

557
24



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE
MEXICO
FACULTAD DE DERECHO**

**ANALISIS DE LA REFORMA AL ARTICULO 20
FRACCION I DE LA CONSTITUCION POLITICA
DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADA EN DERECHO**

P R E S E N T A :

MARIA GUADALUPE MORALES HERNANDEZ

MEXICO, D. F.

NOVIEMBRE DE 1990

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCION.....	3
CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO A LA LIBERTAD PROVISIONAL.....	5
I. 1. La libertad provisional en las diversas legislaciones.....	5
I. 2. La libertad provisional en la legislación penal mexicana.....	8
CAPITULO II. EL ARTICULO 20 FRACCION I DE LA CONSTITUCION DE 1917.....	16
II. 1. Naturaleza jurídica.....	16
II. 1. 1. Las garantías individuales.....	18
II. 1. 2. Concepto de garantía.....	24
II. 1. 3. Como un derecho del acusado.....	28
II. 1. 4. Como una obligación del órgano jurisdiccional.....	32
II. 2. Presupuestos del derecho a la libertad provisional.....	40
II. 2. 1. La prisión preventiva.....	40
II. 2. 2. El elemento objetivo.....	45
II. 2. 3. El elemento subjetivo.....	50
II. 3. Diferenciación terminológica.....	55
II. 3. 1. Alcance del término "inmediatamente".....	55

II. 3. 2. La libertad bajo "fianza".....	62
II. 3. 3. La libertad bajo "caución".....	65
II. 4. Revocación.....	68
CAPITULO III. LA REFORMA DE 1985 AL ARTICULO 20 FRAC- CION I CONSTITUCIONAL Y SU CRITICA.....	73
III. 1. Exposición de motivos.....	73
III. 2. La política criminal y la reforma al precepto constitucional.....	85
III. 3. Opinión de la Suprema Corte de Jus- ticia de la Nación.....	117
CONCLUSIONES.....	124
BIBLIOGRAFIA.....	129

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

Esta tesis tiene como objetivo primordial, analizar la reforma, que en el año de 1985, se le hizo a la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Elegí este tema, porque me pareció muy interesante, ya que hace referencia a uno de los valores fundamentales del ser humano, como es la libertad y que resulta tan importante, como la vida misma.

De nada le sirve al hombre poseer derechos esenciales garantizados en la normatividad jurídica, si no goza de la libertad física para ejercitarlos a plenitud y en ocasiones, su arbitrio se ve coartado por la propia ley.

El problema de la libertad ha sido ampliamente tratado, desde diferentes perspectivas, aunque en mi trabajo sólo abarcaré el aspecto físico, que se encuentra ligado a la temática procesal penal.

Cuando una persona se encuentra sujeta a un procedimiento, por estar implicada en la comisión de un delito, ve restringida su esfera de acción, al ser reclusa en forma preventiva en un establecimiento especial.

Desde mi punto de vista, los trámites procesales pueden seguir su curso, sin que el presunto responsable se encuentre en prisión preventiva y esto se logra, gracias a la garantía de la libertad provisional.

La fracción I del artículo 20 constitucional se ocupó de salvaguardar este derecho fundamental, incluyéndolo en las regulaciones de su parte dogmática y otorgándole el rango de garantía individual.

Mas, parece que la reforma de 1985, al introducir al precepto requisitos que no se hallaban previstos (las modalidades del delito), restringió el beneficio consagrado por el Constituyente de 1917.

Lo anterior me motivó para seleccionar como tema de tesis la situación problemática que plantea la citada reforma, y de ello habré de ocuparme en la exposición que ofrezco.

El análisis que elaboraré versará sobre el punto de vista jurídico-legal y con él, procuraré llegar a la crítica constructiva del texto legal vigente, por considerarlo inadecuado, conforme a la política criminal.

Al finalizar, haré algunas proposiciones concretas, en el sentido de reformar nuevamente la norma aludida, para lograr una verdadera garantía jurídica del derecho a la libertad provisional.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO A LA LIBERTAD PROVISIONAL

SUMARIO: I. 1. La libertad provisional de las diversas legislaciones. I. 2. La libertad provisional en la legislación penal mexicana.

I. 1. LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LAS DIVERSAS LEGISLACIONES.

Los antecedentes de la libertad bajo caución o fianza, se remontan a la época del Derecho romano, en los que ya se preveía la posibilidad de que las personas con medios económicos acudieran en ayuda de los pobres, garantizando que no se sustraerían a la acción de la justicia.

En el Derecho romano, el uso de la libertad provisional se concedía a los ciudadanos con una serie de reglas de amplia liberalidad, restringidas y suprimidas al advenimiento de los sistemas inquisitorio y mixto.

En la Ley de las Doce Tablas se estableció: "que si el acusado presenta a alguno que responda por él, dejadlo libre (mittito); que un hombre rico preste caución por un hombre rico, pero todo hombre puede prestarla por un ciudadano pobre". (1)

1) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, 7a. edición. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1983, p. 300.

Esto revela que la consagración del principio de humanidad que entraña la libertad provisional, no constituye un adelanto en la evolución del Derecho contemporáneo, si lo comparamos con las legislaciones antiguas que la establecían sin limitaciones, aún tratándose de los delitos más graves, porque no era el reconocimiento de un favor, sino una garantía concedida a todo ciudadano.

En la etapa de auge de los sistemas inquisitorio y mixto, la libertad provisional fue suprimida o limitada por la misma índole del proceso secreto y escrito. Sin embargo, la ordenanza de Luis XIV de 1670, permitía en limitados casos la concesión de la libertad provisional con garantía pecunaria o sin ella, aun cuando concretamente no hablaba de dicha garantía.

Luis XIV, Rey de Francia, prototipo del absolutismo monárquico, hizo de su país una gran potencia militar y económica, fue llamado El Grande y el Rey Sol, nació en Saint Germain-en-Laye en 1638 y murió en Versalles en 1715.

En el movimiento revolucionario francés de 1793 se restringió la detención preventiva, ampliando la concesión de la libertad provisional en condiciones más liberales. El Código Brumario y la ley de Thermidor, año IV, la extendió a toda persona, cualquiera que fuese la naturaleza del delito, negándola a los vagos, maleantes y gentes sin domicilio.

En la Constitución Política de la monarquía española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1892 (en la que ya se hacía mención de la libertad caucional, aunque no con el carácter y reglamentación que tiene en la actualidad), en el título V se hace referencia a los tribunales y a la administración de justicia en lo civil y lo criminal; en lo que respecta a esto último en el artículo 295 se especifica lo siguiente: "...no será llevado a la cárcel el que dé fiador en los casos en que la ley no prohíba expresamente que admita la fianza..."

Carlos Franco Sodi expresa: "La libertad, como derecho garantizado por la Constitución, tiene su origen en la Declaración de los Derechos del Hombre; pero esto no significa que la libertad del individuo sujeto a un proceso haya sido ignorada antes de la Revolución Francesa, pues contrariamente a las antiguas legislaciones, ateniense, romana y germana reglamentaron la libertad caucional en términos mucho más amplios que los actualmente conocidos". (2)

Mommsen enseña que en Roma, desde los más remotos tiempos, era permitida la libertad bajo fianza del acusado tratándose de delitos privados, libertad que posteriormente se aceptó tratándose de juicios penales públicos, y a este respecto, en su "**Derecho Penal Romano**" dice: "...según una leyenda verdaderamente antigua, ya los magistrados patricios de la época anterior á los decemviros fueron constreñidos

(2) FRANCO SODI, Carlos, El Procedimiento Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1957. p. 327

por los tribunos del pueblo á admitir una fianza pública (praedes vades) constituida por un acusado, fianza cuyas modalidades por cierto se convinieron con los tribunos, y á seguir el proceso contra aquél dejándole en libertad". (3)

Sigue comentando Franco Sodi: "...más tarde parece que los ciudadanos romanos no podían sufrir arresto preventivo, ni aun por delitos graves como el homicidio, de donde, como es natural, ya no se utilizó la libertad bajo fianza; pero como los Magistrados, durante el Imperio, volvieron a hacer uso del referido arresto, la libertad bajo fianza fue nuevamente utilizada, en la inteligencia de que los jueces penales fijaban a su arbitrio las modalidades de la fianza, tomando en cuenta tanto la gravedad del delito imputado como la personalidad del acusado." (4)

I. 2. LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA

Por lo que se refiere a México, el Decreto Constitucional para la Libertad de América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, respecto a la administración de justicia, en el Capítulo XVII, el artículo 211,

(3) MOMMSEN, Teodoro, *El Derecho Penal Romano*, Traducción del alemán por P. Dorado, Editorial la España Moderna, Madrid, 1898, p. 328.

(4) FRANCO SODI, Carlos. *El Procedimiento Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1957. pp. 327 y 328.

establecía: "Mientras que la Soberanía de la Nación forma el cuerpo de leyes, que han de sustituir á las antiguas, permanecerán estas en todo su rigor, a excepción de las que por el presente, y otros decretos anteriores se hayan derogado, y de las que en adelante de derogaren." (5)

El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 18 de diciembre de 1822, en su sección quinta, capítulo primero, "del Poder Judicial", se hace referencia a los tribunales de primera y segunda instancia.

Se determina en el artículo 74 que: "Nunca será arrestado el que dé fiador en los casos en que la ley no prohíba admitir fianza; y este recurso quedará expedito para cualquier estado del proceso en que conste no haber lugar a la imposición de pena corporal".

En la Constitución Federal del 4 de octubre de 1824 no se estableció alguna situación favorable para el caso de una libertad provisional bajo caución.

En las Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836, se estableció en el artículo 46 que: "Cuando en el progreso de la causa, y por circunstancias particulares, apareciera que el reo no debe ser castigado con pena corporal, será puesto en libertad en los términos y con las circunstancias que determine la ley".

(5) Constituciones de México, Edición Facsimilar, Secretaría de Gobernación, México, D.F., 1957, p. 31.

El numeral 18 de la Constitución liberal de 1857 no se ocupó de reglamentar la libertad provisional, sin embargo estableció que: "Es procedente la prisión preventiva por los delitos que merezcan pena corporal; pero que en cualquier estado del proceso en que aparezca que el acusado no se le pueda imponer tal pena, se le pondrá en libertad bajo fianza".

Entre 1857 y 1917 se promulgaron los Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y 1894. El primero recoge los lineamientos generales del proyecto de Código de Procedimientos Criminales para el Fuero Común de 1872, comprendiendo en un solo capítulo la libertad provisional y la libertad bajo fianza.

La primera constituía una mezcla confusa de libertad por desvanecimiento de datos con la llamada libertad protestatoria, la cual se podía otorgar en cualquier estado del proceso en que se hubiesen desvanecido los datos que sirvieron para decretar la detención o la prisión preventiva.

La libertad bajo fianza se otorgaba al preso cuando la pena correspondiente al delito imputado no fuese mayor de cinco años, además de que comprobara tener domicilio fijo y conocido, poseer bienes o ejercer una profesión, oficio o arte y, que a juicio del juez, no hubiese temor de que se fugara. (Artículo 260 del Código de Procedimientos Penales)

En el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales se establecieron los requisitos a los cuales se tenía que apegar el juez para otorgar la libertad bajo fianza, los cuales son:

a) Si la pena es alternativa, debe atenderse al máximo de la multa;

b) Si el delito es de competencia del juez correccional, podrá ser de trescientos a dos mil pesos;

c) Si el delito es competencia del jurado, será la fianza de mil a diez mil pesos;

d) Si la parte civil hubiera promovido incidente, la caución garantizará, además ese incidente, para los casos de fuga u ocultación del preso.

El Código de Procedimientos Penales de 1894, para conceder la libertad bajo fianza, amplió hasta siete años el máximo de la pena del delito cometido. Además, exigía que el preso tuviese domicilio fijo y conocido en el lugar en que se seguía el proceso, que tuviera profesión, oficio o medio honesto de vivir, que no hubiera sido condenado por delito de la misma naturaleza, que no existiera el temor de que se fugara y que el beneficiario tuviese buenos antecedentes de moralidad.

Una vez revocada la libertad bajo fianza por incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos por ser concedido tal beneficio, ya no podía otorgarse.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la libertad bajo caución deja de ser un simple derecho procesal para convertirse en una garantía individual, plasmada en la fracción I del artículo 20, cuyo texto original es el siguiente:

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

I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad, bajo de fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla." (6)

La reforma a dicho artículo y su fracción I, se publicó en el Diario Oficial de la Federación del día 2 de diciembre de 1948, cuyo texto decía:

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

I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza, que fijará el Juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que

(6) Constituciones de México, Edición Facsimilar, Secretaría de Gobernación, México, D.F., 1957, p. 266.

se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla bajo la responsabilidad del Juez en su aceptación.

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

La reforma transcrita causó gran polémica, ya que en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1931, se hacía referencia al máximo de la sanción correspondiente al delito imputado y no al término medio aritmético de la pena, resultando inconstitucional el artículo 556 de dicho Código procesal, el que decía: "Todo acusado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, siempre que el máximo de la sanción corporal correspondiente al delito imputado no exceda de cinco años de prisión. En caso de acumulación, deberá atender al máximo de la pena del delito más grave."

Por decreto publicado en el Diario Oficial de 4 de enero de 1984 se reformó el artículo 556 para quedar como sigue: "Todo inculcado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, cuando el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito im-

putado no exceda de cinco años de prisión. El juez atenderá para ese efecto a las modalidades y calificativas del delito cometido. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor."

Por último la fracción I del artículo 20 constitucional fue reformado por el decreto del día 17 de diciembre de 1984, publicado en el Diario oficial de la Federación el día 14 de enero de 1985. El texto de esta modificación, la cual entró en vigor el 14 de julio de 1985, es el siguiente:

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

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

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias perso-

nales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

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

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

Esta última reforma es el motivo del trabajo que se realiza, incluyendo un análisis a la misma y una crítica sobre la inclusión de las modalidades del ilícito y del delito preterintencional.

CAPITULO II

EL ARTICULO 20 FRACCION I DE LA CONSTITUCION DE 1917

SUMARIO: II. 1. Naturaleza jurídica. II. 1. 1. Las garantías individuales. II. 1. 2. Concepto de garantía. II. 1. 3. Como un derecho del acusado. II. 1. 4. Como una obligación del órgano jurisdiccional. II. 2. Presupuestos del derecho a la libertad provisional. II. 2. 1. La prisión preventiva. II. 2. 2. El elemento objetivo. II. 2. 3. El elemento subjetivo. II. 3. Diferenciación terminológica. II. 3. 1. Alcance del término "inmediatamente". II. 3. 2. La libertad bajo "fianza". II. 3. 3. La libertad bajo "caución". II. 4. Revocación.

II. 1. NATURALEZA JURIDICA

En todas las épocas y en todos los pueblos un tema que ha sido difícil, sugerente y de gran trascendencia es el de la libertad, porque ningún régimen que se precie de vivir bajo el imperio del derecho y desarrollarse en el ámbito de lo legal y de lo justo, puede prescindir de esa categoría suprema de los valores humanos, tan valiosa como la propia existencia del hombre.

Nuestro pueblo no podía quedar exento de esa preocupación con respecto de la libertad humana en todos sus aspectos; físico, intelectual y político; el primero es el de fundamental importancia para el ámbito del Derecho Penal, en particular, por lo relativo a la libertad provisional.

Para hablar de la libertad provisional bajo caución, es necesario mencionar la prisión preventiva para quienes se encuentran procesados por delito que merezca pena corporal.

Esta es una medida precautoria y necesaria para evitar una posible evasión de la justicia por parte del procesado, sin cuya presencia la aplicación del derecho sería imposible y debe tratar de lograr dicho objetivo, con la utilización de otros medios que no perjudiquen la libertad.

Si bien es cierto que la prisión preventiva es una medida necesaria, también lo es que produce serias consecuencias para el acusado en su vida personal, además de que al iniciarse el proceso, no se cuenta con elementos precisos para anticipar su resultado. De ahí que se pensó en una medida provisional, en la que, sin perjuicio del proceso, el inculpado pueda disfrutar de libertad con algunas restricciones; siendo esa medida la libertad bajo caución.

Con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1917, las legislaciones procesales consignaban el régimen a seguir para la obtención de las libertades caucional y provisional; el límite de la garantía a otorgar se fijaba entre los trescientos y los treinta mil pesos, las cuales se

negaban cuando existieran motivos fundados para considerar que el inculpado podía sustraerse a la acción de la justicia y de alguna manera que daban al arbitrio caprichoso de los jueces el conceder o negar la libertad provisional; argumentaban su negativa sólo en el temor de que el acusado se fugase y se sustrajese a la acción de la justicia.

Por ello, el Constituyente de 1917, de acuerdo con la Comisión Dictaminadora, procuró, "poner la libertad bajo fianza al alcance de todo acusado", considerándose de fundamental trascendencia dar el rango de garantía a la libertad provisional señalada en la fracción I del artículo 20 constitucional, para que así pudiera disfrutar de ella la mayoría de los acusados, previa satisfacción de ciertos requisitos especificados por el propio ordenamiento.

II. 1. 1. LAS GARANTIAS INDIVIDUALES

El fenómeno de la convivencia humana ha tenido una serie de efectos de suma importancia, considerándose tanto la tesis aristotélica que asienta que el hombre es un ser esencialmente sociable (*zoon politikon*) como la doctrina de Rousseau, para quien la existencia aislada e individual del ser humano precede a la formación social.

Bajo una u otra idea, la conclusión es que al sujeto no se le puede concebir fuera de la convivencia con sus semejantes, pero ésta sólo puede ser factible y dar lugar a una verdadera sociedad humana, con limitaciones en las actividades de cada persona, para evitar el desorden que final-

mente acabaría con esa sociedad; cuestiones que se traducen en exigencias y obligaciones mutuas, cuya imposición no sólo es natural, sino necesaria y es la obra del Derecho la que regula esa convivencia.

La normatividad jurídica bien puede ser resultado de disposiciones legislativas o de una práctica social constante, a la que se le da fuerza obligatoria y a la que debe garantizársele en su imperatividad por un poder superior a la voluntad del individuo, al que se le da el nombre de autoridad y que es creado a posteriori por el propio grupo social, al que se le confieren esas facultades.

