

308909

8
E2



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

LA PRIVACION DE LA LIBERTAD
EN EL PROCEDIMIENTO PENAL
MEXICANO

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

AURORA DUARTE MARTINEZ

DIRECTOR DE TESIS: DR. RAFAEL MARQUEZ PINERO

MEXICO, D. F.

1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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

INTRODUCCION.....	I
-------------------	---

CAPITULO I

I.- Antecedentes.

1.- Venganza Privada y Ley del Tali6n.....	1
2.- Epoca Antigua.....	3
3.- El Procedimiento Penal Can6nico.....	11
4.- El Procedimiento Penal Mixto y Cambios Procesales.....	14
5.- Epoca Precolonial.....	17
6.- Epoca Colonial.....	20
7.- Origenes Constitucionales y Legislaci6n Penal en M6xico.....	25

II.- La Pena de Privaci6n de la Libertad y el Derecho Penal.

1.- Concepto de Pena.....	39
2.- Clases de Pena.....	41
3.- Terminologfa de "Privaci6n de la Libertad".....	43
4.- Fundamento Legal de la Pena de Privaci6n de Libertad...	50

III.- Razones Justificativas de la Potestad Estatal Para Privar de la Libertad.

1.- Fundamento Filos6fico.....	55
2.- Fundamento Jurfdico.....	60

CAPITULO II.

I.- Características del Procedimiento Penal.

1.- Diferencia entre Proceso y Procedimiento.....	65
2.- Sujetos en el Procedimiento Penal.....	68
3.- Formas y Solemnidades de los Actos Procesales.....	74
4.- Clases de Procedimiento.....	81
5.- Períodos del Procedimiento Penal.....	87

II.- Distintas Situaciones dentro de la Privación de la Libertad.

1.- Cuestiones Previas al Ejercicio de la Acción Penal....	105
2.- Detención del inculcado, Flagrancia y Orden de Aprehensión.....	109
3.- Consignación con Detenido o sin Detenido.....	124

III.- Formas de Privar de la Libertad.

1.- El Auto de Formal Prisión.....	128
2.- Sentencia Condenatoria.....	155

CAPITULO III.

I.- Esencia Jurídica de la Garantía Individual.

1.- Concepto de Garantía Individual.....	168
2.- Fundamento de las Garantías Individuales.....	172
3.- Clasificación de las Garantías Individuales.....	180

4.- Garantías Consagradas en el Artículo 20 Constitucional.....	187
--	-----

II.- La Garantía Consagrada en la Fracción I
del Artículo 20 Constitucional.

1.- Fundamento.....	193
2.- Requisitos de Procedencia.....	199
3.- Libertad Provisional Ampliada.....	211
4.- Efectos y Revocación.....	225

III.- Proposición para la Reforma de la Fracción I
del Artículo 90 del Código Penal y
Operatividad Constitucional.

1.- Noción de la Condena Condicional.....	233
2.- Regulación Legal.....	238
3.- Propuesta y Operatividad.....	243

CONCLUSIONES.....	V
-------------------	---

BIBLIOGRAFIA.....	XIII
-------------------	------

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

En la vida existen decisiones y esfuerzos de gran trascendencia para cualquier ser humano, como medios para alcanzar las metas deseadas; hace más de cinco años que me propuse cumplir con un objetivo que el final se veía lejano, en estos momentos me doy cuenta que el tiempo ha transcurrido y me encuentro ante la elaboración de este trabajo que me permitirá dar un paso más en la vida; es significativo para mí poder realizar una aportación al campo del derecho por medio del estudio del tema "La Privación de la Libertad" e iniciar actividades como profesionista.

Nuestras leyes van dirigidas a la sociedad en la que vivimos y han sido objeto de numerosos cambios para ser adaptadas a las exigencias modernas y aplicarlas con mayor eficacia y justicia. Los estudiosos del derecho se han encargado de profundizar sobre distintos temas según sus actividades: los legisladores se encargan de discutir en las Cámaras las reformas a las normas contenidas en nuestras leyes, los autores de nuestros libros y maestros de derecho se encargan del estudio legal y doctrinal de diversos aspectos jurídicos como verdaderos especialistas; los juzgadores tiene la ardua tarea de hacer realidad nuestro

derecho aplicando las normas al caso concreto, así surgen numerosos criterios contenidos en la jurisprudencia; los litigantes y asesores tienen a su cargo la lucha constante por defender y orientar a su cliente mediante el estudio detallado del problema, de la doctrina y de la legislación aplicable para realizar planteamientos importantes; yo en estos momentos considero necesario realizar el estudio jurídico de un tema elegido por mí, por ello, antes que nada quisiera desentrañar la gran importancia que tiene la profesión de licenciado en derecho y el motivo por el cual me decidí por el tema de "La Privación de la Libertad".

