa e excepción de los tres casos que la Ley Adjetiva Penal Federal contempla expresamente como graves en los delitos de TRAICIÓN A LA PATRIA, CONTRA LA SALUD Y falsificación de moneda, ya señalados, porque de lo contrario se esta violando dicha garantía constitucional y por ende también el *principio de la estricta aplicación en materia penal*, contemplado en el artículo 14 párrafo tercero de la misma Constitución Política, el cual señala que "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata", así como se conculcan la libertad y seguridad jurídicas del inculcado que se encuentra sujeto a un proceso penal.

NOVENA.- Resulta urgente y fundamental contemplar a la figura de la tentativa dentro del catálogo de los delitos considerados como graves que se encuentran plasmados en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, con la finalidad de extender su punibilidad y ajustar la legislación que versa sobre la materia penal federal a las necesidades de la sociedad, en la cual la criminalidad ha producido efectos dañosos que en su mayoría resultan irreparables, así como de aportar de nuevos elementos idóneos y eficaces a los jueces y agentes del ministerio público que les permitan fundar y motivar conforme a Derecho sus resoluciones y autos que versen sobre la institución de la libertad provisional bajo caución, sin menoscabar las garantías de los inculpados, y por ende darle mayor soporte y agilidad a la impartición de justicia en materia penal. Por lo que mi propuesta sería que al artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales se le adicionara un párrafo que previera lo siguiente:

También se califican como graves los delitos a que se refiere el párrafo anterior cuando se cometan en grado de tentativa.

Siendo necesario también adicionarle al artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales en su fracción IV, lo siguiente:

IV.- Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en los párrafos último y penúltimo del artículo 194.

Para que de esta forma queden acordes ambos numerales de la
Codificación Adjetiva Penal Federal.

BIBLIOGRAFÍA

Bacigalupo, Enrique. Reflexiones Sobre la Tentativa en el Código Penal Mexicano.

Revista de la Procuraduría General de Justicia del D.F., Editorial Temis. Bogotá.

1980.

Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. México.

1979.

Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Parte General. Editorial Porrúa.

México. 1977.

Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Citado en la Nueva

Enciclopedia Jurídica. Tomo XV. Editorial Francisco Seix. S.A., Barcelona. 1981.

Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial

Porrúa. México. 1989.

Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial

Porrúa. México. 1993.

Escalona Bosada, Teodoro. La Libertad Provisional Bajo Caución. Editorial Libros

de México. México. 1968.

García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. México 1982.

García Ramírez, Sergio. Derecho Penal. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., México. 1983.

García Ramírez, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1994.

González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1985.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1987.

López Betancourt, Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1994.

Malo Camacho, Gustavo. Tentativa del Delito. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., México. 1982.

Maggiore Guiseppe. Derecho Penal II. Editorial Temis. Bogotá. 1954.

Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Teoría Legalista del Delito. Editorial Porrúa. México. 1989.

- Montiel y Duarte, Isidro. Estudios Sobre las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. México. 1972.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa. México. 1989.
- Pavón Vasconcelos, Francisco, Breve Ensayo Sobre la Tentativa. Editorial Porrúa. México. 1982.
- Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. 1989.
- Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa. México. 1990.
- Ruiz Funes, Mariano. Citado en la Nueva Enciclopedia Jurídica. Editorial Francisco Seix. S.A., Barcelona. 1981.
- Sergio García Ramírez y Rosario Adato de Ibarra. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1991.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Problemática Especial de la Tipicidad. Editorial Cárdenas. Buenos Aires. 1978.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista. México.
1966.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la
República en Materia del Fuero Federal. Editorial Sista. México. 1996.

Código Federal de Procedimientos Penales. Editorial Sista. México. 1996.