La forma de organización política y jurídica de una sociedad humana, pueblo o nación, es el Estado, al que se le ha conferido un poder para garantizar el orden de Derecho a través de un conjunto de facultades, teniendo fundamentalmente como característica la de ser soberano.

Al respecto Ignacio Burgoa expresa que: "La soberanía... es un atributo del poder del Estado, de esa actuación suprema desarrollada por y dentro de la sociedad humana, que supedita todo lo que en ella existe, que subordina todos los demás poderes y actividades que se despliegan en su seno." (7)

(7) BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1970, p. 146.

Más adelante, Burgoa señala: "La soberanía popular, llamada así porque es en el pueblo en quien efectivamente radica, según las doctrinas modernas, es, como dijera Jellinek, aquella potestad suprema 'que no reconoce ningún otro poder superior a sí; es el poder supremo e independiente'. De esta concepción de soberanía podemos derivar dos de sus características principales; en primer lugar, la consistente en la imposibilidad de que exista un poder superior a ella dentro del Estado, y en segundo, la de que exteriormente no depende de ninguna otra potestad. Estas dos notas fundamentales de la soberanía implican que el Estado, su titular jurídico y político, es **autónomo**, es decir, capaz de darse sus propias normas para regir su vida interior, e **independiente**, en cuanto que, en sus relaciones con los demás, no está supeditado a ellos." (8)

El pueblo es el que deposita en el Estado el poder soberano, este debe adoptar actitudes supremas dentro de ciertos cauces jurídicos que él mismo crea y que se obliga a no violar; es decir, se **autolimita**, eligiendo la forma de constituirse y se **autodetermina**, creando su sistema de funcionamiento.

Esta autolimitación significa que, si bien es cierto que el poder soberano del Estado no reconocía otro superior a él, también lo es que se imponía a sí mismo ciertas restricciones en beneficio de los individuos. Nuestra

(8) BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1970, p. 147.

constitución vigente tiene ambas características y consigna en su artículo primero, como declaración general, el principio de autolimitación e instituye en favor del individuo las garantías que en los preceptos sucesivos otorga.

El mismo Burgoa escribe: "...podemos decir que la soberanía o poder soberano corresponde al Estado Mexicano (forma política y jurídica artificial) por atribución que de ella le hizo el pueblo o nación mexicana, en los cuales subsiste su fundamentación real. Implicando, por ende, el Estado una forma jurídica y política como persona moral de Derecho Público, al igual que las personas morales de Derecho Privado, en sus respectivos casos de consideración jurídica, resulta que, como éstas, es titular de una actividad o poder que en realidad corresponde a sus miembros humanos, o sea, el pueblo." (9)

Indica Ignacio Burgoa que: "Las facultades de autodeterminación y de autolimitación, que son las capacidades siempre coexistentes del concepto de soberanía popular y que participan, por ende, de su carácter de inalienabilidad, también están implicadas en nuestro orden constitucional.

(9) BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1970, p. 149.

En efecto, siendo la Constitución la ley fundamental que establece primordialmente la organización del Estado y el funcionamiento, atribuciones, etc., de los órganos o autoridades supremos de que está compuesto su gobierno, resulta que toda ella, por sí misma, traduce en legislación positiva la facultad de autodeterminación del pueblo investido de soberanía, lo que se corrobora por el contenido dispositivo del artículo 40, que dice:

'Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática y federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo que concierne a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley.' En cuanto a la facultad de autolimitación, ésta se encuentra prevista, a modo de declaración inicial general, en el artículo primero constitucional que contiene el otorgamiento de garantías individuales que el pueblo hace a los habitantes del Estado Mexicano por medio de la Constitución. Consiguientemente, son los derechos públicos individuales los factores o elementos en que se concreta la autolimitación popular, al reputarlos como diques u obstáculos a la actuación arbitraria e ilegal de los órganos autoritarios, por conducto de los cuales se desempeña la soberanía del pueblo. Además, dentro de un régimen de legalidad como es o pretender ser, al menos teóricamente, el nuestro, la autolimitación se contiene en todo el Derecho Positivo, que es el que complementa o secunda las garantías constitucionales, clasificadas generalmente en garantías concernientes a la libertad, a la igualdad, a la

propiedad y a la seguridad, la que propiamente equivale a la de legalidad, por significar el conjunto de medios jurídicos de preservación de las anteriores, dentro de los cuales decuella la existencia de la ley." (10)

En materia tan grave como la que se conoce como Derecho Penal, la necesidad de salvaguardar al individuo, aparece en forma clara; sólo mediante una serie de actividades y formulismos es como puede llegarse a la definición del problema de hecho y de derecho que se plantea en una acusación; existe una serie de etapas cuidadosamente reglamentadas y que deben llenarse para que pueda decidirse sobre la culpabilidad de un acusado, a eso se le llama proceso.

Siendo la Constitución la ley fundamental dentro del sistema jurídico mexicano y establecida su supremacía a virtud de mandamiento expreso que ella consigna, las directrices básicas del proceso penal fueron consideradas tan importantes que se les dio el rango constitucional, y se habla en el artículo 20 de que: "En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:"

Desde el punto de vista rigurosamente técnico las fracciones I y X no pueden considerarse como garantías procesales, si es que por ellas entendemos las atribuciones que hace el poder público al gobernado respecto a las formas del juicio, pues como el proceso es: "...el conjunto de ac-

(10) BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1970, p. 150.

tividades, debidamente reglamentadas, y en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales, previamente excitados para su actuación por el Ministerio Público, resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea." (11)

No pueden considerarse como garantías procesales, las consignadas en la fracción I respecto a la libertad provisional y la comprendida en la X relativa a prohibir de que la prisión preventiva se prolongue por motivos ajenos al objeto principal del proceso, o por más tiempo del que la ley señala como máximo para la pena que correspondería al delito sobre el cual gira la acusación.

II. 1. 2. CONCEPTO DE GARANTIA

Parece ser que la palabra garantía proviene del término anglosajón *warranty* o *warrantie*, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (*to warrant*), por lo que tiene una connotación muy amplia. Garantía equivale, pues, en su sentido lato, a aseguramiento o afianzamiento, pudiendo denotar también protección, respaldo, defensa, y salvaguardia o apoyo. Jurídicamente, el vocablo y el concepto garantía se originaron en el derecho privado, teniendo en él las acepciones apuntadas. (12)

(11) RIVERA SILVA, Manuel, El procedimiento Penal, Editorial Porrúa, S.A., Sexta edición, México, 1973., p. 181.

(12) BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1970, p. 151.

Existen diversos significados del concepto de garantía, entre los cuales mencionaremos las siguientes:

Para el derecho público, el concepto de garantía representa distintos tipos de seguridad o protecciones para los súbditos, puesto que la actividad del gobierno está sujeta a normas creadas con anterioridad basadas en el orden constitucional; considerándose lo relativo a la responsabilidad oficial de los funcionarios públicos, a la división de poderes y otros temas más, como tutela jurídica en beneficio del gobernado.

Para Isidro Montiel y Duarte "Todo medio consignado en la Constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía, aun cuando no sea de las individuales." (13)

Jellinek clasifica las garantías del Derecho Público en tres: sociales, políticas y jurídicas. Las primeras son las que se refieren a la religión, costumbres, fuerzas culturales y en general los diversos elementos que se dan en la sociedad. Las segundas son las que comprende la organización misma del Estado y el principio de división de poderes; y, por último, las terceras se refieren a los sistemas de fiscalización de los órganos estatales, de responsabilidad oficial, de jurisdicción y de los medios para hacer efectivas las normas de derecho objetivo.

(13) MONTIEL y DUARTE, Isidro, *Estudio sobre Garantías Individuales*, 4a. edición facsimilar, Editorial Porrúa, S.A. México, 1983, p. 26.

Kelsen se refiere, al hablar de garantías, a las "garantías de la Constitución", las que identifica con los procedimientos para asegurar el imperio de la Ley fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, es decir, "...garantizar que una norma inferior se ajuste a la superior que determina su creación o su contenido." (14)

Para Héctor Fix Zamudio existen dos tipos de garantías: las fundamentales (individuales, sociales e institucionales) y las de la Constitución (para los métodos procesales, represivos y reparadores, que dan efectividad a los mandatos fundamentales, cuando son desconocidos, violados o existe incertidumbre respecto de su forma o contenido), considera que las garantías fundamentales son las establecidas en los primeros 28 artículos de la Constitución, los que pueden ser individuales, sociales e institucionales y, por cuanto a las garantías de la Constitución se puede hablar de los artículos 103, 107 y 111.

El citado autor sostiene que: "...sólo pueden estimarse como verdaderas garantías los medios jurídicos de hacer efectivos los mandatos constitucionales;..." (15)

(14) KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, Textos Universitarios, México, 1988, p. 316.

(15) FIX ZAMUDIO, Héctor, El juicio de amparo, 1a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1964, p. 58.

Sobre el particular señala Ignacio Burgoa: "...desde el punto de vista de nuestra Ley Fundamental vigente, las 'garantías individuales' implican, no todo el variado sistema jurídico para la seguridad y eficacia del estado de derecho, sino lo que se ha entendido por 'derechos del gobernado' frente al poder público. La relación entre ambos conceptos, 'garantía individual' y 'derecho del gobernado', se deduce de la gestación parlamentaria del artículo primero de la Constitución de 1857. Como ya lo hemos advertido, los constituyentes de 56-57, influidos por la corriente jusnaturalista, consideraron que los derechos del hombre son aquellos que éste recibe de Dios (o como dijera Mirabeau, 'los que la justicia natural acuerda a todos los hombres'), y que, dada su amplitud y variedad, no era posible enmarcar dentro de un catálogo. Por ello, dichos constituyentes se concretaron a instituir las 'garantías' que aseguraran el goce de esos derechos, de tal suerte que al consagrar las propias garantías, en el fondo se reconoció el derecho respectivamente protegido o asegurado por ellas, estableciéndose así la relación de que hemos hablado." (16)

"A nuestro entender, sin embargo, no puede identificarse la 'garantía individual' con el 'derecho del hombre' o el 'derecho del gobernado', como no se puede confundir el 'todo' con la 'parte',..." (17)

(16) BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1970, p. 155.

(17) BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Op. cit., p. 155.

II. 1. 3. COMO UN DERECHO DEL ACUSADO

Se ha señalado que las legislaciones procesales anteriores a la vigencia de la Constitución de 1917, establecían el régimen a seguir para la obtención de la libertad provisional y queda así al arbitrio de los jueces el concederla o negarla.

La Constitución de 1857 no se ocupó de reglamentarla, pues sólo estableció en su artículo 18 que: "Solo habrá lugar á prisión por delito que merezcan pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo de fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión ó detención por falta de pago de honorarios, ó de cualquiera otra ministración de dinero." (18)

Es decir, que lo fundamental era asegurar que la persona sospechosa de haber cometido un delito estuviera encarcelada durante el proceso, tratándose de ilícitos que ameritaran pena corporal o pecuniaria o alternativa; además que no existía antecedente alguno que hiciera pensar que la libertad provisional bajo caución era un derecho para el acusado cuando se trataba de delitos castigados con pena corporal.

(18) Constituciones de México, Edición Facsimilar, Secretaría de Gobernación, México, D.F., 1957, pp. 165-166.

Los Códigos de 1880 y 1894 sí reglamentaron la libertad provisional bajo caución; el primero de ellos estipulaba que era procedente en cualquier estado del proceso en que se hubieran desvanecido los fundamentos que sirvieron para decretar la detención o prisión preventiva, lo que ahora conocemos como libertad por desvanecimiento de datos.

Por cuanto a la libertad bajo caución, se otorgaba en los casos en que la pena correspondiente a cierto delito no excedía de cinco años, además de reunirse determinados requisitos entre los cuales se encontraba el que a juicio del juez no existiese temor que el acusado se sustrajese a la acción de la justicia.

También existían otras peticiones para el juez a fin de otorgar la libertad bajo caución, la cual era procedente hasta después de que el inculcado rindiera su declaración preparatoria.

En el Código de 1894 se amplió la concesión de libertad provisional hasta siete años.

Por todo lo anterior y con el objeto de garantizarle al ciudadano su libertad personal, el Constituyente de 1917 le dio rango de garantía constitucional al derecho de todo inculcado para obtener su libertad provisional, sin más requisitos que el otorgamiento de una caución, que en ese momento se fijó acorde a la situación económica que prevalecía, además se exigió que el delito imputado no mereciese una pena mayor de cinco años, debiéndose conceder tan luego fuese solicitada y sin el requisito de rendir la declaración preparatoria.

El texto original quedó de la siguiente forma:

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

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

Es importante señalar que en el texto de la fracción I del artículo 20 constitucional de 1917, para la procedencia de la libertad bajo de fianza se fijó por cuanto a la gravedad del delito, que este no tuviera una pena mayor de cinco años de prisión, es decir, sólo se atendió al término máximo de la pena establecida en la ley, en virtud de que el Código Penal de 1871, indicaba que el término medio era el señalado a cada delito concretamente, como se cita en los artículos respectivos de tal ordenamiento que a continuación se transcriben:

"Artículo 66.

Toda pena temporal tiene tres términos, á saber: mínimo, medio y máximo, á no ser que la ley fije el primero y el último. En este caso podrá el juez aplicar la pena que estime justa, dentro de esos dos términos."

"Artículo 67.

Término medio es el señalado en la ley á cada delito."

"Artículo 68.

El mínimum se forma rebajando del termino medio una tercia parte de su duración.

"Artículo 69.

El máximum se forma aumentando al término medio una tercia parte de su duración." (19)

Guillermo Colín Sánchez considera que: "La libertad bajo caución es el derecho otorgado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a todo sujeto objeto de un procesamiento, para que, previa satisfacción de ciertos requisitos especificados por la Ley, pueda obtener el goce de su libertad, siempre y cuando el término medio aritmético de la pena no exceda de cinco años de prisión."
(20)

(19) CODIGO PENAL, para el Distrito Federal y Territorio de la Baja-California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación, que en 7 de diciembre de 1871 expidió el Congreso de la Unión. Independencia y Libertad. México, Febrero 15 de 1872. Ramón I. Alcaraz. Edición oficial.

(20) COLIN SANCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1975, p. 422.

II. 1. 4. COMO UNA OBLIGACION DEL ORGANO JURISDICCIONAL

Como ya quedó apuntado, la libertad provisional en el Derecho mexicano es una garantía que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, en consecuencia, es obligación del juez concederla, ya que no es renunciabile.

En el texto original, la fracción I del artículo 20 constitucional dice: "Inmediatamente que (el acusado) lo solicite será puesto en libertad bajo de fianza..."; lo anterior representa la obligación del órgano jurisdiccional de concederla sin más requisitos que el establecido en dicho ordenamiento de otorgar la caución correspondiente y que el delito imputado no merezca una pena mayor de cinco años.

Cabe mencionar que los Códigos de 1880 y 1894 reglamentaban la libertad provisional imponiendo una serie de requisitos a que debía sujetarse el juez para poder concederla; entre otros, el que el inculcado rindiera primeramente su declaración preparatoria.

El trámite operaba en forma incidental, además que debía tomarse en cuenta la posibilidad de que él se sustrajese a la acción de la justicia y por tanto, considera dicha posibilidad y bajo su criterio conceder o negar la libertad provisional.

Como el propósito de mantener en libertad al indiciado, es sin duda alguna una de las garantías de más generoso contenido incorporadas a la Constitución por los hombres de 1917 de acuerdo a lo enunciado en la fracción que nos ocupa, la operancia de la garantía es, por así decir, instantánea, ya que el texto constitucional establece que será puesto en libertad "inmediatamente que lo solicite."

Sin embargo debe decirse que, según se ha visto, la garantía operaba únicamente ante el juez, y así lo establecía la propia Constitución, al determinar que será él quien fije la fianza, aun cuando no se hacía indicación alguna respecto a su responsabilidad en la aceptación de la garantía personal.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1931, en su artículo 556, disponía: "Todo acusado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, siempre que el máximo de la sanción corporal correspondiente al delito imputado no exceda de cinco años de prisión. En caso de acumulación deberá atender al máximo de la pena del delito más grave."

"El licenciado Víctor Velásquez sostuvo, en diversas defensas, que, antes de que se dictara la sentencia, no podía determinarse concretamente cuál era la pena que correspondía al procesado, dentro de los límites mínimos y máximos establecidos por el Código Penal, por lo que, en justicia, debería entenderse que la Constitución se refería al término medio aritmético. Fundó su razonamiento, entre otros, en los artículos 52 y 118 del Código Penal, señalando

el ordenamiento, en el último precepto citado, establece que para la prescripción de las acciones penales se tendrá como base el término medio aritmético de las sanciones imponibles. La Corte aceptó su argumento, declaró inconstitucional el numeral 556 del Código de Procedimientos Penales y afirmó que la libertad bajo fianza a la que se refiere la fracción I de la norma 20 constitucional debería concederse atendiendo al término medio aritmético de la pena.

La primera ponencia en este sentido fue obra del Ministro Salvador Urbina. Fue posteriormente confirmada por varias ejecutorias y constituyó finalmente la tesis 333 de jurisprudencia definida, publicada en el tomo LXIV del Semanario Judicial de la Federación." (21)

A partir de la jurisprudencia anterior, el texto constitucional era ya interpretado en ese sentido y posteriormente en 1948 se reformó el artículo 20 constitucional modificándose entre otras cosas lo relativo a la libertad provisional, la cual podía concederse si el delito mereciese ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no fuera mayor de cinco años de prisión. La aceptación de la garantía personal quedaba bajo la responsabilidad del juez. El texto del precepto invocado estaba redactado en los siguientes términos: "Inmediatamente que lo solicite (el acusado) será puesto en libertad bajo fianza que fijará el juez, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho de-

(21) ZAMORA PIERCE, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1984, p. 33.

lito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla bajo la responsabilidad del juez en su aceptación."

Finalmente y para estar acorde con la idea anterior, el numeral 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, fue reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de fecha 4 de enero de 1984, quedando de la siguiente manera:

"Artículo 556. Todo inculcado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, cuando el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado no exceda de cinco años de prisión."