El estudio del derecho permite tener contacto con la esfera jurídica y personal del ser humano, pues no es sólo el conocimiento de los conceptos y trámites legales contenidos en nuestras leyes, sino que es una verdadera vocación que se refleja en la búsqueda incansable por la justicia; significa afrontar los problemas jurídicos que se nos presentan en la vida cotidiana y que tienen consecuencias en los derechos y obligaciones de las personas que acuden a un abogado o en nosotros mismos.

Mi inquietud va dirigida a entender el significado de la pena de privación de la libertad en nuestro derecho; mi interés se debe a que la falta de conocimiento legal sobre

los derechos del acusado y las formas legales contenidas en las leyes que rigen al procedimiento penal mexicano tiene como consecuencia grandes injusticias. Tuve oportunidad de estar en contacto con sujetos que estaban privados de su libertad con repercusiones legales, sociales y familiares, se preguntaban ¿cómo voy hacer valer un derecho que no conozco? es por ello, que me avocaré al estudio del tema que ofrece diversos aspectos: humano, histórico, doctrinal, legal y constitucional.

La elaboración del presente trabajo va dirigido directamente a cumplir con los siguientes objetivos:

Al análisis de la pena de privación de la libertad desde el punto de vista humano, ya que la libertad es un derecho inherente a la persona que dentro de la jerarquía de los derechos, suele considerarse como uno de los más trascendentes, pues toda persona tiene derecho a la vida, a la propiedad y a la libertad.

A la búsqueda de antecedentes, puesto que en la historia siempre ha existido una lucha constante porque los derechos se encuentren plasmados en los ordenamientos jurídicos, su importancia radica en la necesidad de la protección al respeto a la dignidad humana y lograr un

equilibrio en la aplicación de sanciones ante el quebrantamiento de la norma legal.

Al estudio legal y doctrinal de la pena de privación de la libertad y su justificación. Incluye el análisis de las formas legales de privar de la libertad y la protección constitucional a la obtención de la libertad dentro del procedimiento penal.

Los tres capítulos que componen el contenido de esta investigación ofrecen tres enfoques distintos sobre el tema: doctrinal, procedimental y protección constitucional, vinculados entre sí, por su finalidad específica: la protección a la libertad física del individuo.

Es fundamental no perder de vista, que la comprensión del tema desde el aspecto jurídico tiene un alto contenido humano, porque la prisión, tiene no sólo consecuencias legales sino también personales para el autor del delito y sociales en cuanto a la paz y tranquilidad de los miembros de la comunidad.

CAPITULO I

I.- ANTECEDENTES.

SUMARIO.- 1.- Venganza Privada y Ley del Tali6n; 2.- Epoca Antigua; 3.- El Procedimiento Penal Can6nico; 4.- El Procedimiento Penal Mixto y Cambios Procesales; 5.- Epoca Precolonial; 6.- Epoca Colonial; 7.- Origenes Constitucionales y Legislaci6n Penal en M6xico.

1.- VENGANZA PRIVADA Y LEY DEL TALION.

Siempre ha existido en el hombre el deseo de que se proceda con justicia, la b6squeda insaciable comienza desde su aparici6n, a6n cuando no existieran ciudades ni gobernantes.

Por la inquietud del hombre en la administraci6n de justicia y la necesidad del individuo de hacer respetar sus derechos frente a los dem6s, surge la pena en forma de venganza privada del afectado, bien personal o familiar, siendo el ofendido o acreedor el que se hacfa justicia por s6 mismo; existiendo como medio de soluci6n la autotutela o auto-defensa.

La venganza privada tuvo su fin con la denominada Ley del Tali6n, en la cual se suscit6 un sistema de tarifas

para graduar la venganza, teniendo como base el principio: "ojo por ojo y diente por diente"; es decir, se daba una correspondencia entre el daño causado y el castigo sufrido. Para la graduación del sistema de tarifas surgió la intervención de un jefe civil, militar o religioso del clan o tribu o determinado órgano instituido; con ello se pasa a la etapa de la venganza pública. Mediante el sistema de tarifas se pretende lograr la equivalencia o proporción entre el daño cometido y la reacción del ofendido, dando posibilidad al deudor o infractor de recurrir ante dichos órganos para graduar la reacción, con lo que se perfilaba una administración de justicia en manos de una persona o grupo de personas.

Posteriormente, a estas funciones se les imprime la fuerza coactiva con lo que emerge la función jurisdiccional, la cual está íntimamente ligada con el surgimiento del procedimiento penal, y máxima que no se puede considerar el nacimiento de este último sin la existencia de un estado y un jefe consolidado; por ello, la aparición de la escritura y la constitución de los imperios marca el nacimiento de la época antigua, que es el punto de partida para comprender la evolución del procedimiento penal y las formas históricas de penar. Respecto a esto último, es de tomarse en consideración que han existido grandes cambios, pues el enfoque que se tuvo de la pena de privación de la libertad es distinto al que se

tiene en nuestros tiempos, pues aquel significaba: "cruelles tormentos o infamias irreparables que socavaban la dignidad humana, marcaron la historia de penas, la privación de la libertad obedecía entonces a distintas razones y era sinónimo de peligro, siendo común, el encierro por largos periodos que dificilmente llegaban a su término pues con frecuencia la muerte era quien ganaba la partida". (1)

Diversas formas de privación de libertad recuerda la historia, caracterizadas por causar aflicción al individuo, hombres atados a grandes columnas, enterrados en el suelo y jaulas de tigres constituyeron por mucho tiempo para los pueblos nómadas la prisión.