La directriz constitucional impone al juez la obligación de tomar en cuenta "las circunstancias personales y la gravedad del delito que se impute al acusado", para cuantificar la garantía a otorgar y las leyes secundarias. Al desarrollar el mandato constitucional observamos que deberán tomarse en consideración los antecedentes del inculcado, la gravedad y circunstancias del delito o delitos imputados, el mayor o menor interés que pueda tener el acusado en substraerse a la acción de la justicia, sus condiciones económicas y la naturaleza de la garantía que se ofrece;

estas directrices son idénticas en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 560 que a la letra dice:

"Art. 560.- El monto de la caución se fijará por el juez, quien tomará en consideración:

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

Quando el delito represente un beneficio económico para su autor, o cause a la víctima un daño patrimonial, la garantía será necesariamente, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño y perjuicio causado y quedará sujeta a la reparación del daño y perjuicio que, en su caso, se resuelva."

Y el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 402 que dice:

"Art. 402.- El monto de la caución se fijará por el tribunal, quien tomará en consideración:

- I. Los antecedentes del inculpado;
- II. La gravedad y circunstancias del delito imputado;
- III. El mayor o menor interés que pueda tener el inculpado en substraerse a la acción de la justicia;

- IV. Las condiciones económicas del inculpado, y
- V. La naturaleza de la garantía que se ofrezca.

Quando el delito represente un beneficio económico para su autor, o cause a la víctima un daño patrimonial, la garantía será necesariamente, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño y perjuicio causado, y quedará sujeta a la reparación del daño que, en su caso, se resuelva."

De las cinco fracciones que comprende la disposición de las leyes secundarias y que fijan las directrices a seguir para determinar el monto de la garantía, puede considerarse como personales del acusado, las consignadas en las fracciones I, III, IV y relativas a la gravedad del delito la II, puesto que la V atiende a la naturaleza de la garantía ofrecida.

Quando se habla de antecedentes del inculpado, la ley se refiere no solamente a los (antecedentes) judiciales, como condenas anteriores dictadas en contra de quien solicita la libertad provisional, sino también otros que están comprendidos entre los llamados (antecedentes) policíacos y hasta los de orden social.

Por cuanto al contenido de la fracción III, que especifica como una de las circunstancias que debe tomar en cuenta el juez en la cuantificación de la garantía en cuanto al mayor o menor interés que puede tener el acusado en sustraerse a la acción de la justicia.

Podemos decir que los motivos del legislador fueron las situaciones de hecho que pueden darse, cuando un individuo ante la perspectiva de complicaciones que pueden surgir del proceso en el que está pidiendo la libertad provisional, probablemente decida ausentarse sustrayéndose a la acción de la justicia y perder el importe de la garantía, en vez de afrontar el resultado del proceso.

Un ejemplo de ello es el caso de los extranjeros no radicados en el país, en los cuales existe un alto riesgo de sustraerse a la acción de la justicia; en tal hipótesis el juez tendrá que asegurar la comparecencia del acusado fijando una garantía elevada o cuando menos con ella asegurar la reparación del daño.

Por lo que se refiere a la fracción IV, conforme a la cual debe atenderse también a "las condiciones económicas del acusado", se entiende que el juez analizará las posibilidades pecuniarias del solicitante para fijar la garantía y así concederle la libertad, cuantificando el importe de la caución o el del depósito procurando no volver nugatorio el beneficio; puesto que indudablemente, no es igual la situación de un individuo económicamente fuerte a la de uno débil y, el juez no debe fijar la misma fianza para ellos.

Sin embargo en la última parte de la fracción I del artículo 20 constitucional, se establece una igualdad, que resulta desventajosa para el débil; ya que se refiere a que cuando se trate de delitos en los que exista "un bene-

ficio económico o se cause a la víctima un daño patrimonial", la garantía será "cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño causado."

El juez está obligado a tomar en cuenta la gravedad del delito imputado, desde el punto de vista social, cultural y desde luego legal; es decir, la forma como está sancionado el delito y la pena que le corresponde, que necesariamente debe ser inferior a cinco años en su término medio.

Todo lo anterior significa, que el órgano jurisdiccional, está obligado a tomar en cuenta los elementos señalados en el precepto constitucional para otorgar la libertad bajo caución y señalar la fianza respectiva.

Fundamentalmente es importante señalar que el juez está obligado a conceder la libertad bajo caución, en virtud de ser una garantía constitucional o derecho del gobernado que surge del concepto de autolimitación del Estado soberano.

Como la soberanía ha sido otorgada por el mismo pueblo, éste es el que otorga las garantías individuales a los habitantes del Estado y en consecuencia, como ya se ha señalado, es un derecho público individual que no se puede renunciar.

II. 2. PRESUPUESTOS DEL DERECHO A LA LIBERTAD PROVISIONAL

II. 2. 1. LA PRISION PREVENTIVA

Para hablar de la libertad provisional y entender el sentido que los constituyentes le dieron, es necesario tratar a la prisión preventiva como una medida cautelar y como el fundamento de la garantía individual consagrada en la fracción I del artículo 20 constitucional.

En el Derecho Procesal Penal mexicano se han acogido diversas medidas cautelares, que fueron consideradas necesarias para asegurar u obtener el bien garantizado por la ley, en tanto que el proceso se tramita; considerándose entre otras a la prisión preventiva.

A este respecto Rafael Pérez Palma la define como: "...una medida precautoria, necesaria, no solamente para asegurar la persona del imputado, y para evitar que pueda substraerse a la acción de la justicia, sin cuya presencia la aplicación del derecho resultaría imposible." (22)

Así también, según García Ramírez, Vidal entiende que la prisión "preventiva sirva para impedir la fuga y poner al inculpado a disposición del juez, evitando que haga desaparecer las pruebas, advierta a sus cómplices, soborne o influencie a los testigos, haga estériles las pesquisas y oculte el producto del delito." (23)

(22) PEREZ PALMA, Rafael, Guía de Derecho Procesal Penal, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, D.F., 1975, p. 422.

(23) Citado por GARCIA RAMIREZ, Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1977, p. 409.

Miguel Fenech, por su parte, estima que: "La prisión preventiva es un acto cautelar por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtud de una resolución judicial, y que tiene por objeto el ingreso de ésta en un establecimiento público, destinado al efecto, con el fin de asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena." (24)

La prisión preventiva es una medida cautelar plasmada en el artículo 18 constitucional, el cual señala: "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados..."

Esta medida es necesaria, como ya se ha dicho, y en nuestro país es el fundamento del derecho punitivo, además de una necesidad de orden social. Sin embargo, ha creado diversas críticas, en virtud de las graves consecuencias que para algunos autores causa al acusado, siendo lo principal la pérdida de la libertad, que es uno de los valores más preciados del ser humano y consecuentemente, la afectación que le produce en cuanto a trabajo, familia, costumbres, comodidades e incluso distracciones.

Para algunos autores, la prisión preventiva es injusta, puesto que consideran que, en tanto una persona sujeta a proceso no haya sido sentenciada, no puede adelan-

(24) FENECH, Miguel, *El proceso penal*, Editorial Egesa, Madrid, España, 1978, pp. 146-147.

tarse al resultado final de ese proceso y menos considerársele responsable de un delito; ya que durante el mismo, todo se maneja con presunciones y por consiguiente, resulta injusto que se encuentre privada de su libertad.

Opina Concepción Arenal que: "...imponer a un hombre una pena grande como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable, y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia." (25)

En general, es tanto el daño que se causa a la persona privada de su libertad, que por ello se ha considerado que hasta donde sea posible debe evitarse tal situación, puesto que aun no estando detenido, pueden obtenerse las pruebas para el proceso.

La misma doctrina aconseja reducir al mínimo la privación de la libertad e indica que sólo en casos extremos se utilice y con la menor duración posible, a fin de evitar dañar hasta donde sea factible al procesado.

Lo señalado, es el fundamento de la libertad provisional, y al pensar en una medida provisional, para que el inculpado pueda disfrutar de su libertad sin perjuicio de que el proceso continúe y se encuentre en mejores condicio-

(25) Citado por GARCIA RAMIREZ, Sergio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1977, p. 409.

nes de defenderse, surge la garantía constitucional que hemos mencionado y que se encuentra consagrada en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

A través de diversas legislaciones extranjeras se ha observado que existen tres sistemas para determinar la procedencia de la prisión preventiva. Algunas siguen el sistema fijo, que consiste en establecer supuestos en que necesariamente se debe fundar; otras, adoptan un sistema indeterminado, en el cual dejan al juez la libertad de decidir si es procedente la prisión preventiva, dependiendo de lo necesario para el proceso y; unas más adoptan el sistema mixto.

En nuestra ley se ha tomado como base el sistema fijo, toda vez de que en ningún momento se deja al arbitrio del juez la decisión de la procedencia de la prisión preventiva. Esta es aplicable sólo cuando se trate de un delito castigado con pena privativa de libertad cuyo término medio aritmético exceda de cinco años de prisión, pues en el caso que el sea menor de cinco años, procederá la libertad provisional.

Sólo para el efecto de fijar el monto de la fianza, es cuando se deja decidir al juzgador, aunque con las limitaciones que establece el código adjetivo penal.

Se han creado varios sistemas con el fin de evitar la excesiva duración de la prisión preventiva, a saber:

a) El de caducidad, que consiste en la terminación automática del encarcelamiento por el transcurso de cierto tiempo;

b) El de revisión, que es el que se refiere a la inspección periódica que hace la autoridad sobre su fundamento; y

c) El ecléctico, que abarca los dos anteriores, es decir, toma en cuenta tanto la revisión periódica, como el paso del tiempo.

En nuestra legislación no se ha aceptado el sistema de terminación automática y, por expreso mandato constitucional el artículo 20 en su fracción X dispone que la prisión preventiva no se prolongará por deudas o responsabilidad civil, ni por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivó el proceso y que: "En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención."

Sergio García Ramírez, señala: "Si bien la causa jurídica y la finalidad de la prisión penal y del encarcelamiento preventivo son radicalmente distintos, lo cierto es que ambos se resuelven en privación de libertad, por lo que nada impide, sino por el contrario claras razones de justi-

cia aconsejan, imputar el período cumplido en preventiva, que a menudo es muy considerable, al tiempo que se haya fijado a la pena. Esta solución, empero, dista mucho de ser unánime. El artículo 136 del Cdf. de 1894 sólo previó el abono de la preventiva que excediese del tiempo aconsejado u ordenado (desde 1901) para concluir la instrucción. Pero este abono se volvía difícil o aún quedaba excluido a través de los artículos 192 a 194 del Cp. de, 1871, que lo dejaban al arbitrio del juez, sujetándolo, además, a la inculpabilidad del reo o sus defensores en la demora del juicio y a la buena conducta de aquél durante el proceso. En derecho extranjero también se ha conocido la prescripción del abono y ciertas modalidades en su aplicación. En este último orden de cosas, nuestro sistema es terminante: en toda pena de prisión que imponga una sentencia se computará el tiempo de la detención (artículo 20, fracción X, C.). Esta norma debe interpretarse en amplio sentido, comprensivo tanto de la detención, *stricto sensu*, como de la prisión preventiva." (26)

II. 2. 2. EL ELEMENTO OBJETIVO

Siguiendo el análisis y crítica al precepto constitucional que es motivo de este trabajo, es conveniente señalar que para que proceda la libertad provisional bajo caución, es necesario que se cumpla fundamentalmente con dos requisitos: el primero se refiere concretamente a la gravedad del delito, la cual se determina en razón de la duración

(26) GARCIA RAMIREZ, Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F., 1977, p. 413.

de la pena imponible cualquiera que sea la naturaleza del delito cometido, fundándose la libertad bajo fianza o caución en un simple cálculo aritmético que es el elemento objetivo necesario para el otorgamiento de la garantía.

Jesús Zamora Pierce, señala que: "Para determinar la procedencia de la libertad caucional, puede seguirse un sistema fijo, estableciendo supuestos en que necesariamente debe concederse, o bien un sistema indeterminado, dejando al juez en libertad para concederla o negarla según las circunstancias del caso." (27)

El mismo autor señala, que nuestro texto constitucional ha adoptado el sistema fijo, en virtud de que el juez no tiene libertad para conceder la libertad bajo caución tomando en consideración las características del delito o las circunstancias personales del acusado, pues tendrá que atender expresamente al texto constitucional correspondiente a la reforma de 1948 que dice:

"Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza, que fijará el juez, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla bajo la responsabilidad del juez en su aceptación."

(27) ZAMORA PIERCE, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1984, p. 35.

Esto es, que sólo con que el delito que se imputa al procesado tenga señalada una pena cuyo término medio aritmético sea menor de cinco años, el otorgamiento de la libertad caucional será procedente, pues se ha dado el elemento objetivo de que ya se habló.

El fundamento de la libertad provisional que es la gravedad del delito, tal como lo señala el texto constitucional, ha sido motivo de diversas críticas, pues dicha procedencia depende exclusivamente de un simple cálculo aritmético, y en ningún momento se toman en cuenta otras muchas circunstancias que realmente serían necesarias para resolver con justicia respecto al encarcelamiento de un acusado, el cual puede ser un sujeto que no merezca dejársele en libertad en forma tan ligera, ya que tal decisión podría ser en perjuicio de la sociedad y directamente del sujeto pasivo del delito, al que por otra parte tal parece que el citado precepto constitucional no ha tomado muy en cuenta en cuanto al daño que se le ha causado.

Sobre el mismo tema señala Rafael Pérez de Palma: "...la libertad provisional bajo de fianza o de caución es una institución conveniente y necesaria, pero para otorgarla, no se debería pensar única y exclusivamente en el acusado, sino también en la víctima del delito, y en la sociedad ofendida." (28)

(28) PEREZ PALMA, Rafael, *Guía de Derecho Procesal Penal*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, D.F., 1975, p. 425.

En la crítica que hace a la libertad bajo caución, Julio Acero señala: "También la libertad bajo caución tiene innegables ventajas en cuanto que aún tratándose de asuntos más graves, permite a muchas personas tal vez inocentes, pero de pronto aparentemente complicadas en alguna transgresión; evitar los enormes trastornos de una prisión inmerecida, mientras demuestran su inculpabilidad. Pero el precepto constitucional para el otorgamiento de este beneficio no lo restringió a las miras referidas ni dio la menor atención a los caracteres individuales del procesado; sino que lo extendió de manera ligerísima, en calidad de concesión inmediata y como tal irreflexiva, para toda clase de detenidos, sin sujeción a más trámites ni condiciones que las de hallarse dentro de la penalidad máxima indicada y proporcionar el depósito o fianza convenientes." (29)

Sigue expresando Julio Acero que: "Ese liviano criterio burgués de mera base pecuniaria, esa indiferencia vanamente disimulada hacia los méritos y antecedentes de la persona y otras deficiencias e imprevisiones secundarias; son sin duda la tacha moral y doctrinal que ha contribuido en parte a justificar el axioma del vulgo de que la cárcel es para los desheredados. Revélase aquí sin duda tan claramente como en otros preceptos ya comentados, la fatalidad forzada de la superestructura legal que más que intencionada inadvertidamente, descubre su carácter de privilegio y dominio de clases. Con dinero suficiente para otorgar una caución, limitada por los demás (eso también) a un máximo

(29) ACERO, Julio, *Procedimiento Penal*, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue., México, 1976, p. 393.

exiguo...; el acaudalado goza del privilegio de exención de toda molestia corporal en estos procesos, cuyo resultado puede aguardar cómodamente en su casa, y hasta adquiere una garantía de impunidad para escapar al fin, si ese resultado se le anuncia desfavorable, porque es otro error la suposición de que el interés de la suma prometida, baste a retenerle en la mayoría de los casos." (30)

El mismo autor agrega que: "A cualquier hombre de medianos recursos y más a un verdadero potentado, le significa poco arriesgar o aún perder unos cuantos cientos o miles de pesos, con tal de eludir varios años de prisión. No importa por lo demás que tal personaje, haya sido sorprendido in fraganti; no importa que tenga en su contra todas las pruebas del proceso; no importa que sea un malvado peligroso y notorio reincidente o habitual; ni siquiera que exista ya sentencia definitiva de primera instancia que lo declare convicto y peligroso como tal; puesto que todavía en apelación puede gozar o solicitar el beneficio comprable." (31)

A pesar de todas las críticas al texto constitucional, sus defensores señalan que el hecho de que un sujeto pueda salir o no libre bajo caución, no es imputable a la Constitución misma, sino a los jueces, pues éstos tienen obligación de tomar en cuenta todas las circunstancias personales del acusado, y por tanto, es su responsabilidad la decisión del monto de la fianza.

(30) ACERO, Julio, Procedimiento Penal, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue., México, 1976, p. 394.

(31) ACERO, Julio, Op. cit., p. 394.

Esta defensa es infundada, toda vez que la procedencia o improcedencia de la libertad bajo caución no depende de la decisión del juez al tomar en cuenta las circunstancias personales del acusado, pues sólo se requiere que se realice el cálculo aritmético de que se ha hablado.

Otra defensa que hacen, es en el sentido de que, en tanto no haya una sentencia ejecutoriada, no podrá saberse si es condenatoria o no, por lo que, mientras el proceso se tramita, el acusado puede estar gozando de la libertad provisional.

A este respecto Rafael Pérez Palma menciona que: "...la experiencia enseña que existen procesos en los que desde el primer momento se sabe que la sentencia ha de ser condenatoria, aunque requieran de instrucción y de pruebas para fijar el monto de la condena o para la individualización de la pena, y otros en los que la duda existirá desde el primer momento." (32)

II. 2. 3. EL ELEMENTO SUBJETIVO.

El segundo requisito necesario para el otorgamiento de la libertad provisional, lo constituye el elemento subjetivo, que corresponde a las circunstancias personales del acusado, que el juez habrá de tener en cuenta aunque

(32) PEREZ PALMA, Rafael, Guía de Derecho Procesal Penal, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, D.F., 1975, pp. 427-428.

sólo para fijar el monto de la caución; en consecuencia, dicho elemento no será necesario para conceder o no la libertad provisional, sino únicamente para fijar el monto de la garantía.

En ningún momento se consideró que las circunstancias del acusado deberían tomarse en cuenta para determinar la procedencia o improcedencia de la libertad provisional, puesto que aun cuando se trate de un reincidente o convicto que haya sido apresado *in fraganti* o esté confeso del delito cometido, o bien esté sujeto a varios procesos, el acusado podrá gozar de la garantía individual, la cual no tiene limitaciones ni restricciones.

Estas circunstancias personales, sólo podrá tomarlas en cuenta el juez para el efecto de fijar el monto de la fianza respectiva, la cual deberá estar dentro de los límites establecidos; considerándose así que quien esté en condiciones económicas favorables de pagar la fianza, podrá obtener su libertad, en tanto que las personas de escasos recursos corren el riesgo de no poder cubrir dicha fianza, aun cuando se trate de personas sin antecedentes.

Al respecto Jesús Zamora Pierce, considera que: "En cambio, la garantía monetaria, económica, que exige la Constitución, imposibilita la libertad a personas de escasos recursos, con lo cual el derecho se convierte en un privilegio elitista..." (33)

(33) ZAMORA PIERCE, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1984, p. 35.

La doctrina ha criticado severamente la situación anteriormente planteada y, por cuanto a la garantía económica, el segundo párrafo de la fracción I del artículo 20 constitucional, con mayor razón ha sido reprobado, en cuanto a que en él se habla de los delitos patrimoniales y no patrimoniales, indicando que en los primeros es necesario que para que se conceda la libertad provisional se otorgue una garantía que "...será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado."

Esto representa que, en algunos casos, como lo es el de los delitos de tránsito de vehículos, el monto de la garantía resulta ser menor a pesar de que pueda existir homicidio; que tratándose de daño en propiedad ajena imprudencial, que no sea por tránsito de vehículo y que exceda el valor de lo dañado al equivalente de cien veces el salario mínimo, el monto de la garantía puede ser mayor por el valor de dichos daños ocasionados, lo cual resulta ilógico a la luz de la sociedad que ante tales disposiciones se siente defraudada.

Al respecto es de considerarse que no se castiga como corresponde a quien tiene medios económicos suficientes y sí, en cambio, a quien carece de ellos se le dificulta obtener su libertad, aun tratándose de una persona que no sea delincuente en forma alguna y que, por otra parte, todavía está por determinarse si realmente es o no responsable del delito que se le imputa, pues tal cuestión será resuelta hasta que se dicte una sentencia.

Cierto es que el juez debe tomar en cuenta las circunstancias personales del acusado, a fin de fijar el monto de la fianza, elemento subjetivo regulado en el artículo 560 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que dice:

"ARTICULO 560. El monto de la caución se fijará por el juez, quien tomará en consideración:

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

Aunque en la práctica se ha observado que realmente esos elementos no los tiene el juez en el momento de otorgar la libertad caucional; ya que, como lo indica el precepto constitucional, dicha concesión debe ser "inmediata" y, por tanto, no se cuenta con el tiempo suficiente para obtener dichos elementos, siendo así que la única base que se tiene para fijar el monto de la fianza, es la gravedad del delito.

En ese orden de ideas y analizando la reforma a la fracción I del artículo 20 constitucional en el decreto de 17 de diciembre de 1984, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985 y que entró en vigor el 14 de julio de ese mismo año, notamos que, en primer lugar,

se refiere a la obligación para el juez de tomar en cuenta las modalidades del delito en el momento de conceder la libertad bajo caución, medida totalmente improcedente y contraria a la humanitaria jurisprudencia firme elaborada por la Suprema Corte de Justicia, que señala que para conceder la libertad bajo caución no deben tomarse en cuenta las circunstancias calificativas o atenuantes del delito, sino sólo el delito simple.

Como se mencionó en líneas anteriores, los defensores del texto constitucional de 1948, entre otros argumentos sostienen que en tanto no haya sentencia ejecutoriada, no es posible saber si ésta será condenatoria o absolutoria; por tanto, mientras el proceso se tramita, el acusado puede estar gozando del beneficio de la libertad provisional.

Este argumento siempre se ha criticado y objetado, porque en la práctica se ha visto que en muchos casos es clara la responsabilidad del inculpado y aún así, se le concede la libertad caucional.

Y contrariando el anterior criterio, ahora resulta que con la nueva reforma, sin que exista una sentencia condenatoria, se deben tomar en cuenta las modalidades del delito para otorgar la libertad provisional, lo que viene a causar mayor daño para el acusado a quien no sólo no se le ha probado ser responsable de un delito simple, menos aún de un delito calificado, ya que como se ha dicho, es hasta la sentencia donde puede quedar debidamente probada tal hipótesis.

De hecho se puede decir que con la nueva reforma, al tomar en cuenta las modalidades del delito, se está considerando un elemento subjetivo para la procedencia de la libertad provisional, y esto representa el que dicho beneficio pierde su calidad de garantía individual, puesto que en forma injusta, se adicionó al precepto una circunstancia inadecuada que sólo puede probarse en el curso de un proceso y definitivamente en la sentencia que se dicte en el mismo.

II. 3. DIFERENCIACION TERMINOLOGICA

II. 3. 1. ALCANCE DEL TERMINO "INMEDIATAMENTE"

En cuanto al significado del término inmediatamente, el Diccionario de la Lengua Española expresa: "Inmediatamente. adv. m. Sin interposición de cosa alguna. /2 Adv. t. Luego, al punto, al instante." (34) El texto constitucional en examen es muy claro respecto a que el otorgamiento de la libertad caucional solicitada por el consignado se debe otorgar en seguida; es decir, que no está sujeta a ningún otro acto procesal, y es el juez quien puede concederla, desde el momento de dictarse el auto de radicación, de inicio o cabeza de proceso.

(34) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Editorial Espasa-Calpe, S.A, Madrid, 1970, p. 747.

En virtud de ser inmediata la concesión de la libertad provisional, no admite la formación de incidentes, puesto que debe ser otorgada en la misma pieza de autos, tal como lo señala el artículo 558 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que dice:

"ARTICULO 558. Cuando proceda la libertad caucional, reunidos los requisitos legales, el juez la decretará inmediatamente en la misma pieza de autos."

Sin embargo, el sistema de nuestros códigos procesales es contrario al texto constitucional, por cuanto a que la libertad caucional procede hasta el momento en que el inculcado ha rendido su declaración preparatoria, tal como lo establece el artículo 290 fracción II del ordenamiento procesal del Distrito Federal.

La declaración preparatoria puede ser tomada hasta 48 horas después de que el procesado quede a disposición del juez, durante ese lapso se ve impedido de obtener el beneficio de la garantía constitucional; y en la práctica se ha observado que se atiende más al ordenamiento procesal que al contenido del artículo 20 fracción I de nuestra carta magna.

Por cuanto al momento en que proceda la libertad caucional en el procedimiento de todos los Estados de la República Mexicana, también es inmediato, según lo señalan los ordenamientos procesales respectivos, al igual que el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, aun cuando en algunos puede variar la redacción del artículo, el contenido fundamental es el mismo, el cual desde luego se encuentra apegado al texto de la fracción I del artículo 20 constitucional.

En cualquier momento del proceso puede solicitarse la libertad provisional y el hecho de que haya sido negada, no impide que a nueva petición recaiga su acuerdo favorable, si es que al momento procesal de hacerla se dan los supuestos de derecho a que se refiere la Constitución.

Puede acontecer el caso del sentenciado a pena privativa de libertad inferior a cinco años, quien al ser notificado de la sentencia, la solicita y está obligado el juez a concederla de acuerdo con las directrices legales.

En la práctica se acostumbra que dicha notificación de la sentencia, si ella es inferior a cinco años de prisión, manifieste el defensor que reservándose para impugnar el fallo, solicita de inmediato la libertad provisional y ello se hace antes de interponer el recurso de apelación, porque admitido dicho recurso, carece el juez instructor de jurisdicción y, no podrá en consecuencia conceder la libertad provisional, opinión un tanto rigorista, pero que tiene su explicación técnica, considerando que desde el momento que se tramite la apelación cesa el juez de tener facultades decisorias.

Por otra parte, es necesario aclarar que, si entendemos por incidente "...a toda cuestión que surge en el curso del procedimiento y que tiene relación con otra que se considera principal." (35) habremos de sostener que en realidad la concesión de la libertad provisional no es un incidente, aun cuando en los códigos adjetivos se coloca en el capítulo correspondiente.

(35) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1983, p. 281.

De esta idea resulta que podrá hablarse de incidente de libertad por desvanecimiento de datos, de acumulación o cualquier otro, pero no de incidente de libertad provisional, considerando la expresión en su sentido propio, ya que teniendo la libertad provisional rango de garantía constitucional, y no siendo una cuestión accesoria que tenga relación con el problema a decidir dentro del proceso de culpabilidad o inculpabilidad del acusado, no tiene por qué clasificarse como incidente.

Sin embargo, los códigos procesales, según quedó dicho, contienen un capítulo relativo a la libertad provisional dentro del título de los incidentes; la libertad provisional no está relacionada en el sentido técnico con el objeto primario del proceso y puede considerársele una cuestión incidental tan sólo en el sentido llano, pero no en sentido propio.

En virtud de las anteriores consideraciones diremos que se conoce con el nombre de incidente de libertad provisional bajo caución, las formas rituales de solicitud, decisión y, en su caso, otorgamiento de la fianza para que goce el acusado de libertad provisional.

La solicitud puede ser hecha por escrito o en forma verbal, aunque si se formula oralmente, debe constar por escrito en el expediente. Lo usual es que se presente la solicitud en forma escrita, aunque en ocasiones se hace por comparecencia, es decir, oralmente, pero según se dejó asentado, debe constar en el expediente.

El auto que concede la libertad provisional no prejuzga sobre la responsabilidad del acusado, ni tampoco sobre la magnitud de la pena a imponer, puesto que, no obstante que se concede la libertad, podrá el juez en el momento de dictar el fallo, fijar como aplicable una sanción superior a los cinco años de prisión.

De esta manera, no establece a favor del acusado derecho alguno a que se le sancione con pena inferior a cinco años, sino que en el momento de concederse la libertad, el juez tomando en cuenta cada una de las condiciones a que se refieren las disposiciones relativas, obtiene el término medio aritmético de la sanción que probablemente se imponga, sin que ello signifique que exista imposibilidad legal en el momento procesal para sentenciar, con una sanción superior a la que se estimó que correspondería en término medio.

Es conveniente mencionar que con motivo de una reforma de 1971 al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 271, se creó un nuevo modo de libertad provisional caucional, también denominada libertad previa administrativa, la cual compete al Ministerio Público.

Esta libertad se otorga durante la fase de averiguación previa, respecto a los delitos ocasionados por tránsito de vehículos perseguibles por querrela necesaria, como lo señala el artículo 62 del Código Penal vigente, siempre que el infractor otorgue garantía y además no hubiere abandonado al o a los lesionados que resulten.

Una de las razones consideradas en esta reforma, es en el sentido de que los inculpados en estos casos, obtendrían la libertad provisional ante el juez por tratarse de delitos de imprudencia cuya pena media es inferior a cinco años, salvo en los casos en que, como ya se mencionó, se abandone al o a los lesionados.

Por cuanto a la forma de garantía a otorgar, no se encuentra debidamente especificada en el ordenamiento legal, aunque en la práctica se ha observado la preferencia por el depósito de dinero en efectivo.

Sergio García Ramírez comenta: "Es claro que esta libertad, a la que pudiéramos llamar provisional administrativa o previa, atendiendo para semejante denominación tanto a su naturaleza como a la autoridad que la concede, es distinta e independiente de la que previene la fracción I del artículo 20 C. De aquí no se sigue, ciertamente, su inconstitucionalidad, como se ha creído observar en las normas precursoras que al respecto contiene el Derecho del Estado de México. Y no la hay, porque si bien es cierto que el artículo 20 habla sólo del otorgamiento de libertad por el juez, también lo es que dicho texto consagra una garantía mínima, incompressible, mas no un tope máximo a los derechos del inculpado. De ahí, entonces, que la ley secundaria proceda acertadamente al ampliar las prevenciones favorables a este sujeto." (36)

(36) GARCIA RAMIREZ, Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1983, p. 430.

En este tipo de libertad también encontramos como finalidad la sujeción al procedimiento por parte del inculpado, quien tendrá la obligación de presentarse ante el Ministerio Público cuantas veces sea citado, o ante el juez en el caso correspondiente.

Desde luego, su desobediencia produce la presentación forzosa del inculpado, la aprehensión en la fase judicial y realización de la garantía; y en el caso en que, en la averiguación previa se resuelva el no ejercicio de la acción penal o bien, cuando el presunto responsable se haya presentado ante el juez de la causa, la garantía se devolverá o cancelará según corresponda.

En el caso de la garantía otorgada en la libertad previa, existen dos finalidades específicas que son: el no sustraerse a la acción de la justicia y garantizar el pago de la reparación del daño.

En reforma posterior al artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales, se extendió el beneficio de la libertad previa concedida por el Ministerio Público.

Para algunos autores, como Guillermo Colín Sánchez, esta reforma que otorga facultades al Ministerio Público para conceder la libertad caucional es indebida e impropcedente, considerando que, de acuerdo con el texto constitucional, sólo el juez es quien tiene esa facultad y el

hecho de haberse concedido además al Ministerio Público, representa un peligro, puesto que se presta a mayores abusos, ya que en nuestro medio los representantes Sociales gozan de facultades amplísimas que han dado margen a inmoralidades como sucede en el Estado de México, a partir del momento en que se introdujo esta innovación.

En virtud de que la libertad provisional sólo opera en cuanto a delitos de imprudencia ocasionados con motivo de tránsito de vehículos, Guillermo Colín Sánchez, estima que: "Semejantes innovaciones rompen el sistema que, hasta antes de entrar en vigor, era más coherente, lógico y adecuado, aún con las deficiencias que en otros órdenes acusa y sigue conteniendo. Menos mal que tal atribución se limitó para los delitos a que se hace alusión en el precepto transcrito y no se llegó al extremo inaudito, supino, e inenarrable de hacerlo extensivo para todas las figuras delictivas."
(37)

II. 3. 2. LA LIBERTAD BAJO FIANZA

Por cuanto a la garantía que se debe otorgar para obtener la libertad provisional a que se refiere el artículo constitucional tanta veces aludido, ésta tiene dos acepciones en cuanto a su terminología, a saber: libertad provisional "bajo caución" y "bajo fianza".

(37) COLIN SANCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 3a. ed. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1974, p. 545.

Referente al término "fianza", el Diccionario Jurídico Mexicano dice: "Fianza. I. del bajo latín, *fidare*, de *fidere*, fe, seguridad. Obligación que tiene una persona de pagar al acreedor si el deudor no cumple. También es el contrato por medio del cual el fiador se obliga como tal." (38)

En el Diccionario Ilustrado Sopena de la Lengua Española, se lee: "Fianza. f. Obligación que uno hace de cumplir por otro si éste falta a sus compromisos. Prenda que da el contratante para asegurar el buen cumplimiento de su obligación. Fiador, persona que fía." (39)

A este respecto Guillermo Colín Sánchez, señala: "A las palabras 'caución' y 'fianza', comúnmente se les atribuye el mismo significado. No obstante, caución denota garantía, y fianza una forma de aquélla; por ende, caución es el género y fianza una especie. En los tribunales, al emplear la palabra 'caución' se quiere significar que la garantía debe ser 'dinero en efectivo', y 'fianza' la póliza expedida por una institución de crédito capacitada legalmente para eso." (40)

(38) Diccionario Jurídico Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo IV, E-H, México, D.F., 1983, p. 203.

(39) Nuevo Diccionario Ilustrado Sopena de la Lengua Española, Editorial Ramón Sopena, S.A. Barcelona, España, 1970, p. 492.

(40) COLIN SANCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 3a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F., 1974, p. 539.

Antes de la reforma que es motivo de este estudio, el texto constitucional utilizaba el término "fianza", mismo que a partir de tal cambio fue modificado por el de "caución", terminología aceptada por las razones y definiciones ya señaladas.

Ambos términos se han identificado siempre con el concepto dinero, que es la garantía que se otorga para obtener la libertad provisional y, por tanto, ese valor sustituye a la prisión preventiva, cambiándose por la libertad provisional que se obtiene y que se considera otro bien muypreciado.

Esta cuestión ha provocado diversas críticas, en cuanto que se considera que es un producto del pensamiento burgués y que, evidentemente los que tienen recursos económicos siempre tendrán las posibilidades de obtener el beneficio de la libertad; en tanto que quienes carecen de ellos, aun estando dentro de los lineamientos del precepto constitucional, no pueden gozar de tal beneficio.

Respecto a este beneficio (situación que resulta injusta, pero necesaria para garantizar que el inculpado no se sustraiga al procedimiento penal) Pérez Palma opina que: "...en tanto el hombre no sea capaz de encontrar un algo que substituya al dinero o una forma de vida en la que el dinero carezca de valor." (41)

(41) PEREZ PALMA, Rafael, Guía de Derecho Procesal Penal, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, D.F., 1975, p. 429.

II. 3. 2. LA LIBERTAD BAJO CAUCION

En la reforma al precepto constitucional que nos ocupa, se modificó el término "fianza" por el de "caución".

El concepto del vocablo "caución" es el siguiente: "Como la palabra lo sugiere, una caución es un resguardo, una seguridad. Proviene de *cautio*, forma sustantiva abstracta de *cautum*, supino de *cavere*, *precaverse*, *guardarse*." (42)

Respecto a la definición de caución procesal se expresa: "Dícese de la seguridad o cautela que se otorga en resguardo y garantía del cumplimiento de una obligación derivada del proceso." (43)

Otra de las definiciones que hay en la Enciclopedia Jurídica Omeba es la siguiente: "Este concepto se asocia, por un lado, a los contratos de garantía del Derecho civil; por otro, a las providencias cautelares del Derecho procesal." (44)

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

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

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

Tomando la definición del nuevo Diccionario Ilustrado de la Lengua Española, leemos; "Caución. f. Prevenición, precaución o cautela. For, seguridad personal que se da de cumplir lo pactado, prometido o mandado." (45)

Sobre el particular, Pérez Palma dice: "Terminología. En el texto del precepto se emplean los términos 'fianza' y 'caución'. Gramaticalmente la caución es la garantía que alguien otorga para dejar a otro exento de alguna obligación legal, la seguridad que se da para que se cumpla con lo pactado, con lo prevenido o con lo mandado. Y la fianza, sea que se otorgue en efectivo o por tercera persona, es simplemente una de tantas maneras de otorgar una caución. De aquí que con razón se haya dicho que, en tanto la caución es el género, la fianza es la especie. En nuestros tribunales es costumbre ya establecida la de llamar caución a los depósitos hechos en dinero en efectivo para garantizar una libertad bajo de fianza; en cambio, por fianza se entiende aquella que otorgan las compañías afianzadoras u otras personas con el mismo propósito." (46)

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

(45) **Nuevo Diccionario Ilustrado Sopena de la Lengua Española.** Editorial Ramón Sopena, S.A. Barcelona, España, 1970, p. 244.