2.- EPOCA ANTIGUA.

En Grecia, en un primer periodo dominó la venganza privada, y no era únicamente en contra del delincuente sino que la pena trascendía a la familia; posteriormente es el Estado el que dicta las penas, pero obra como delegado de los dioses, pues hay una identidad entre patria y religión: el que comete un delito debe purificarse.

(1) Malo Camacho, Gustavo, Manual de Derecho Penitenciario Mexicano, Instituto Nacional de Ciencias Penales. Serie Manuales de Enseñanza 4, Secretaría de Gobernación, México, 1976, pág. 18.

Los griegos distinguían entre los delitos que lesionaban a la comunidad y a un particular, siendo más crueles las penas para los primeros; la pena tenía su fundamento en la venganza e intimidación.

El catálogo de los delitos no era cerrado, los jueces podían castigar los hechos no previstos en la ley atendiendo a la equidad.

El procedimiento penal tiene sus principios en el derecho griego basado en las costumbres y usos respetados por los atenienses; el juicio penal se caracterizaba por ser oral y público. Se llevaba a cabo de la siguiente manera: el ofendido y el acusado, ante el Rey, Consejo de Ancianos y la Asamblea del pueblo exponían verbalmente la acusación y defensa, respectivamente; presentaban pruebas, formulaban alegatos y se permitía redactar la defensa del acusado por un tercero en instrumentos denominados "lógrafos".

La resolución la emitía el Arconte, si eran delitos privados, no siendo así, intervenía el Tribunal del Areópago o el de Heliastas, pues "El Areópago correspondía al consejo de ciudadanos (eupátridas) que administraban justicia militar, en tanto el Arconte poseía entre otras facultades: las políticas y las militares. Era ante el Arconte, ante el cual

se presentaba la acusación, para después convocar al Tribunal de Areópago". (2)

Así pues, existía un Tribunal Supremo para resolver los asuntos relacionados con delitos públicos: "El Tribunal de Areópago revisaba y podía anular las decisiones de las autoridades de la polis y era el órgano judicial supremo que juzgaba definitivamente sobre los negocios que se sometían a su conocimiento". (3)

En Grecia los juicios penales eran orales, y ello hizo necesaria la presencia de un orador ante el foro para que alegara en favor de su defensor, utilizando como instrumentos la lógica y la elocuencia en el lenguaje.

A partir de la Caída de Corinto (146 A.C.) el derecho griego fue transformado por los romanos a través de los jurisconsultos quienes aportaron nuevos elementos a las instituciones de Derecho Procesal Penal y de gran importancia para el derecho moderno.

En Roma el Derecho Penal es de carácter público, y así se considera al delito y a la pena, el primero era una

(2) Silva Silva, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, Ed. Harla, México, 1973, pág. 39.

(3) Burgos, Ignacio, El Juicio de Amparo, Ed. Porrúa, S.A., México, 1973, pág. 39.

violación de las leyes públicas y la segunda fue una reacción pública contra el delito.

La prisión en la Roma antigua, era de poca aplicación como pena, siendo fundamentalmente un lugar de reclusión, hasta la imposición penal. Ulpiano gran jurista de la época, se refería a la prisión con la siguiente frase: "Carecer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet", lo cual significó: el lugar en que debe ser guardado el delincuente en espera de ser juzgado y sentenciado. Posteriormente, en ese mismo lugar debían esperar, los condenados para que se ejecutara la sentencia en forma de muerte o alguna aflicción física.

Existían como penas al sentenciar, las de carácter corporal o pecuniaria, rara vez privativas de libertad; se consideró que el "Delito es todo acto ilícito sancionado con la pena. Los delitos pueden ser públicos o privados, según se trate respectivamente, de actos que ofenden al Estado o a un particular: los primeros, castigados con pena pública corporal o pecuniaria, reciben el nombre de crimina, los segundos castigados con pena privativa pecuniaria, se conocen bajo las denominaciones técnica o maleficia". (4)

(4) Iglesias, Juan, Derecho Romano Instituciones de Derecho Privado, Ed. Ariel, S.A., Barcelona, 1984, pág. 487.

Tratándose de crímenes, el representante del Estado resolvía los conflictos, tomando en cuenta lo expuesto por el acusado y el ofendido, con el tiempo el Estado sólo intervenía en delitos que amenazaban el orden y la integridad política.

Las características del procedimiento penal en el antiguo derecho romano tiene su origen en el derecho griego como lo son el carácter público y oral; los actos procesales se llevaban a cabo en la plaza de Agora o en el Foro Romano, se realizaban ante el pueblo cumpliendo independientemente sus propias funciones el acusado, ofendido y juez.

En Roma, el procedimiento penal gozó de las características de un sistema acusatorio durante la Monarquía y la República, y de un sistema inquisitivo durante el Imperio.

El tratadista italiano Leone Giovanni, le atribuye los siguientes caracteres al sistema acusatorio en Roma:

"a).- El poder de decisión (jurisdicción) pertenece a un órgano estatal (magistrado);

b).- El poder de iniciativa es decir, el poder de acusación que teniendo contenido acusatorio -era algo

distinto al derecho de acción en el sentido actual- competía a persona distinta del juez, en el primer tiempo, sólo el ofendido y a sus parientes posteriormente, a cualquier ciudadano (se refleja aunque sea sin una correspondencia exacta, la distinción entre *delicta privada* y *delicta pública*);

c).- El proceso penal no podía incoarse sin la acusación; lo cual importaba la imposibilidad absoluta, para el órgano estatal de intervenir sin la acusación privada;

d).- Pero una vez investido de la acusación el magistrado estatal ya condicionado, en el ulterior desarrollo del proceso, por la iniciativa o la voluntad del acusador; de manera que, aun en el caso de voluntario abandono de la acusación, no decaía ésta, y las investigaciones continuaban;

e).- El juez no tenía libertad de investigación ni de selección de las pruebas, si no que estaba vinculado a examinar únicamente las alegadas por la acusación;

f).- El proceso se desarrollaba según los principios del contradictorio de la oralidad y de la publicidad;

g).- La libertad personal del acusado hasta la sentencia irrevocable". (5)

Las anteriores características se corroboran con la forma en que se llevaba a cabo el procedimiento penal en Roma durante la Monarquía; para satisfacer la pretensión se requerían ciertos rituales, movimientos y frases sacramentales que debían pronunciarse para someter a la otra parte. Los reyes administraban justicia asistidos de un consejo, con posterioridad comenzaron a delegar sus funciones para conocer los casos a los *quaestores*, que con el tiempo fueron conociendo un mayor número de casos.

En la época de la República, la delegación del poder dio lugar a una burocracia encargada de administrar justicia, los comicios centuriados eran los únicos órganos políticos encargados de imponer las penas de muerte y destierro. El esplendor del sistema acusatorio corresponde a los tiempos de la República, los ciudadanos se encargaban de acusar y recoger las pruebas. Los juicios se llevaban a cabo ante los comicios centuriados y si se trataba de asuntos de menor importancia ante un Tribunal más reducido. El acusador concretaba su pretensión en el foro. Tanto la acusación, la defensa, como las pruebas eran públicas y los ciudadanos

(5) Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1963, pág. 21-22.

procedían a la votación, muy semejante a los juicios ante las asambleas griegas.

En el imperio hubo un cambio, el pueblo, el rey y el juez en los comicios se dedicaron a otras actividades; los ciudadanos perdieron el interés en la acusación; se ofrecían recompensas a los delatores y se creó una policía formada por varios funcionarios. Prácticamente se dio paso del sistema acusatorio al sistema inquisitivo, hubo carencia de pruebas, se acudió al tormento que se aplicaba no sólo a los imputados, sino también a los testigos.

Una vez que se analizó los cambios y características que existieron en el procedimiento penal en Roma, es importante precisar que mediante dichos procedimientos la imposición de penas podía ser de diferentes clases: se hacían consistir en multas, pena de muerte, destierro y prisión; en cuanto a ésta última, solía darse en los casos de falta de pago de multas o de impuestos.

Los romanos tenían muy arraigado el sentimiento por la libertad, pues crearon instituciones jurídicas para su protección como lo fue el interdicto "De homine libero exhibiendo" que es una acción de Derecho Privado que evita que un particular pueda sin sanción o responsabilidad alguna,

privar de la libertad a un hombre libre; por tanto, sólo se podía hacerlo mediante un juicio penal; para ello, existían las cárceles o vinculas que se utilizaban en un doble aspecto: para prolongar la duración de una detención hasta el cumplimiento de una condena y como lugar para la ejecución de la pena de pérdida de la libertad física, que generalmente se convertía en perpetua. Al respecto cabe señalar que para el querite romano perder la libertad, es decir, estar en la cárcel, era lo mismo que perder la vida, se sostenía que para un romano el último suplicio no era la muerte, sino algo peor que ésta: la cárcel". (6)

3.- EL PROCEDIMIENTO PENAL CANONICO.

Es precisamente en el derecho canónico donde se originan algunas denominaciones del lenguaje penitenciario, puesto que el derecho canónico conoció la reclusión en monasterios eclesiásticos, la *destrusio in monasterium*, donde los herejes y juzgados por la iglesia cumplían su sentencia en forma de penitencia. El lugar destinado para ello era denominado *carcer* o *ergastulum*. Con el tiempo por la necesidad de imponer las penas conforme a un orden jurídico, surge el procedimiento penal canónico, el cual fue instaurado

(6) Barrita López, Fernando A., *Prisión Preventiva y Ciencias Penales*, Ed. Porrúa, S.A., México, 1990, pág. 30.

en España por los visigodos, y se generalizó subsistiendo hasta la Revolución Francesa.