(46) PEREZ PALMA, Rafael, **Guía de Derecho Procesal Penal,** Cárdenas Editor y Distribuidor, México, D.F., 1975, p. 425.

a) Depósito en efectivo hecho por el reo o por tercera persona en el Banco de México o institución de crédito autorizada para ello;

b) En hipoteca otorgada por el reo o por terceras personas, sobre inmuebles que no tengan gravamen alguno y cuyo valor catastral sea, cuando menos, de tres veces el monto de la suma fijada; y

c) En fianza personal bastante, que podrá constituirse en el expediente y que se registrará por lo dispuesto en los preceptos 2851 a 2855 del Código Civil.

Es derecho del acusado elegir la naturaleza de la caución y podrá optar por la que más le convenga; al hacer la solicitud de la libertad provisional, deberá mencionar la forma por la que ha optado, para que el juez esté en posibilidad de fijar la cuantía y, en caso que él o su defensor omitan tal requisito, el juez se verá precisado a fijar la cuantía correspondiente para cada una de las tres formas de garantía.

Por otra parte, el juzgador también debe tomar en cuenta para fijar el monto, lo establecido en el artículo 560 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que se refiere a los antecedentes del inculcado, la gravedad y circunstancias del delito o de los hechos imputados, el mayor o menor interés que pueda tener el acusado en substraerse a la acción de la justicia, las condiciones económicas del acusado y la naturaleza de la garantía que se ofrece.

Independientemente de lo anterior, el precepto constitucional establece un límite para el juez, cantidad que se fija en el contenido del texto y que ha variado conforme a las necesidades sociales de cada etapa; señalándose además que en los delitos patrimoniales, la garantía será cuando menos tres veces mayor que el beneficio obtenido o el daño causado.

Por cuanto a la reparación del daño, se ha dicho que la garantía será aplicada, cuando el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia, tanto a la multa, como al primer concepto señalado; sin embargo, hasta el momento esto no ha sido posible lograrlo por ningún medio.

En la práctica forense, la caución se considera como libertad provisional; y como forma de garantizarla, y es el depósito hecho en efectivo. Y la fianza es la que otorgan las compañías afianzadoras.

El criterio más acertado es el seguido por el Código de Procedimientos Penales del Fuero Común, que considera a la libertad provisional bajo caución; y, como forma de garantizarla, señala en su artículo 562, el depósito, la hipoteca y la fianza.

II. 4. REVOCACION

Es evidente que el incumplimiento por parte del inculcado de las obligaciones que se le señalan al concedérsele la libertad bajo caución (artículo 567 del Código de

Procedimientos Penales para el Distrito Federal), o bien, el del tercero que garantice dicha libertad provisional, origina la revocación del beneficio constitucional otorgado.

A este respecto Sergio García Ramírez dice que: "En razón de los fines, justificación y supuestos de la libertad caucional, de las obligaciones y derechos que aparece y de los intereses sociales e individuales, que concilia, lógico es que no deba subsistir cuando, por una u otra razón, pasan a ser inalcanzables sus propósitos, deja de estar justificada, cesan sus supuestos, se vulneran sus condiciones, se rompe el equilibrio de intereses que la libertad limitada procura o no subsiste ya el individual del inculpa-do." (47)

Es así como la ley señala concretamente las causas por las que se puede dar esta revocación, en los artículos del 568 al 573 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del 412 al 416 del ordenamiento federal de la misma materia.

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

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

(47) GARCIA RAMIREZ, Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F., 1977, pp. 421-422.

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

III. Cuando amenazare a la parte ofendida o a algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su causa, o tratare de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, al juez, al Agente del Ministerio Público o al Secretario del Juzgado o Tribunal que conozca su causa;

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

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

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

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

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

Las mismas causas señala el Código Federal en su artículo 412, con excepción de la última que no previó el legislador.

Rivera Silva considera que la redacción del Código Federal, por cuanto a la fracción V del artículo anteriormente indicado, es más atinada en lo que se refiere a delito o delitos "cuyo término máximo sea superior a 5 años de prisión", pues el ordenamiento federal expresa: "cuando aparece con posterioridad que le corresponde al inculcado una pena que no permita otorgar la libertad". (48)

Esto es, que en el primer caso no se ha considerado que aún no se ha dictado sentencia, ni tampoco lo ordenado por la Constitución en lo referente al término medio aritmético.

Dispone el artículo 569 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: "Cuando un tercero haya garantizado la libertad del acusado por medio de depósito en efectivo, de fianza personal o de hipoteca, aquélla se revocará:

I. En los casos que mencionan en el artículo anterior;

II. Cuando aquél pida que se le releve de la obligación y presente al reo;

III. Cuando con posterioridad se demuestre la insolvencia del fiador, y

(48) RIVERA SILVA, Manuel, **El procedimiento penal**, 6a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1973, p. 353.

IV. En los casos del Art. 573 de este Código."

En los mismos términos se encuentra previsto en el artículo 413 del Código federal.

Cuando un tercero ha constituido la garantía, las solicitudes de presentación para el inculcado deben darse al fiador, a quien se le da un plazo que señalan los ordenamientos, federal y del fuero común, y una vez concluido, se ordenará la reaprehensión y la efectividad de la garantía, según lo establecen los artículos 573 del Código del Distrito y 416 del Código federal.

Los preceptos 570 y 571 del Código para el Distrito y 413 y 414 del Código federal, señalan en qué casos será ordenada la reaprehensión del reo, y el numeral 572 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal especifica en qué casos el juez ordenará la devolución del depósito o la cancelación de la garantía, así también lo señala la disposición 415 del ordenamiento federal.

Por último, el artículo 574 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala que: "En los casos de revocación de la libertad caucional, se deberá oír previamente al Ministerio Público."

CAPITULO III

LA REFORMA DE 1985 AL ARTICULO 20 FRACCION I CONSTITUCIONAL Y SU CRITICA

SUMARIO: III. 1. Exposición de motivos. III. 2. La política criminal y la reforma al precepto constitucional. III. 3. Opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

III. 1. EXPOSICION DE MOTIVOS.

Hecho el análisis de los elementos que constituyen la fracción I del artículo 20 de la Constitución de 1917, entraremos al estudio de la reforma a dicha garantía, misma que tuvo origen en la iniciativa de ley presentada en fecha 3 de septiembre de 1984 por el Ejecutivo Federal, licenciado Miguel de la Madrid Hurtado, ante los CC. Secretarios de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión (cámara de origen), la que a la letra dice:

"I N I C I A T I V A

DE DECRETO QUE REFORMA LA FRACCION I DEL ARTICULO
20 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS
UNIDOS MEXICANOS.

ARTICULO UNICO. Se reforma la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

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

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

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Esta cantidad podrá ser incrementada al doble, previa solicitud motivada por parte del Ministerio Público, cuando resulte pertinente hacerlo en virtud de la especial gravedad del delito, tomando en cuenta las características de éste y las personales del inculcado y de la víctima. La autoridad que acuerde el incremento razonará su determinación.

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

TRANSITORIO

ARTICULO UNICO. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el "Diario Oficial" de la Federación.

Reitero a ustedes las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

SUFRAGIO EFECTIVO. NO REELECCION
Palacio Nacional, a 3 de septiembre de 1984.

EL PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE
LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

MIGUEL DE LA MADRID H. "

En la exposición de motivos dada por el Ejecutivo en su iniciativa, señala la importancia que tiene la reforma en cuanto a que, el precepto constitucional regula uno de los derechos públicos subjetivos más importantes para el individuo, como es la libertad, en su modalidad de provisional bajo caución ante el órgano jurisdiccional, tratanto de lograr una equidad entre los intereses de la sociedad, los derechos del procesado, los del ofendido y el correcto procedimiento.

Por otra parte señala que es conveniente cambiar el término "fianza" por el de "caución", dado que ésta es el género y aquella es la especie; es decir, una forma de la caución.

Por cuanto a la inclusión de las modalidades del delito para el otorgamiento de la libertad provisional, dice el Ejecutivo, que para el correcto otorgamiento de tal beneficio se tomará en cuenta el delito efectivamente cometido y

no sólo el llamado tipo básico o fundamental; es decir, al incluirse las modalidades del delito en el caso respectivo, realmente se tipificará de acuerdo a la conducta ilícita atribuida al sujeto y no una hipótesis penal abstracta.

Además señala, que con respecto al límite máximo de la fianza o caución que es de \$250,000 pesos y que ha permanecido inalterado durante treinta y cinco años, éste ya no corresponde a la realidad social y por lo tanto en muchos casos causa inconformidad a la sociedad debido a las bajas garantías económicas, pero a pesar de esa situación, el juzgador no puede aumentar el monto de la garantía ya que debe sujetarse a lo señalado por el precepto constitucional.

Por otra parte, dado que, han desaparecido en el Derecho Federal Mexicano los señalamientos en cantidades concretas en pesos, para ser substituidas por múltiplos del salario mínimo, por tal razón propone que el límite máximo de la caución sea el correspondiente a la percepción del salario mínimo durante dos años, tratándose desde luego del vigente en el lugar donde se cometió el delito; situación que permite el ajuste automático al monto de la garantía, sin necesidad de constantes reformas.

También indica que existen casos en que la caución pudiera resultar insuficiente, debido a la gravedad del delito, de sus características, de las condiciones personales del inculpado y de la víctima, proponiendo que en tales circunstancias puede ser duplicada la cantidad señalada, siempre que así lo solicite motivadamente el Ministerio Público, como representante de la sociedad, en sus resoluciones, expresando las razones de tal incremento.

Lo que por otra parte, no representa perjuicio alguno para el consignado, puesto que lo que se ha modificado es el máximo de la caución y no el mínimo, y en tal virtud el juzgador es quien, en los casos concretos debe actuar con equidad para fijar el monto de la caución, conciliando intereses particulares y sociales que el Estado vigilará.

Así también solicita que se modifique la parte final del segundo párrafo de la fracción I, indicando que si el delito representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño o perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios causados en la forma que aparezcan acreditados en el momento en el que el juzgador resuelva sobre la procedencia del beneficio citado. Esta modificación tiene por objeto tratar que el desarrollo del proceso sea adecuado y proteger a la víctima del delito.

Una vez presentada la iniciativa de decreto que reforma la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ante la Cámara de Senadores (cámara de origen), las Comisiones Unidas Segunda de Puntos Constitucionales, Primera de Justicia y Segunda Sección de Estudios Legislativos, procedieron a realizar el estudio y dictamen correspondiente, considerando las modificaciones propuestas como parte del procedimiento más amplio de revisión con respecto a la debida impartición de justicia en materia penal.

El pensamiento de las citadas comisiones está de acuerdo con el del Ejecutivo, en cuanto a que las modificaciones propuestas aseguran los derechos subjetivos del

inculpado y que cuando a éste se le conceda el beneficio de la libertad provisional, sea tomando en cuenta el delito realmente cometido y no sólo el llamado tipo básico o fundamental.

También coinciden con el criterio de cambiar el término "fianza" por el de "caución", ya que éste es genérico y abarca diversos tipos de garantía.

Por cuanto a la inclusión de las modalidades del delito para determinar la procedencia del beneficio, las comisiones están de acuerdo con ello, por considerar que efectivamente se debe tomar en cuenta el delito realmente cometido y no sólo el tipo básico, siendo necesario considerar las modalidades agravantes como atenuantes, a fin de garantizar tanto el interés social como el del inculpado.

De esta forma intentan lograr, hasta donde sea posible, que se evite la inconformidad social que se presenta en los casos en los que claramente aparece un delito agravado como es un robo con violencia y en pandilla y, que antes de la reforma, el juez sólo podía tomar el robo simple como base para determinar la procedencia del beneficio de la libertad provisional bajo caución; aunque al incluirse las modalidades del delito, el juez tendrá que tomar en cuenta la penalidad de éstas para determinar la concesión de tal beneficio.

ESTA TESIS
NO DEBE
SALIR DE LA
BIBLIOTECA

Esta situación también beneficia a los consignados cuando su conducta esté atenuada por algunas circunstancias, como podría ser un exceso en legítima defensa; en tal caso al tomar en cuenta el juez las modalidades del delito, puede el consignado obtener la libertad provisional bajo caución.

De igual modo consideran conveniente cambiar el término de juez o tribunal, por "el juzgador", por ser un concepto generérico que abarca tanto al juez de primera instancia como al tribunal de segunda instancia.

Con relación a la fijación del tope máximo del monto de la caución señalado en la iniciativa que nos ocupa, las comisiones están acordes al respecto, pero por cuanto al hecho de aumentar el monto de la caución al doble en los casos en que existan delitos que por su especial gravedad o circunstancias particulares del inculpaado o de la víctima, refiriéndose esto entre otras cosas, a los fenómenos de reincidencia incluso criminológica o una notoria solvencia económica y que además se deje desprotegida a la víctima, en tales casos, si consideran correcta la reforma pero argumentan que es más adecuado hablar del equivalente a la percepción de cuatro años del salario mínimo y no del doble, teniendo así el órgano jurisdiccional facultad para hacer ese incremento en los casos concretos, sin que exista duda alguna con respecto a la cantidad expresada.

Por otra parte las comisiones estiman conveniente modificar la iniciativa en lo que respecta al incremento ya mencionado, el cual no debe ser solicitado formulándose esa

petición en forma motivada por el Ministerio Público, pues ello daría margen a que dicha autoridad prejuzgara respecto a la gravedad del delito o a las particulares circunstancias del imputado o de la víctima, considerando que la facultad de incrementar el monto de la caución únicamente debe corresponder a la autoridad judicial, quien deberá razonar y determinar claramente el incremento, señalando que el mismo será hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años de salario mínimo.

Se hace otra modificación en el tercer párrafo del artículo 20 fracción I constitucional, en lo referente a que la caución deberá ser cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados, deduciéndose que lo anterior se refiere exclusivamente a los delitos intencionales, pues de otra forma se prestaría a injusticias cuando se trate de delitos imprudenciales.

Por esa razón se adiciona al mismo párrafo, que si el delito es preterintencional o imprudencial bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales y se aplicará lo dispuesto en los dos párrafos anteriores de la fracción I del artículo ya citado.

A este respecto manifiestan las Comisiones que el hecho de incluir los delitos preterintencionales, tiene como propósito estar acorde con la reforma hecha al artículo octavo del Código Penal Federal que ha incluido ese tipo de delitos al igual que otras entidades federativas.

También es importante señalar que las Comisiones consideran que en los casos de delitos preterintencionales o imprudenciales, para conceder el beneficio de la libertad caucional, deben garantizarse los daños y perjuicios patrimoniales, es decir, se incluye el término "patrimoniales" con el fin de no dejar duda alguna por cuanto a otro tipo de daños que no son de fácil cuantificación en el momento procesal en que se concede el beneficio de la libertad provisional bajo caución.

Por último las Comisiones consideraron conveniente modificar el artículo único transitorio de la iniciativa, para que la reforma de referencia entrara en vigor a los seis meses de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, dando así el margen necesario para la reforma de los ordenamientos procesales de todas las entidades federativas.

Es así como las Comisiones presentaron a consideración de la Honorable Asamblea la aprobación del siguiente proyecto de decreto que reformó la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

"ARTICULO UNICO. Se reforma la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

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

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

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

Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios causados. Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores.

TRANSITORIO

ARTICULO UNICO.- El presente decreto entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Diario Oficial de la Federación."

En el Diario de los debates, haciendo uso de la palabra el Senador Salvador Neme Castillo, expresó su conformidad absoluta por cuanto a las modificaciones hechas a la iniciativa presentada, argumentando para ello que dicha reforma coordina las garantías del inculpado con una conciliación adecuada a los derechos de la sociedad y a los intereses de la víctima. Aprobándose de esta forma el dictamen y pasando a la Honorable Cámara de Diputados para los efectos constitucionales.

El proyecto de reformas a la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fue turnado para su estudio y dictamen a las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la H. Cámara de Diputados (cámara revisora).

Con respecto al estudio realizado por las Comisiones mencionadas, podemos concretar que estuvieron totalmente acordes con las reformas propuestas en la iniciativa y en el dictamen emitido por las Comisiones Unidas Segunda de Puntos Constitucionales, Primera de Justicia y Segunda Sección de Estudios Legislativos, razonando en los mismos términos con

relación a la exposición de motivos dadas para las citadas reformas y presentando el proyecto correspondiente en las consideraciones que les fue turnado por las Comisiones del Senado de la República, a la H. Asamblea para su consideración.

En el Diario de los debates se puede apreciar que los diputados por el PRI, Alvaro Uribe Salas, José Luis Caballero Cárdenas y Juventino González Ramos, así como el diputado por el PDM, David Orozco Romo, estuvieron de acuerdo con el dictamen presentado, dando su voto aprobatorio para la reforma propuesta.

No así los diputados Pablo Castillo Alvarez por el PAN, Daniel Angel Sánchez Pérez por el PSUM, Crescencio Morales Orozco por el PPS y Alberto Salgado por el PST, quienes dan sus opiniones con respecto al motivo de su voto en contra, argumentando fundamentalmente que el incremento al monto de la caución es injusto para el pueblo y, que habrá inconformidad por parte de éste, toda vez que lo que realmente se requiere es un cambio de sistema y educar al pueblo para evitar la delincuencia, considerando la reforma antiproletaria, antidemocrática e injusta.

Finalmente fue aprobado el proyecto del decreto el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985, entrando en vigor seis meses después.

III. 2. LA POLITICA CRIMINAL Y LA REFORMA AL PRECEPTO CONSTITUCIONAL

DEFINICIONES:

Respecto a la Política Criminal, Fernando Castellanos Tena afirma: "...Política Criminal, definida como la ciencia conforme a la cual el Estado debe realizar la prevención y la represión del delito. En realidad, esta disciplina no es sino el aprovechamiento práctico, por parte del gobierno, de los conocimientos adquiridos por las ciencias penales, a fin de dictar las disposiciones pertinentes para el logro de la conservación básica del orden social." (49)

El doctor Carlos Versale considera a la Política Criminal, "Como el arte de prevenir y controlar la criminalidad que depende del sistema cultural, sistema que depende de las estructuras socio-políticas, las que a su vez, reflejan siempre la organización económica." (50)

(49) CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, 18a. edición, México, 1983, p. 29.

(50) Cfr. BARRETO RANGEL, Gustavo, Director del Instituto Técnico de la P.G.R, Director del INACIPE, Segundo Congreso Mexicano de Derecho Penal sobre la legitimidad de las normas penales 3-7 de diciembre de 1984. U.A.M.

En verdad, la Política Criminal no constituye propiamente una ciencia, sino una tendencia de doctrina, caracterizada como lo hace observar Soler, en el empeño de propugnar por la modificación de las legislaciones vigentes, utilizando los resultados obtenidos por el estudio sociológico del delito y antropológico del delincuente, tales disciplinas suministran material al Derecho penal, para obtener nuevas metas, se explica así su significación en épocas anteriores, dentro de la corriente positivista. (51)

En opinión de Soler, carece ya de sentido la expresión Política Criminal y si debe subsistir, es como criterio orientador de la legislación penal y no como una tendencia de escuela.

Argumenta el autor argentino, que la legislación penal: "...debe estar sólidamente fundada siempre en el conocimiento preciso de los fenómenos que pretende regular. De ese tipo de conocimientos se deduce muchas veces que la pura represión no es el remedio socialmente más conveniente. De ahí que una buena política criminal no tiene relación solamente con legislación penal propiamente dicha, sino que se vincula con instituciones de otra naturaleza, cuyo fin indirecto es la prevención de la delincuencia." (52)

(51) SOLER, Sebastián, **Derecho Penal Argentino**, Tomo I, 3a. reimpresión, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1956, p. 36.

(52) SOLER, Sebastián, *Op. cit.*, p. 36.

La Política Criminal tiene, como su más digno representante a Franz Von Liszt, uno de los fundadores de la Unión Internacional de Derecho Penal, para quien aquella disciplina es el: "contenido sistemático de principios --garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena-- según los cuales el Estado ha de emprender la lucha contra el crimen, por medio de la pena y de sus institutos similares." (53)

La Política Criminal es una actividad que no necesariamente significa subordinación a una ideología determinada; ella posee su esfera de acción relacionada con la política de desarrollo nacional, al tener presente la necesidad de cooperar a nivel supranacional, especialmente el de "prevención".

Esta actividad debe tener en cuenta primordialmente los derechos humanos, tanto en su forma colectiva como individual, y para poder cumplir su función social-política debe reducir al mínimo los límites de la presión penal y facilitar en lo posible la participación de los miembros de la comunidad en el funcionamiento del sistema penal.

(53) JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 2a. edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1957, p. 169.

Por su lado el Derecho Penal, supone el conjunto de normas dictadas para mantener el orden social. Hans Welzel, afirma que: "...La misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares." (54)

Es importante señalar que la mayor defensa del orden social es la que se realiza mediante el Derecho Penal a causa de la sanción que actúa como medida preventiva a nivel específico especial y, de reparación del perjuicio material o moral sufrido por una persona.

POLITICA CRIMINAL, SISTEMA PENAL Y DERECHO PENAL.

Son entidades distintas que con frecuencia se confunden;

La primera, es decir, la Política Criminal se refiere a la actividad política del gobierno, que puede estar más o menos coordinada y estructurada al sistema y a las normas penales que aspiran a combatir eficazmente el delito inquiriendo sus causas y proponiendo los remedios oportunamente.

Por su parte, el Sistema Penal representa la estructura de instituciones, servicios o funciones como un todo y no una simple organización de partes, las cuales presentan fines en forma ordenada y cuyas partes son interdependientes.

(54) WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, 11a. edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, pág. 15.

El Derecho Penal tiene por objeto prevenir y reprimir los hechos considerados como lesivos del orden social, asegurando de esta manera la inquebrantabilidad del orden jurídico por medio de la coacción estatal.

El origen y significado del término Política Criminal no es claro y existe una gran diversidad y, de ella se infiere que es una teoría de lo posible, una constitución pragmática de la Defensa Social, una escuela, una parte de la dogmática penal, etc., pero independiente del Derecho Penal.

Igualmente existen una gran variedad de opiniones acerca del fin de la Política Criminal y el origen del término se atribuye distintamente a QUIETORP, KLEINSCHORD Y FEURBACH.

El uso del vocablo empieza a extenderse a partir de 1880 y desde entonces se hará presente en el Derecho Penal y la Criminología.

En 1882 Franz Von Liszt se ocupa de la Política Criminal en su conocido programa de Marburgo, en donde señala la condición finalista que debe tener el Derecho Penal, que se enlaza con la Política Criminal.

El estilo de Von Liszt ayuda a la difusión de ideas, que tuvieron gran influencia en España, y de ahí pasó a Latinoamérica.

Para Von Liszt la Política Criminal debe tratar de reformar la legislación formal existente, apoyarse en la personalidad del delincuente en la lucha contra el delito. Desde entonces la subjetividad de la Política Criminal adquiere el auge que mantiene hasta nuestros días.

En 1954 Marc Ancel, con su acción de defensa social, sostiene que el delincuente tiene derecho a ser resocializado, lo que debe constituir la razón de ser de la Política Criminal.

Para lograr sus objetivos la Política Criminal debe dirigir su actividad hacia:

1) Aprovechamiento de los resultados obtenidos por la experiencia como punto de referencia;

2) Tener presentes las características de la criminalidad del país y, la manera como funciona el sistema penal;

3) Establecer una tipología de los criminales sobre la base de estadísticas oficiales con las reservas del caso, por ser éstas el resultado de la criminalidad aparente de una sociedad en un momento determinado;

4) Proceder a una revisión de las acciones consideradas como delitos y su modo de combatirlas, tratando de eliminar esa super abundancia de conductas delictivas y en su defecto proponer un plan de descriminalización de algunas

de ellas, como por ejemplo: alcoholismo, prostitución, homosexualismo, etc., ya que más que una sanción penal, necesitan de un tratamiento médico-psicológico;

5) Una tarea compleja e importante de la Política Criminal es el detectar cómo algunas leyes, en particular las llamadas leyes especiales, dan origen y protegen a la mayoría de los delitos que constituyen la criminalidad no convencional, impune en casi la totalidad en que ella se da.
(55)

De todo lo señalado, podemos determinar que la Política Criminal seguida para la reforma que nos ocupa, fue la observación del Estado con respecto al alto índice de criminalidad en nuestros días, resultante posiblemente de una inadecuada aplicación del Derecho Penal con respecto a las verdaderas conductas ilícitas de los ciudadanos, y es por ello que, analizando las características de la criminalidad en nuestro país y tratando de darle un mejor funcionamiento al sistema penal, se propuso y autorizó la reforma a la fracción I del artículo 20 constitucional.

De la exposición de motivos dada por el Ejecutivo en la iniciativa, se desprende que fundamentalmente la pretensión fue lograr aplicar la norma jurídica real al caso concreto y no solamente el tipo básico establecido por el Código Penal vigente; de esta forma el Estado pretende

55) VERSELE, C., "Conceptos fundamentales sobre planificación de la Política Criminal en América Latina", en Cuadernos del Instituto Latinoamericano, para la prevención del delito y tratamiento del delincuente, agosto, 1978, p. 8.

lograr en la medida que sea posible, la prevención y represión del delito, adecuando por otra parte a la actual realidad social y económica, el monto de la caución, y así proteger los intereses de la sociedad y del procesado, pues una de las finalidades de la Política Criminal, es precisamente tener en cuenta los derechos humanos en su forma colectiva como individual.

Sin embargo, y a pesar de los fundamentos y razones observadas por la Política Criminal para reformar el contenido de la garantía de la libertad provisional bajo caución, es de considerarse que tales razonamientos tomados de la experiencia, no están acordes con la realidad, ni son los medios adecuados para prevenir o mejor dicho, no son los principales y primordiales medios para prevenir y controlar la delincuencia, toda vez que existen otros que debieran tomarse en cuenta para lograr el objetivo fundamental.

Estos podrían ser más efectivos, pues la práctica nos ha mostrado que con aumentar la penalidad en determinadas figuras delictivas, no disminuye el índice de delincuencia y en algunos casos, estadísticamente se ha probado que con tales medidas, incluso, ese índice aumenta; de ahí que es importante señalar:

Por una parte, la medida adoptada en la reforma que nos ocupa, no es precisamente la indicada y, por otra, cabe mencionar que además en dicha reforma, entre otras cosas, al incluir las modalidades del delito como se hizo, de hecho subjetiviza la garantía al prejuzgar una situación que

sólo puede determinarse hasta la sentencia y, por tanto, es inadecuado y anticonstitucional tomar en cuenta las modalidades del delito para que el juez determine la procedencia de la libertad provisional bajo caución.

El objetivo de la Política Criminal es prevenir y controlar la criminalidad, pero para llegar a dicho objetivo existen varios medios que debieran agotarse y que posiblemente serían más efectivos, en función de que atacarían el problema de fondo y para ello es importante tomar en cuenta diversos factores que son determinantes, como un mejor sistema cultural que depende de las estructuras socio-políticas y económicas de un país, así como también estudiar la personalidad del delincuente.

Al estudiar la personalidad del delincuente, quien por otra parte tiene derecho a ser resocializado, como lo expresa Marc Ancel en su Noción de Defensa Social, se logra así reformar la legislación formal existente, pero con apoyo en todos esos factores y no solamente empleando como medida, el incremento de la penalidad en los diversos delitos.

De acuerdo a las estadísticas existentes, en nuestro país aun existe un alto índice de analfabetismo real y funcional, factor que contribuye en forma definitiva a incrementar la delincuencia, toda vez que la falta de preparación elemental en un individuo le da menores posibilidades de subsistencia y este problema aunado al de desempleo y la exagerada inflación económica del país, provoca la indebida conducta humana que se traduce en la comisión de hechos delictivos.

Ideológicamente hablando, podríamos decir que las principales medidas para prevenir y controlar la delincuencia serían: Una adecuada y equitativa distribución y organización en la economía del país con respecto a todos los grupos sociales y principalmente en las clases desprotegidas, que resultan ser las más afectadas ante los problemas económicos y políticos de una nación; considerando que dicha organización de la economía, lleva implícita entre otras cosas, el evitar las grandes fugas pecuniarias a cargo de un grupo político y social privilegiado que perjudica a las clases proletarias representativas de las mayorías en nuestro país.

Consecuentemente, la creación de mayores centros de producción que permitan dar más oportunidad a la ciudadanía para la obtención de empleo, pues la falta de éste, es otro de los factores determinantes para elevar el índice de criminalidad, dado que en principio la necesidad lleva al sujeto a cometer hechos delictivos y posteriormente la falta de muchos otros valores y elementos de conducta, educación, etc.

Cierto es que la falta de estos valores es causa de que esa necesidad se convierta en costumbre y *modus vivendi*; de ahí que, el gobierno de un país y en concreto el nuestro, debe preocuparse y procurar resolver un problema tan importante como el planteado, a fin de lograr hasta donde sea posible entre otras cosas, dar una mayor oportunidad al ciudadano en cuanto a trabajo, como un medio para solventar sus primordiales necesidades de subsistencia y así evitar en lo posible, la delincuencia.

Por otra parte, y como el más importante de los medios para lograr un equilibrio social y jurídico en un pueblo, está la educación que se considera como uno de los sistemas democráticos más importantes para lograr un constante mejoramiento económico, social y cultural de un pueblo; ya que la educación se ha consagrado en nuestra Carta Magna como una garantía individual y, en consecuencia, todo ciudadano tiene derecho a recibirla, frente a la obligación del Estado de proporcionarla, en virtud de considerarse indispensable para el desarrollo del pueblo en todos sus aspectos y obviamente en un pueblo con mayor índice educacional, la criminalidad es menor.

Estamos conscientes que con ello no se logra eliminarla, puesto que es bien sabido que dentro de los grupos de un mediano o alto nivel académico se encuentran problemas de delincuencia también de alto nivel.

En términos genéricos es determinante la educación en el pueblo, pues es el fundamento para la superación del mismo, tanto a nivel personal, como colectivo y en beneficio de una nación.

De todo lo anterior se deduce que el gobierno tiene en sus manos y bajo su responsabilidad el tratar de lograr que toda la ciudadanía reciba esa elemental educación a fin de lograr, entre otras cosas, un medio para controlar y de ser posible evitar la delincuencia.

Amén de las anteriores consideraciones, de carácter general, también la Política Criminal debe tomar en cuenta otros medios para lograr su objetivo, como son:

a) El aprovechamiento de los resultados que se obtienen con la experiencia criminal, considerar debidamente la criminalidad del país y la forma como funciona el sistema penal.

b) Tomar en cuenta las estadísticas de criminalidad, estudiar las acciones consideradas como delitos y tratar de eliminar algunas, como por ejemplo: alcoholismo, prostitución, homosexualismo, etc., tarea que el Estado tiene y que debe cumplir a través de las diversas autoridades y dependencias a su cargo y destinadas a esos fines.

Otro punto importante que no debemos olvidar, al que se debe avocar la Política Criminal, es a rehabilitar y resocializar al individuo que ya delinquirió y para ello deben existir instituciones que realmente cumplan con ese objetivo, pues no sólo es vital que el delincuente cumpla con las penas que se le impongan, dado que nuestro sistema jurídico es punitivo, sino que además como parte de la prevención de la delincuencia, se requiere que ese individuo reciba una verdadera rehabilitación y resocialización, interviniendo en ello el sistema penitenciario que sabido es, no cumple realmente con sus objetivos.

Se sabe por el contrario, que en los reclusorios y penales existe un alto índice de corrupción que las autoridades no han querido o no han podido controlar o evitar,

fundamentando diversas causas que entre otras y como un círculo vicioso resulta, la alta población en esos centros.

Evidentemente todas las anteriores medidas a cargo del Estado, en principio son las que deberían tomarse en cuenta por la Política Criminal para lograr su finalidad y que sirven como base para las diferentes reformas a nuestra legislación penal, sin excluir en forma alguna que también es otra medida importante y necesaria para controlar la delincuencia, el reformar la legislación, ajustándola a la realidad social y económica del país, incluso con el incremento de las penas, no sin antes agotarse los otros recursos, y es así, como lógicamente resulta necesario ese incremento en algunas figuras delictivas, lo que desde luego será aplicado a quien haya sido sujeto a un proceso y agotados todos sus recursos, y tenga una sentencia condenatoria, la cual se ajustará a la pena señalada en la ley sustantiva correspondiente, que pudo ser objeto de una reforma como la ya citada.

Pero esta situación es totalmente diferente a la reforma planteada y motivo de este trabajo, por virtud de que en la misma, no se ha aumentado el máximo de la pena en algún delito, sino que en forma inhumana se han incluido las modalidades del delito para la procedencia de la libertad provisional bajo caución dada por nuestra Carta Magna como garantía, y en tal medida se prejuzga la conducta de un sujeto, que sólo podrá ser determinada hasta la sentencia.

El beneficio de la libertad provisional, se determina en cuanto a su procedencia, al inicio del proceso, momento en el que desde luego, no se tienen los elementos necesarios para considerar a una persona responsable de un delito y menos aún, calificado.

Consecuentemente el órgano jurisdiccional, con la reforma que nos ocupa, se ve obligado a prejuzgar una conducta y en muchos casos a negar un beneficio que al dictarse la sentencia se demuestra, fue injusto.

Haciendo una crítica del precepto constitucional que nos ocupa, desde el punto de vista técnico jurídico como de las finalidades que persigue la reforma, podemos señalar lo siguiente:

Al desglose del artículo 20 de la Constitución en su fracción I de acuerdo a la reforma, tenemos que el encabezado quedó en los mismos términos, es decir:

"En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías...", en esta parte se puede apreciar que no se emplean las palabras técnicas adecuadas en materia penal, como lo señala el doctor Ricardo Franco Guzmán en su conferencia dictada en el Ciclo de Otoño de 1988 en la Cámara de Diputados, diciendo:

"...el concepto "juicio" está mal empleado; no es juicio, porque éste comienza sólo hasta el momento en que se han formulado ya las conclusiones del Ministerio Público;

desde la averiguación previa, una persona puede recurrir a su libertad provisional, o también en cuanto es puesto a disposición de un juez y eso no es juicio." (56)

Sigue diciendo el mismo conferenciante: "Es incorrecta la palabra criminal, hemos adoptado la palabra penal, tan es así que nuestro Código es penal, y habla de delitos, no de crímenes; esta distinción se presenta en los países que tienen la diferenciación entre crímenes, delitos y faltas; nosotros solamente tenemos la de delitos y faltas, por tanto debe modificarse el concepto criminal..." (57)

Otra terminología mal empleada en esta misma parte, es "acusado", toda vez que una persona cuando se presenta ante un juez, tiene la calidad de indiciado, pues hasta que se formulen conclusiones acusatorias por parte del Ministerio Público, tendrá el carácter de "acusado".

Es evidente que los penalistas que elaboraron la reforma, no tomaron en cuenta estos términos erróneos, los cuales debieron modificar empleando las palabras apropiadas de acuerdo a la técnica jurídica en materia penal.

(56) FRANCO GUZMAN, Ricardo, Memoria del Primer Ciclo de Conferencias Jurídico-Políticas de la LIV Legislatura. Ciclo de Conferencias Otoño de 1988. H. Cámara de Diputados. Diseño e impresión en los Talleres Gráficos de la H. Cámara de Diputados, México, 1988, p. 93.

(57) FRANCO GUZMAN, Ricardo. Op. Loc. cit.

Siguiendo con el texto de la fracción I del artículo 20: "Inmediatamente que lo solicite sera puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute..."