El procedimiento penal canónico es un enjuiciamiento inquisitivo que parte de una primera premisa: "no se puede hacer depender la defensa del orden de la buena voluntad de los particulares", se encomienda la función de reprimir el delito al Estado.

En materias relacionadas con la iglesia, el Papa Lucio III por Decreto de 1184, llevado al Concilio de Varun, contemplaba que los obispos tenían la facultad para enviar comisarios para practicar pesquisas y entregaran a los herejes al castigo seglar.

Con el Concilio de Tolosa se reglamentó el funcionamiento de la inquisición episcopal, se encomendó a personas laicas la pesquisa y la denuncia de los herejes; asimismo los inquisidores se dedicaron a los actos y funciones procesales, que consistieron en: oír la declaración de los testigos, usar los medios a su alcance para verificar que las personas eran herejes, prohibían los defensores y empleaban el tormento para arrancar las confesiones.

Las denuncias requerían de firma y con posterioridad era necesario que se hicieran ante escribano y bajo juramento.

En conclusión, el sistema acusatorio referido, tiene las siguientes características:

"a).- Atenuación y progresiva eliminación de la figura del acusador; en la misma persona se acumulan el acusador y el juez, con la consiguiente disparidad de poderes entre juez-acusador y acusado;

b).- Investidura, en el juez, de una potestad permanente;

c).- Libertad del juez en la búsqueda, adquisición y valoración de pruebas, independientemente de todo el comportamiento de las partes;

d).- Desarrollo del proceso según los principios de la escritura y del secreto". (7)

En el procedimiento canónico se seguían los siguientes pasos: una vez realizada la pesquisa del hereje,

(7) Op. Cit., supra nota 5, pág. 24. T. 1.

se le recibían tres declaraciones desde su ingreso a la prisión y se le advertía que si confesaba la pena era menor; el fiscal formulaba los cargos y, el acusado contestaba sin tener conocimiento de quien había declarado en su contra. Hasta antes del pronunciamiento de la sentencia, podía el tribunal emplear el tormento; dictado el fallo se enviaba al Consejo Supremo de la Inquisición para que confirmara, o en su caso, modificara.

4.- EL PROCEDIMIENTO PENAL MIXTO Y CAMBIOS PROCESA- LES.

Tiene su fundamento en el procedimiento penal antiguo y en el procedimiento canónico. Se implantó en Alemania en 1532 y en Francia en 1670 con la ordenanza criminal de Luis XIV.

El autor Guillermo Colín Sánchez afirma "que el procedimiento penal mixto es sumario; puesto que, tiene las características de un procedimiento inquisitorio como lo son: el secreto y la escritura; y es plenario al gozar de la publicidad y oralidad del sistema acusatorio".

En diferentes países encontramos cambios significativos favorables al acusado en cuanto a las

garantías respetadas en los procedimientos penales. En efecto, en el siglo XVI en Italia se introdujeron normas en favor de la defensa del acusado y su libertad, al permitírsele contar con un defensor. Asimismo, es posible observar el inicial desarrollo de prisiones organizadas con las primeras ideas orientadas hacia alguna corrección de los delincuentes. En principio eran únicamente para personas con vida ociosa y disoluta, mendigos y prostitutas. Entre las más antiguas se conoce a "la House of Correction de Bridewell", en Londres, creada en 1552, la de Amsterdam llamada "Rasphius", de 1596, cuya etimología supone que la principal ocupación de los presos era la de raspar madera; se procuraba la corrección mediante el trabajo, castigo corporal, instrucción y asistencia religiosa. En 1597 fue creada la "Spinhuis", para mujeres, donde rehabilitaban también a las presas, a través de su principal ocupación la hilandería.

También en el derecho germánico se observan cambios favorables, inicialmente se instauró un proceso en el cual el ofendido reclamaba su derecho por medio de la venganza; posteriormente surge el procedimiento penal, en el cual el juez que emitía el fallo era distinto al juez instructor y se debía contar cuando menos con dos testigos para condenar.

En Francia se utilizó el sistema de la intimidación al acusado. El juez disfrutaba de un ilimitado arbitrio judicial; el infractor no tenía conocimiento del nombre de su acusador; no era oído en juicio y se empleaba tanto la pesquisa como el tormento. No fue sino con las leyes del 29 de septiembre de 1791 expedidas por la revolución, que el procedimiento penal en Francia cambió: 1).- Se contempló el respeto a las garantías del acusado; 2).- El derecho del acusado a nombrar defensor; 3).- Nombramiento de defensores de oficio por parte del juez; 4).- Prisión preventiva solamente por delito que mereciera pena corporal y 5).- Publicidad y oralidad en el proceso.