Otra de las modificaciones hechas al texto, es el cambio de la palabra "fianza" por "caución", expresión que efectivamente es más adecuada y correcta, dado que la caución, como ya se había señalado es un término genérico que abarca todo tipo de garantía y no olvidemos que para obtener la libertad provisional, existen varios tipos de garantías a otorgar, por ello mejor y más correcto el término caución en lugar de fianza, pues éste último no es sino una forma de garantía, es decir, la fianza es un término específico, así que, esta modificación es atinada pues se emplea el vocablo apropiado.

En la siguiente parte de la fracción que analizamos, se hizo una de las modificaciones más importantes y que en nuestra opinión es totalmente improcedente desde cualquier punto de vista, sigue el texto así:

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

El incluir las modalidades del delito para conceder la libertad provisional bajo caución, es una de las reformas hechas a la ley fundamental, más absurda, inhumana e improcedente, desde el punto de vista técnico-jurídico como de la finalidad que se persigue, pues de hecho con ello se destruye la noble idea de los Constituyentes de 1917 en cuanto a las más elementales garantías para todo individuo que en un momento dado se le impute la comisión de un delito.

En primer lugar, es importante señalar que en la reforma no se dejó claro el concepto de "modalidades", y de acuerdo con el significado gramatical, "es el modo de ser o manifestarse una cosa", por lo que aplicado al caso concreto, podemos definir que se refieren al modo de ser de la conducta, entendiéndose así, que la idea en la iniciativa es considerar a las modalidades del delito, como las circunstancias agravantes y atenuantes en la ejecución de la conducta que se atribuye al indiciado; de hecho así lo han tomado los jueces quienes, para conceder el beneficio de la libertad provisional bajo caución, toman en cuenta las modalidades del delito entendidas como ya se ha señalado.

Ahora bien, si de acuerdo con la reforma, el juez para otorgar el beneficio de la libertad provisional bajo caución, debe tomar en cuenta las modalidades del delito, es importante ubicar en qué momento del proceso se puede obtener tal beneficio, para así determinar si en tal momento, esas circunstancias agravantes o atenuantes se encuentran debidamente acreditadas en su existencia, para determinar sobre uno de los valores fundamentales del ser humano, que es la libertad física.

De esta manera, podemos recordar que en términos del artículo 20 fracción I, la liberación del indiciado debe ser inmediata, esto es, que no está sujeta a ningún otro acto procesal, lo que supone simplemente la iniciación del procedimiento judicial que ocurre al dictarse el auto de radicación, de inicio o cabeza de proceso, y no como indebidamente se da en la práctica que procede hasta el momento en que el indiciado ha rendido su declaración preparatoria, la que debe tener lugar dentro de las 48 horas siguientes a la puesta a disposición del juez, según lo establece la ley adjetiva.

Así podemos decir, que en tal momento procesal, el juez no cuenta con suficientes y determinantes elementos para considerar la existencia de un delito y la responsabilidad de éste en una persona, teniendo solamente los elementales datos de la integración del cuerpo del delito y una presunta responsabilidad, con los que sí puede determinar, con respecto al mínimo de las garantías de un individuo para obtener su libertad provisional en cuanto a la probable responsabilidad de un hecho delictivo y que antes de la reforma atinadamente se tomaba el tipo básico de éste, pero actualmente se prejuzga al considerar la agravante o atenuante del delito que aún no está probado.

Al recordar en forma somera los pasos seguidos en el procedimiento penal para comprobar la existencia de un hecho delictuoso, podemos mencionar que el inicio de ello se da en la parte llamada preparación de proceso o fase de averiguación previa, que comienza con la denuncia, acusación o querrela de un hecho delictuoso puesto en conocimiento del Ministerio Público.

Siguiendo el Ministerio Público los requisitos de procedibilidad establecidos, realiza todas las diligencias pertinentes de acuerdo con las facultades que tiene conferidas como órgano investigador de los hechos planteados, para lograr la integración del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, elementos con los que ejercita la acción penal respectiva ante el órgano jurisdiccional, a fin de dar inicio al proceso, o primera parte de la instrucción, que es dentro de ésta, donde se otorga el beneficio de la libertad bajo-caución.

Con las actuaciones realizadas por el órgano investigador, sólo se logra la integración del cuerpo del delito, recordando que integrar es componer un todo con sus partes y en el cuerpo del delito, es reunir todos los elementos materiales de la infracción o en su caso los que tengan señalada prueba especial.

De esto deriva que, la Suprema Corte de Justicia ha considerado, sentando jurisprudencia, que: "Por cuerpo del delito, debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito." Tomo XXVIII.- Aguilar Anastasio. pág. 209. Flores Antonio. pág. 365. Galván Ramón y coag. pág. 388. Martín Adalberto. pág. 1982. Tomo XXIX.- Ramos Téllez José María. pág. 1295. (58)

(58) Compilación de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, sustentada en sus ejecutorias pronunciadas desde el año de 1917 al del 1954 y tesis importantes que sólo establecen precedentes. Tesis 312. Imprenta Murguía, S.A., México, 1955, pág. 603.

Sin embargo, existen diversas opiniones en el sentido de que el cuerpo del delito no sólo se integra con los elementos materiales de la propia infracción, sino que en determinadas figuras delictivas, es necesario para la integración, algunos elementos subjetivos y normativos.

Todos los componentes señalados para la integración del cuerpo del delito, deberá reunirlos el Ministerio Público, que es su función primordial, para poder ejercitar la acción penal correspondiente ante el órgano jurisdiccional, quien tendrá a su cargo posteriormente la comprobación del cuerpo del delito, la cual consiste en determinar si la conducta o hecho se adecúa a la hipótesis o norma penal que establece el tipo, y sin tal comprobación del cuerpo del delito, no puede declararse la responsabilidad del acusado ni imponérsele pena alguna, según criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Así pues, una vez que se inicia el periodo de instrucción con el auto de radicación, de inicio o cabeza de proceso, el juez tiene 48 horas para tomarle al indiciado su declaración preparatoria y, de acuerdo a la práctica, después se otorga en su caso, el beneficio de la libertad provisional, lo cual es incorrecto, pues éste debe ser incluso antes, sin embargo así se acostumbra, también tiene el órgano jurisdiccional 72 horas para dictar el auto de formal prisión, auto de formal prisión con sujeción a proceso o auto de libertad.

Está a cargo del juez la comprobación del cuerpo del delito que puede ser en diversos momentos procedimentales, fundamentalmente en la etapa de la instrucción y en el juicio.

En la primera etapa, que es en el término constitucional de 72 horas, se debe hacer tal comprobación a fin de dictar el auto de formal prisión o lo que proceda.

De acuerdo a la definición gramatical, comprobar es verificar, confirmar una cosa por medio de cotejo o de demostración, por ello el juez en esa etapa, examina las diligencias de averiguación previa y aquéllas que se hubieran llevado a cabo durante ese término, para así verificar y confirmar los elementos del cuerpo del delito y poder dictar el auto de formal prisión, auto de formal prisión con sujeción a proceso, o auto de libertad por falta de méritos.

No se puede olvidar que, otro requisito de fondo para dictar el auto de referencia, es la presunta responsabilidad del procesado, la cual existe cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, por lo cual debe ser sometida al proceso correspondiente, y para tal efecto, el juez valorará todos los elementos aportados en la averiguación previa y las pruebas que dentro de ese término constitucional se aporten, a fin de determinar si existe la probable responsabilidad de una persona, o bien que no se encuentra demostrada.

En otra etapa del procedimiento, que es el juicio, el Órgano jurisdiccional nuevamente examina las diligencias mencionadas, así como todas las demás pruebas aportadas después del auto de formal prisión, relacionándolas y tomando en cuenta las presentadas durante la audiencia final; con todos estos elementos, podrá constatar la existencia o falta del cuerpo del delito, el cual hasta ese momento se encuentra sub *judice*, pues es hasta dictarse la sentencia respectiva en primera instancia, cuando queda realmente constatada la existencia del cuerpo del delito y la culpabilidad de acusado, ya que en la sentencia, el juez por mandato legal resuelve con respecto al fondo del proceso sometido a su conocimiento y, es hasta ese momento que sí se puede considerar a una persona responsable de un delito existente.

Consecuentemente podemos concluir que, en el momento procesal en que se otorga el beneficio de la libertad provisional bajo caución, no se encuentra demostrada la existencia de un delito, ya que hasta ese momento, el juez no cuenta mas que, con la integración del cuerpo del delito aún no comprobada y todavía sub *judice*, para constatarse hasta la sentencia definitiva, siendo por ello que consideramos totalmente improcedente la reforma aprobada.

En virtud de que con dicha aprobación, se obliga al juez a prejuzgar los hechos puestos a su consideración, pues hasta ese momento no cuenta con todos los elementos probatorios para resolver debidamente y, sin embargo, bajo tales condiciones, faltas de elementos jurídicos, resuelve

sobre el otorgamiento del beneficio de la libertad provisional, que actualmente resulta positivo en menores casos, disminuyendo así la eficacia de la garantía constitucional.

Por otra parte, también podemos señalar que con la reforma de estudio, al determinar sobre la procedencia de la libertad caucional, de hecho se califica dos veces en el mismo precepto constitucional sobre la conducta del individuo, pues al tomarse en cuenta para ese efecto las modalidades del delito, se valora un elemento subjetivo, enmarcado en las circunstancias personales del indiciado por una parte, y por la otra, actualmente con la citada reforma, se califica la conducta también como un elemento objetivo que es concretamente la gravedad del delito, representada por el término medio aritmético de la pena correspondiente al delito de que se trate, situación que a todas luces resulta impropcedente desde el punto de vista técnico jurídico.

Siguiendo con el desglose de la fracción I del artículo 20 que nos ocupa, vemos que el párrafo segundo dice: "La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito."

En la primera y última parte de este párrafo, se habla de la percepción durante dos y cuatro años, respectivamente, del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito, pero no se señala el tiempo del mismo; es decir, sólo se menciona la vigencia del salario en un lugar determinado que en este caso se trata donde se cometió el delito.

También es importante señalar además el tiempo en que se cometió dicho delito, pues es obvio que un salario en un lugar determinado pero en diferentes fechas, puede variar, por tanto es muy importante mencionar el tiempo, factor determinante para la cuantía en los delitos patrimoniales y, consecuentemente, para la pena señalada conforme a esa cuantía, lo que es básico como elemento objetivo para determinar la procedencia de la libertad provisional bajo caución.

En el mismo párrafo hace referencia a que la autoridad judicial podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción del salario durante cuatro años, en virtud de la especial gravedad del delito y las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima mediante resolución motivada.

En el primer párrafo se refiere que el juzgador deberá tomar en cuenta las circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute al indiciado, en el

entendido que las primeras se encuentran debidamente indicadas por nuestra ley adjetiva en su artículo 560 y, la segunda corresponde al término medio aritmético de la pena del delito que se imputa.

Ahora bien, señalado lo anterior, la pregunta es: ¿A qué se refieren en el segundo párrafo con "la especial gravedad del delito" y "las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima"?; como lo menciona el licenciado Ricardo Franco Guzmán, en su conferencia ante la Cámara de Diputados, a la cual ya hicimos referencia.

Hasta el momento no existe una respuesta concreta sobre esa interrogante pues no se ha dicho cuál es la diferencia entre que el juez tome en cuenta "las circunstancias personales del inculpado" y "las particulares circunstancias personales" de éste, así como "la gravedad del delito" y "la especial gravedad del delito".

Es incongruente el señalamiento de esas dos situaciones, pues es sabido que por cuanto a las circunstancias personales del inculpado, éstas se encuentran debidamente señaladas en el Código de Procedimientos Penales, y debe tomarlas en cuenta el juez para fijar el monto de la caución, pero cuando en el segundo párrafo se menciona que para incrementar el monto debe tomar en cuenta "las particulares circunstancias personales del inculpado" y "la especial gravedad del delito", esto nos lleva a decir que no es claro, toda vez que no se plantea un hipótesis concreta y,

por tanto, simplemente se deja al arbitrio del juez tal incremento de la caución, lo cual puede prestarse a muchas arbitrariedades que por desgracia siempre serán en perjuicio de la gente de escasos recursos; y pensando en cuanto a "la especial gravedad del delito", recordemos que la gravedad del delito queda fijada en la pena señalada para cada figura delictiva por el legislador, por ello la pregunta que se impone es:

¿Cuál será la especial pena de un delito?, interrogante que hasta el momento no se le ha encontrado respuesta. Es de pensarse que sólo es un argumento más que se le da al órgano jurisdiccional, para que en los casos que así convenga a los intereses de ciertas personas, pueda emplearlo y aumentar el monto de la caución en forma arbitraria.

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

En esta parte la modificación que se hizo fue, en cuanto a que, en la hipótesis de que se trata sólo es para delitos intencionales y, no en forma genérica como antes estaba contemplado, toda vez que para otro tipo de delitos se estableció una regla diferente, amén de que técnicamente es más correcto hablar de delitos dolosos y no intencionales.

Por último, vemos que se creó un cuarto párrafo que dice: "Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores."

Como puede observarse, éste último párrafo aparece en el texto actual del artículo en forma errónea, pues se desprende del contenido de la iniciativa, que en la misma se expresa lo siguiente:

"Para asegurar en mayor medida el desarrollo del proceso y la protección de la víctima del ilícito, se solicita modificar la parte final del segundo párrafo de la fracción I, indicando que si el delito representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños causados, en los terminos en que estos aparezcan..."

Es decir, en la iniciativa se propuso modificar la última parte del párrafo segundo, creándose el tercero, pero una vez que fue turnada para su estudio a la cámara de origen (Cámara de Senadores), al realizar su dictamen manifestó su aprobación por la adición del tercer párrafo a la fracción I para que en el mismo quede señalado lo relativo a que en los casos de delitos intencionales, la garantía será tres veces mayor al beneficio obtenido, o a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

En el mismo tercer párrafo, haciendo la diferencia con los delitos intencionales, incluyen el delito preterintencional y señalan que tratándose de éstos o imprudenciales, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales y se aplicará lo dispuesto en los dos párrafos anteriores de la citada fracción I del artículo 20 constitucional.

Con lo anterior queda claro, que en ningún momento se creó un cuarto párrafo y tan es así, que del propio contenido del cuarto párrafo, que indebidamente subsiste, se desprende la incongruencia del mismo, toda vez que al señalar que "se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores", esto representa que se refiere al segundo y tercero.

Esta situación es incorrecta pues evidentemente se tiene que tomar en cuenta también el primer párrafo, que es la base fundamental de la garantía constitucional, y de hecho así es, es decir, realmente la idea es que en esta última hipótesis, se debe estar además a lo dispuesto por el primer y segundo párrafo de la fracción, ya que verdaderamente sólo existen tres párrafos, pero por un error, posiblemente mecanográfico, se formó el cuarto párrafo, situación que no fue detectada en ningún momento y a la fecha persiste en esos términos en nuestra Carta Magna.

Al ser turnado por la Cámara de Senadores el proyecto de decreto de la reforma, a la Cámara revisora (Cámara de Diputados), ésta en su redacción aparece correctamente,

es decir, con los tres párrafos con que fue aprobado dicho decreto, como a continuación se ilustra con fotocopia del documento original existente en la Cámara de Senadores. Se anexa fotocopia al final del capítulo.

Las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia (Cámara de Diputados), realizaron el estudio y dictamen de la minuta que contiene el proyecto de reformas al precepto ya aludido, llevándose a cabo los debates respectivos y aprobándose el proyecto de decreto, el cual fue turnado a las Legislaturas de los Estados para sus efectos constitucionales, en forma correcta su redacción, es decir, con los tres párrafos creados. Se anexa fotocopia del documento original al final del capítulo.

Remitido el proyecto de declaratoria de la reforma a las Comisiones Unidas segunda de puntos constitucionales, primera de justicia y segunda sección de estudios legislativos, para su cómputo y declaración de las reformas constitucionales, procedieron a verificar el correcto procedimiento estipulado por el artículo 135 de la Constitución, acreditándose debidamente la votación favorable a la reforma por parte de la Cámara de Diputados, el Senado de la República y más de la mayoría de las Legislaturas locales, y así se aprobó el proyecto de declaratoria, redactado también en forma correcta, mismo que pasó al Ejecutivo de la Unión para los efectos constitucionales.

En el Decreto Promulgatorio publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 14 de enero de 1985, es donde se aprecia el error del cuarto párrafo creado indebidamente y que a la fecha subsiste en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Se anexa fotocopia relativa, del Marco Legislativo para el cambio, Miguel de la Madrid Hurtado. Tomo 14 septiembre a diciembre de 1984, al final del capítulo.

Hecha la crítica a los elementos que integran la reforma a la fracción I del artículo 20 constitucional, podemos concluir que, en primer lugar, no se emplean los términos técnico jurídicos apropiados, ni en la iniciativa, ni en los dictámenes de las Cámaras de origen y revisora, y en esa forma quedó publicada la reforma de referencia.

Por otra parte, con respecto al punto más importante de esa modificación, que es la inclusión de las modalidades del delito, es obvio decir que ésta es totalmente improcedente e inhumana y de la que no resulta ningún beneficio real para la sociedad, en virtud de que, como ya se ha señalado al inicio de este capítulo, son otras las medidas que el Estado debe adoptar para lograr un mejor control de la delincuencia.

Estando en desacuerdo con esta reforma, en la que se incluyen las modalidades del delito, que por una parte es improcedente desde el punto de vista técnico jurídico, dado que se prejuzga una conducta; y, por la otra es inhumana, pues con ello se disminuye la posibilidad de obtener la libertad sin tener un fundamento cierto para ello, perjudicando al individuo en uno de sus valores más preciados.

Es sabido que el hecho de que a una persona se le deje en libertad bajo caución, no representa en forma alguna que el proceso no pueda seguir su curso y llegarse finalmente a una sentencia en la cual, con elementos y pruebas ya comprobados, se determine la verdadera responsabilidad de un sujeto y se aplique la pena a que se haya hecho acreedor.