En España encontramos disposiciones de derecho procesal importantes. De la fusión del Derecho Germano y Derecho Romano surgieron las disposiciones legales conocidas como el Fuero Juzgo en donde se prevén garantías del acusado; se establecen los requisitos para hacer la acusación, derecho de prueba para el inculcado y se busca la publicidad en el procedimiento.

Empezó a surgir en España un gran número de leyes que dieron como resultado una compilación realizada por el rey Alfonso X, llamado "El Sabio" y se le conoce como: la "Ley de las Siete Partidas", con una tendencia a romanizar el

derecho y cuyo contenido es relevante en materia del procedimiento penal, en cuanto a que se establecen una serie de normas tendientes a respetar las garantías penales del individuo y significativas en lo que respecta a la acusación.

Con el tiempo surgieron nuevos trabajos legislativos que culminaron con las llamadas Nueva Recopilación de 1567 y Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805. En esta última se hace mención a la organización y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en materia criminal, así como cuestiones relativas al procedimiento.

5.- EPOCA PRECOLONIAL.

Son diversas las civilizaciones que existieron en México Precolonial. Se realizará el estudio del derecho procesal penal de los aztecas por su innegable importancia.

El procedimiento penal azteca se iniciaba de oficio y bastaba para que comenzara la persecución, un simple rumor público. Los ofendidos debían presentar su acusación o querrela, aportaban pruebas y formulaban alegatos; el acusado tenía derecho a nombrar defensor, existían pruebas como la testimonial, confesional, careos y documental.

En cuanto a las autoridades que conocían de los asuntos en materia criminal tenemos que "el monarca era la máxima autoridad judicial y delegaba sus funciones en un magistrado supremo dotado de competencia para conocer de las apelaciones en materia criminal; a su vez, éste nombraba a un magistrado para ejercer iguales atribuciones en las ciudades con un número de habitantes considerable, y este magistrado, designaba a los jueces encargados de los asuntos civiles y criminales". (8)

El emperador azteca y el Consejo Supremo de Gobierno formado por familiares del emperador se encargaban de juzgar y ejecutar las sentencias; el procedimiento duraba alrededor de ochenta días, la resolución era apelable y solía ser el rey con otros jueces o trece nobles calificados quienes sentenciaban de manera irrevocable. Al Tribunal de Apelación se le conocía con el nombre de "Tlacatecatl" o el de "Cihuacoatl".

Mediante las sentencias se imponían penas como la esclavitud, confiscación de bienes, la pérdida del empleo, la más común era dar muerte al culpable, en cualquiera de sus formas: ahorcamiento o degüello, descuartizamiento, golpes de

(8) Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, México, Ed. Porrúa, S.A., 1990, pág. 21.

cabeza, lapidación, estrangulación y excepcionalmente existía la pena de privación de la libertad. Únicamente se castigaba con cárcel por dos delitos: riña y lesiones a terceros fuera de riña; se utilizaba el encarcelamiento para los prisioneros antes de ser juzgados o sacrificados, que corresponde a la prisión preventiva actualmente.

La prisión para los aztecas duraba mientras se sentenciaba a juicio o se cumplía la pena corporal; excepcionalmente era impuesta como pena definitiva. En cuanto a los lugares utilizados para recluir a los delincuentes gozaban de sus propias características: "La prisión para los esclavos destinados al sacrificio era una gran galera con una abertura en la parte superior por donde se les bajaba y que cerrada los dejaba en completa seguridad. Se llamaba "Petlacalli" y estaba en el lugar que ocupa ahora el hospital de San Hipólito. En esta galera había en una y otra parte unas jaulas de maderos gruesos donde los ponían a los delincuentes, por lo cual llamaban también edificio "cuauhcalli" o casa de madera". (9)

"Las sanciones en el Derecho Penal Azteca ofrecían la siguiente perspectiva: penas al margen de la privación de la libertad -que comenzaban con la muerte- y penas de

(9) Op. Cit., supra nota 6., pág. 32.

privación de la libertad -cárcel- se reducían al mínimo".

(10)

Con los aztecas no existía la libertad individual si no que se tenía muy arraigado el sentido comunitario; tenían un régimen político draconiano, es decir, las penas eran aplicadas como consecuencia directa del delito y con la aplicación del Código estricto. En el pueblo azteca se pretendía disminuir la delincuencia a través de la represión, ya que la conducta antisocial era severamente castigada.

6.- EPOCA COLONIAL.

La llegada de los españoles en América provocó una dualidad de sistemas jurídicos: el indígena y el español.

En los territorios colonizados por España se aplicaba la "Recopilación de los Reynos de las Indias" de 1678 y específicamente su libro VII compuesto de ocho títulos trata de los delitos y de las penas. Esta legislación estuvo vigente en México, además subsistieron los Sumarios de las Cédulas, órdenes y provisiones reales y autos acordados de la Real Audiencia.

(10) Carrencá y Rivas, Raúl, Derecho Penitenciario, Cárceles y Penas en México, Ed. Porrúa, S.A., México, 1986, pág. 18.

"El Derecho Indiano fue supletorio del Derecho de Castilla, las fuentes fueron comunes, estaban vigentes diversas ordenanzas reales incorporadas a la Recopilación de las Indias. Tuvo aplicación el Fuero Real, las partidas, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales de Castillas, las Leyes del Toro y la Nueva Recopilación". (11)

Además de la legislación antes mencionada, estuvieron vigentes las costumbres de los indios sancionadas expresamente por el monarca, siempre y cuando no contradijeran los principios básicos de la sociedad y del estado colonizador; la jurisdicción de los jefes de los indígenas fue aceptada, pero no en delitos graves.

Así pues, durante la colonia rigieron en México, disposiciones penales contenidas en leyes elaboradas en España para España y aplicadas en las Indias Orientales y Occidentales; las elaboradas en España para la colonia, y las dictadas en la Nueva España combinadas con la legislación indígena. Muchas de las leyes se inspiraron en el humanismo español, procurando proteger la libertad de los indígenas.

España dio a las Indias un Derecho Penal propio, aplicable a los peninsulares también con miras a tutelar los

(11) Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Ed. Lozada, Buenos Aires, 1964, Tomo I, pág. 959.

derechos de los indios. Los pleitos que se suscitaban entre los indios se ventilaban en juicios breves y sumarios, a verdad sabida y sin ninguna formalidad de juicio, tenían un protector que intervenía como defensor en las causas.

En las Leyes de Indias como se mencionó, existían disposiciones en materia penal, de aplicación específica. En cuanto a la pena de privación de la libertad encontramos las siguientes normas, siendo una enumeración ejemplificativa, sin que pretenda ser exhaustiva:

Por lo que se refiere a los órganos facultados para juzgar, según las leyes de las Indias, concretamente la ley 28, título tercero, libro IV, se reservaban las Audiencias y Gobernadores la jurisdicción suprema para aquellas causas civiles y criminales en donde no hicieran justicia. En forma paralela surgió como fuente del Derecho Punitivo, la esfera policial que imponían graves penas.

También en la ley 20 del título 19, hay cinco leyes relativas a juzgados de provincia de oidores y alcaldes del crimen de las audiencias y cancellerías reales de las Indias.

En el libro VIII, primer título con veintinueve leyes se rubrica: "De los pesquisadores y jueces de la comisión", siendo los primeros los encargados de las funciones de los que hoy ejercen la instrucción hasta que se aprehende al presunto responsable; los jueces de la comisión eran designados por audiencias y gobernadores para casos extraordinarios y vigentes.

En los títulos VI, VII y VIII, del libro VIII del mismo ordenamiento, se disponía lo siguiente:

En el Título VI denominado "De las cárceles y carcelarios", se contemplaba la tendencia del legislador en mejorar las cárceles donde una serie de normas regirían, como lo son: la separación de hombres y mujeres, servicios de capilla, limpieza, agua gratuita, buen trato a los indios; las personas de calidad eran puestas en cárceles públicas y no en galeras, los gastos de prisión los abonaba el reo y sin pago por pobreza podía continuar detenido.

El Título VII.- Se trataba de la intervención de las autoridades políticas para obtener la libertad de procesados y condenados.

El Título VIII titulado "De los delitos y penas y su aplicación" contenía:

Los castigos eran: Pena capital, marcas, galeras, destierro y multa; los encargados de averiguar y castigar los delitos eran todas las justicias.

Los jueces en esa época no tenían facultad para graduar las penas, sino que aplicaban rigurosamente las establecidas en la ley.

En cuanto a la pena en las galeras se estimó lo siguiente: Los condenados a galeras eran enviados a Cartagena o tierra firme; los nacidos en la península condenados a servir en galeras, no se quedaban en las Indias, sino después de cumplir la condena regresaban a España.

Durante la Colonia estuvo vigente el derecho antes precisado, a la llegada del México Independiente, surgió la necesidad de una Constitución Política para nuestro país, además con la corriente codificadora surgieron grandes cambios.

7.- ORIGENES CONSTITUCIONALES Y LEGISLACION PENAL
EN MEXICO.

Distintas constituciones encontramos a lo largo de la historia del México independiente, en las cuales hallamos una gran variedad de disposiciones en torno a la privación de la libertad, que atendiendo al orden cronológico son las siguientes:

1).- La Constitución de Cádiz de 1812.

Es de corte liberal, expedida en la ciudad de Cádiz el 19 de marzo de 1812, en la Nueva España fue incorporada el mismo año; posteriormente perdió vigencia con los movimientos de independencia, sin embargo, se restableció el régimen constitucional, jurándola de nuevo el Virrey Apodaca en 1820. Es la primera constitución que estuvo vigente en México, pero fue elaborada por la monarquía española.

En este ordenamiento encontramos diversas disposiciones tendientes a proteger la privación de la libertad del inculcado, entre otras:

"Art. 267.- Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y así mismo un

mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión". (12)

2).- La Constitución de Apatzingán de 1814.