En el caso contrario, cuando injustamente se niega la libertad provisional por prejuzgar una conducta, se violan derechos humanos que en muchas ocasiones son irreparables, sin olvidar que fundamentalmente, la idea de los Constituyentes de 1917 al crear este beneficio, lo fue para dar la más elemental garantía individual como un derecho subjetivo público del indiciado, respecto a la libertad física en su modalidad de provisional, para salvaguardar el derecho de la persona a demostrar su inocencia, incluso la inexistencia de un delito durante el proceso, o bien en el caso contrario, obtener una sentencia condenatoria y la pena correspondiente, pero una vez juzgado conforme a derecho y no con simples especulaciones o presunciones.

Como efecto secundario tenemos que, con la inclusión de las modalidades del delito, se ha creado además un problema de orden económico para el Estado, toda vez que con ello, el resultado de acuerdo a las estadísticas, la cantidad de internos que existen en los reclusorios, actualmente es muy elevado.

De esto se deriva la necesidad de mayor presupuesto para el sostenimiento de dichos reclusorios y, por ende, el aumento de corrupción en dichos penales, lo que repre-

senta un problema muy serio para el control de esos lugares y la economía del país que, viéndolo desde el punto de vista de la Política Criminal, ese presupuesto extra que ahora se requiere, podría emplearse en métodos y sistemas para controlar y evitar la delincuencia.

Considerando los razonamientos hechos en la anterior crítica, como único resultado podemos afirmar, que, la vigente fracción I del artículo 20 constitucional, debe ser REFORMADA, excluyéndose principalmente las modalidades del delito, usando la terminología jurídica adecuada, corrigiendo los errores relativos a la creación mecanográfica de un cuarto párrafo y no dejando al arbitrio del juez la calificación de elementos subjetivos, para aumentar el monto de la caución, a fin de respetar uno de los valores mas preciados del individuo, que es la libertad.

Se sugiere que el precepto constitucional quede en la siguiente forma:

"Artículo 20. En todo procedimiento del orden penal tendrá el sujeto las siguientes garantías:

Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea

mayor de cinco años de prisión; sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

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

Si el delito es doloso y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño o perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados. Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores."

III. 3. OPINION DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

Como se asentó en capítulos anteriores, desde mucho tiempo atrás, la humanitaria opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sido en el sentido de no incluir las modalidades del delito para determinar la procedencia de la libertad provisional bajo caución, sentándose jurisprudencia definida en esos términos.

Recordemos lo asentado por Manzini en sus instituciones de Derecho Penal, conforme a la doctrina, interpretar una norma es: "...determinar su contenido y alcance", es decir, fijar el contenido material del precepto; la interpretación puede ser atendiendo al sujeto que la lleva a cabo, doctrinal y judicial, siendo esta última la que tiene trascendencia, ya que la doctrinal nunca tendrá fuerza obligatoria mientras no la adopte la judicatura.

En nuestro sistema jurídico, de acuerdo con la Ley de Amparo, la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia funcionando en pleno, sobre la Constitución de leyes federales o tratados celebrados con potencias extranjeras, es obligatoria tanto para ella como para las Salas que la componen, los Tribunales Colegiados de Circuito, Tribunales Unitarios de Circuito, Jueces de Distrito, Tribunales de los Estados, Distrito Federal y Juntas de Conciliación y Arbitraje.

Algunos doctrinarios consideran que con la interpretación jurisprudencial, se crea una norma nueva, puesto que la jurisprudencia es obligatoria y, en tal caso, la Suprema Corte de Justicia estaría invadiendo funciones del Poder Legislativo, sin embargo, tal opinión es incorrecta, pues la jurisprudencia no es sino el resultado de cuando menos cinco interpretaciones sucesivas hechas a propósito de una norma por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o alguna de sus Salas, y basta que haya mayoría en el Pleno y cuando menos cuatro votos en las Salas, para que

la reiterada afirmación sobre el contenido de un precepto determinado forme ya jurisprudencia; de ahí que al ser resultado de una interpretación, no se está creando una norma nueva, sino simplemente se está interpretando el contenido de una norma vigente, sin agregar nada a la ley, por lo que la interpretación jurisprudencial únicamente clarifica y precisa la voluntad de la ley.

En el caso que nos ocupa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha interpretado claramente el texto del precepto constitucional antes de la reforma, de acuerdo con la noble idea de los Constituyentes de 1917, misma que quedó destruida con la modificación hecha en 1984, a la garantía plasmada en la fracción I del artículo 20 de nuestra Carta Magna.

Tesis de Jurisprudencia definida número 173 Apéndice de Jurisprudencia. 1917-1965. Segunda Parte. Primera Sala, Pág. 341.

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

Mencionaremos varias tesis relacionadas que establecen precedentes, pero no jurisprudencia, así como criterios publicados en la quinta época del Semanario Judicial de

la Federación (mayo 1917 junio 1957), en las cuales se aprecia la misma idea con respecto a las modalidades del delito, que no deben tomarse en cuenta para la procedencia de la libertad provisional bajo caución.

"TESIS 652

Libertad Caucional.- Para decidir sobre ella, los jueces de Distrito se basarán en los datos que arroja el auto de prisión formal, pues las excluyentes o atenuantes que el inculpado alegue, sólo pueden ser tomadas en cuenta en la sentencia definitiva, así como todas las pruebas que tiendan a fijar el grado de responsabilidad del inculpado. T. XIV.- Franco Eleuterio.- Pág. 1674."

"LIBERTAD CAUCIONAL. La libertad cauacional ha sido elevada al rango de garantía individual, de la que el acusado tiene derecho de disfrutar en el proceso que se le instruya, teniendo como base que el delito que se le impute, no merezca ser castigado con pena que exceda con cinco años de prisión. Ahora bien, al señalar la Constitución el límite de cinco años, se refirió a la penalidad, tomada en su término medio, y para llegar a esta conclusión, basta tener en cuenta que la fracción I, del artículo 20 constitucional, alude a la pena que corresponde al delito que se atribuya al acusado y no a la pena que procediere imponer al delincuente; lo cual claramente indica que quiso referirse a la pena establecida, en abstracto, en la ley que define y castiga la infracción respectiva, y no a la pena concreta que debe imponerse en la sentencia, atentas las circuns-

tancias atenuantes y agravantes que concurran en la persona del inculgado; y esa pena abstracta no puede ser otra que la que reside en el término medio, es decir, aquel en el que no influyen ni circunstancias de atenuación ni de agravación. La tesis que antecede se sostiene aun dentro del sistema adoptado por la nueva legislación penal, pues el artículo 118 del Código Penal, expedido en 1931, dice: Para la prescripción de las sanciones y acciones penales, se tendrá como base el término medio aritmético de las primeras; y si tratándose de la prescripción de la acción penal, se toma como base ese término medio aritmético, no hay razón para que no se considere tratándose de la libertad caucional, ya que en uno y otro casos, se está juzgando del delito en abstracto. A esto debe agregarse la incongruencia que existe entre los artículos 52 y 568, fracción V, del Código de Procedimientos Penales vigente; pues en el primer precepto se sigue el sistema de individualización de la pena; y en el segundo, con motivo de la revocación de la libertad caucional, se tiene en consideración, no la individualización expresada, sino un término máximo que sea superior a cinco años de prisión. Por otra parte, como de acuerdo con el artículo 133 constitucional, la Constitución es la Ley Suprema, y conforme al artículo 20, fracción I, de la misma, procede la libertad caucional siempre que el término medio de la pena del delito que se imputa al acusado, no excediere de cinco años de prisión, es inconcuso que el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales, expedido en 1931, no debe ser observado, por ser contrario a la ley fundamental, supuesto que restringe la garantía de la libertad caucional, tal como está establecida en la tan repetida fracción I del artículo 20. De todo lo anterior, se viene a la consecuencia

de que no queda otro medio legal para resolver sobre la procedencia de la libertad caucional, que el de continuar la jurisprudencia establecida con anterioridad en el sentido de atender, en cada caso especial, al término medio de la penalidad fijada por el delito de que se trate.

T. XXXVII, p. 958, Queja en amparo penal 295/32, Castelán Meza Mario, 20 de febrero de 1933, Unanimidad de 4 votos."

"LIBERTAD CAUCIONAL. Su concesión ha sido elevada al rango de garantía constitucional, si el delito que se imputa al acusado no merece ser castigado con pena que exceda de cinco años de prisión; y al señalar este plazo, la Constitución se refirió a la penalidad en su término medio; ya que la fracción I del artículo 20 constitucional alude a la pena en abstracto, que corresponde al delito, y no a la concreta que procediere imponer al delincuente, atentas las circunstancias atenuantes y agravantes; y esa pena abstracta no puede ser otra que la que reside en el término medio; y como la Constitución General de la República es la Ley Suprema y el artículo 476 del Código de Procedimientos, en materia penal, del Estado de Guanajuato, restringe la garantía de la libertad caucional, fijando un término mayor de cinco años, es anticonstitucional y no debe observarse. T. XLIII, p. 2121. Amparo penal en revisión 4782/33, Campos J. Santos, 7 de marzo de 1935, Unanimidad de 5 votos.

De la anterior tesis se desprende claramente, que ni las agravantes ni atenuantes deberían operar para determinar la procedencia o improcedencia de la libertad provi-

sional, ya que éstas son materia exclusiva de la sentencia. Pues resulta lógico que tales circunstancias sólo pueden ser conocidas una vez agotado el procedimiento.

Es claro que la Suprema Corte de la Nación, siempre ha interpretado la ley en forma justa y sin olvidar el principio jurídico de que en caso de duda, debe estarse a lo más favorable para el reo, que desde luego no sólo debe ser aplicado en la sentencia, sino también en otras partes de la instrucción, como lo es en la procedencia de la libertad caucional.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Siendo un valor inapreciable la libertad, vemos que ésta en su modalidad de bajo fianza o caución, tiene sus antecedentes desde la época del Derecho Romano y de las Doce Tablas y, desde entonces subsiste el hecho de defender a quien tiene menos recursos, con la garantía dada por personas de cualquier nivel económico, a fin de obtener su libertad. En el movimiento revolucionario francés, y en nuestro país no se dejó a un lado tal beneficio, el cual se fué ampliando hasta la Constitución de 1917, en la que dejó de ser un derecho procesal, para convertirse en garantía individual.

SEGUNDA: En la Constitución de 1917 se consagra como una garantía individual, el beneficio de la libertad provisional bajo caución, como resultado de la autolimitación del Estado, otorgándose al individuo un derecho subjetivo público, consistente en la obligación del gobernante de otorgar la libertad provisional si se cumplen los supuestos establecidos en la norma, que por su naturaleza es coercible, frente al derecho subjetivo del gobernado que es coercitivo.

TERCERA: La prisión preventiva como una medida cautelar, es el fundamento de la garantía de la libertad provisional. Se señala que la prisión preventiva es una medida necesaria para asegurar la persona del imputado y no pueda substraerse a la acción de la justicia y así aplicarse

el derecho. Pero considerándose que con ello se priva al sujeto de uno de los valores más preciados, como es la libertad, se creó la garantía ya indicada como una medida provisional sin perjuicio de que el proceso continúe.

CUARTA: El fundamento para la procedencia de la libertad provisional, que es la gravedad del delito y que depende de un simple cálculo aritmético, fue establecido por los constituyentes en forma ligera y, por tanto, deben tomarse en cuenta para tal procedencia, otros elementos respecto a las circunstancias personales del indiciado, como son: la reincidencia, el que haya sido apresado in fraganti o esté confeso del delito cometido o sujeto a varios procesos, datos que debería obtener el órgano investigador en la fase de la averiguación previa con toda precisión, para dar mayores recursos al juez que tiene a su cargo el otorgamiento de tal beneficio.

QUINTA: De acuerdo con el texto constitucional, el término "Inmediatamente", es definitivo respecto al momento en que se debe otorgar la libertad caucional, es decir, que no está sujeto a ningún otro acto procesal; por tanto, debe concederse desde el instante que se dicta el auto de radicación, de inicio o cabeza de proceso, sin permitirse en ningún caso, que en la práctica se haga en otras circunstancias, pues constituye una violación a las garantías individuales.

SEXTA: Si el objetivo fundamental de la Política Criminal es prevenir y controlar la delincuencia, los medios a emplear en primer orden para ello, deben ser el mejora-

miento de un sistema cultural dependiente de las estructuras sociopolíticas y económicas de un país, la creación de instituciones que verdaderamente resocialicen al delincuente, para lograr con bases más sólidas reformar la legislación formal existente y no solamente con el incremento de la penalidad en los diversos delitos.

SEPTIMA: Es importante que los legisladores, al crear una ley o reformarla, empleen los términos correctos de acuerdo a la técnica jurídica en materia penal, pues en la reforma, objeto de este estudio, así como fue cambiado el término "fianza" por "caución", por ser más adecuado, dado que la última es el género y la primera la especie, es decir, una de tantas formas de caución, también se deben cambiar los otros términos inadecuados como lo son: "juicio", "criminal", "acusado" e "intencional".

OCTAVA: La Suprema Corte de Justicia de la Nación, hizo una clara y noble interpretación de la garantía de la libertad bajo caución antes de la reforma del texto constitucional, sentando jurisprudencia firme en cuanto a la no inclusión de las atenuantes y agravantes del delito en la procedencia de la libertad provisional ya citada, por considerar que tales cuestiones sólo son posibles de conocer hasta llegado el momento de la sentencia.

Este adecuado criterio de la Corte, perdió validez con la reforma de la fracción I del artículo 20 constitucional que incluye las modalidades del delito para la procedencia de la libertad provisional bajo caución. Esta es una

de las reformas hechas a la ley fundamental, más absurda, inhumana y carente de criterio jurídico desde cualquier punto de vista, por virtud de que en el momento precesal que se otorga tal beneficio, el órgano jurisdiccional no cuenta con los elementos necesarios para determinar la existencia del cuerpo del delito y la responsabilidad de una persona en la comisión del mismo y, en tales condiciones se obliga al juez a prejuzgar una conducta que sólo puede ser materia de sentencia; por tanto debe reformarse el texto actual del artículo 20 constitucional fracción I, excluyéndose las modalidades del delito, reforzando de esa forma la noble idea de los constituyentes de 1917 y, la humanitaria opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por cuanto a uno de los valores más importantes del ser humano que es la libertad.

NOVENA: Uno de los fundamentos que llevó a los Constituyentes de 1917 a consagrar la libertad provisional bajo caución como garantía individual, fue el que no se dejara al arbitrio del juez la procedencia de tal beneficio ni la fijación del monto de la garantía; en la presente reforma nuevamente se deja esa libertad al órgano jurisdiccional para aumentar el monto de la caución al doble, sin existir un fundamento legal ni lógico para ello, pues no existe respuesta a la interrogante sobre la diferencia entre las circunstancias personales del indiciado y la gravedad del delito, así como "las particulares circunstancias personales del imputado" y "la especial gravedad del delito"; en consecuencia debe reformarse el texto actual, eliminando también esa facultad para el juzgador, la cual jurídicamente no es adecuada.

DECIMA: Por simples razones de incongruencia en el contenido del texto de la fracción I del artículo 20 constitucional, debe corregirse el error imperdonable de haberse creado indebidamente (tal vez por una falla mecanográfica), un cuarto párrafo que resulta a la simple lectura, contrario al resto del contenido de la fracción citada.

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

- ACERO, Julio, *Procedimiento Penal*, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue., México, 1976.
- ARILLA BAS, Fernando, *El procedimiento penal en México*, Editorial Kratos, S.A. de C.V., México, D.F., 1981.
- BARRETO RANGEL, Gustavo, "Segundo Congreso Mexicano de Derecho Penal sobre la legitimidad de las normas penales" 3-7 de diciembre de 1984. U.A.M.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1970.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, 16a. Edición, México, 1981.
- COLIN SANCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1975.
- COMPILACION DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, sustentada en sus ejecutorias pronunciadas desde el año de 1917 al del 1954 y tesis importantes que sólo establecen precedentes, Tesis 312, Imprenta Murguía, S.A., México 1955.

CONSTITUCIONES DE MEXICO, Edición Facsimilar, Secretaría de
Gobernación, México, D.F., 1957.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Universidad Nacional Autónoma
de México, Tomo IV, E-H, México, D.F., 1983.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo II, B-CLA, Editorial Bi-
bliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina,
1955.

FENECH, Miguel, El proceso penal, Editorial Egesa, Madrid,
España, 1978.

FIX ZAMUDIO, Héctor, El juicio de amparo, 1a. Edición, Edi-
torial Porrúa, S.A., México, 1964.

FRANCO GUZMAN, Ricardo, Memoria del Primer Ciclo de Confe-
rencias Jurídico-Políticas de la LIV Legislatura.
Ciclo de Conferencias Otoño de 1988. H. Cáma-
ra de Diputados. Diseño e impresión en los Talle-
res Gráficos de la H. Cámara de Diputados, México,
1988.

FRANCO SODI, Carlos, El Procedimiento Penal Mexicano, 3a.
edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F.,
1957.

GARCIA RAMIREZ, Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, 2a.
edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F.,
1977.

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

GUERRERO LARA, Ezequiel, GUADARRAMA LOPEZ, Enrique, La interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia (1917-1984), Tomos I y II, Universidad Nacional Autónoma de México, Imprenta Universitaria, 1935-1985.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal. Tomo I, Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1951.

KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y el Estado, Textos Universitarios, México, 1969.

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

MONTIEL Y DUARTE, Isidro, Estudio sobre las Garantías Individuales, 4a. edición facsimilar, Editorial Porrúa, México, 1983.

NUEVO DICCIONARIO ILUSTRADO SOPENA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Editorial Ramón Sopena, S.A., Barcelona, España, 1970.

PEREZ PALMA, Rafael, Guía de Derecho Procesal Penal, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, D.F., 1975.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española,
Editorial Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1970.

RIVERA SILVA, Manuel, El procedimiento penal, 7a. edición,
Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1975.

SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo I, Buenos
Aires, Argentina, 1951.

VERSELE, C. "Conceptos fundamentales sobre planificación de
la Política Criminal en América Latina", Cuadernos del Instituto latinoamericano para la prevención del delito y tratamiento del delincuente, agosto, 1978.

ZAMORA PIERCE, Jesús, Garantías y Proceso Penal, Editorial
Porrúa, S.A., México, D.F., 1984.