Es el resultado del triunfo del movimiento de José María Morelos y Pavón y se sancionó el 22 de octubre de 1814.

Esta es la primera constitución redactada en México en la que se encuentran diversas disposiciones tendientes a proteger la libertad del hombre, y en los siguientes artículos se regula la prisión:

"Art. 21.- Sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano".

Art. 22.- Debe reprimir la ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar las personas de los acusados". (13)

3).- La Constitución de 1824.

Es la primera constitución federalista, se sancionó el 4 de octubre de 1824, es de corte liberal y tiene gran

(12) Tena Ramírez, Felipe, Leyes Fundamentales de México 1808-1989, Ed. Porrúa, S.A., México, 1989, 15a. ed., pág. 94.

(13) Constituciones de México, Secretaría de Gobernación, Editorial. Facsimilar, México, 1957, pág. 8.

influencia de la constitución de los Estados Unidos de América. No existe un capítulo dedicado a las garantías individuales, sin embargo, existen determinadas normas relativas a las bases de la detención:

"Art. 112.- Las restricciones de las facultades del presidente son las siguientes:...

2a. No podrá el presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna, pero cuando lo exija el bien y seguridad de la nación, podrá arrestar, debiendo poner las personas arrestadas en el término de cuarenta y ocho horas a disposición del tribunal o juez competente...

Art. 150.- Nadie podrá ser detenido, sin que haya semiplena prueba o indicio de que es delincuente.

Art. 151.- Ninguno será detenido solamente por indicios más de sesenta horas". (14)

4).- La Constitución de las Siete Leyes de 1836.

También conocida como las Bases Constitucionales de 15 de diciembre de 1836.

En esta constitución se incluye en la Quinta Ley, referente al Poder Judicial cuestiones relativas a la prisión en los artículos 43 y 44, en los siguientes términos:

(14) Op. Cit., supra nota 13, pág. 132.

"Art. 43.- Para proceder a la prisión se requiere:

I.- Que preceda información sumaria, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes, ser castigado con pena corporal.

II.- Que resulte también algún motivo o indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal.

Art. 44.- Para proceder a la simple detención basta alguna presunción legal o sospecha fundada, que incline al Juez contra persona y por delito determinado. Una ley fijará las penas necesarias para reprimir la arbitrariedad de los Jueces en esta materia". (15)

5).- La Constitución de 1842.

El primer proyecto de la Constitución de 1842 fue rechazado por lo que regresó a la Comisión el 2 de noviembre de 1842; se concluyó el segundo proyecto y al día siguiente se leyó ante el Congreso; el 19 de diciembre de 1842, el Presidente Nicolás Bravo, mandó disolver el Congreso, extinguiendo el deseo de los liberales.

Las garantías individuales se contemplaban en el título tercero del Segundo Proyecto de la Constitución de

(15) Op. Cit., supra nota 12, pág. 236.

1842; en las fracciones XII, XIII y XV, del artículo 13 de dicho ordenamiento, se especifican cuestiones relativas a la privación de la libertad, a saber:

"XII.- Ninguno será aprehendido, sino por los agentes o personas que la ley establezca y en virtud de orden escrita del juez de su propio fuero, o de la autoridad política respectiva y cuando contra él obren indicios por los cuales se presuma ser reo de un determinado delito que se ha cometido, y no podrá ser detenido más de ocho días por la autoridad judicial, sin proveer el auto de prisión, ni más de veinticuatro horas por la policía, la cual lo entregará dentro de ellas a su juez con los datos que tuviere.

XIII.- La detención y prisión se verificarán en edificios distintos; y una y otra son arbitrarias desde el momento que excedan los términos prescritos en la Constitución. Ni el detenido, ni el preso deben ser custodiados fuera de la residencia del juez que ha de juzgarlos, ni preso en otro edificio que el que señalare su juez, conservándose allí a su absoluta disposición.

XIV.- Nadie puede ser declarado bien preso, sino por un auto motivado, del que se dará copia al reo y a su custodio, y después de practicada una información sumaria, en la que se haya oído al primero y se le haya instruído de la causa de su prisión y del nombre de su acusador, si lo hay, y de la que resulte que se cometió un delito determinado, y que haya al menos una sencilla prueba para creer que el acusado lo cometió". (16)

(16) Op. Cit., supra nota 12, págs. 375-376.

De estas disposiciones se desprende, el antecedente de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión que actualmente rigen nuestro derecho, materia del segundo capítulo del presente estudio.

6).- Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843.

El Presidente Nicolás Bravo integró una Junta Nacional Legislativa, compuesta de ochenta juristas mexicanos, a las cuales se les denominó "los ochenta notables", quienes elaboraron las bases constitucionales.

*Art. 90.- Derechos de los habitantes de la República:

V.- A ninguno se aprehenderá sino por mandato de algún funcionario a quien la ley dé autoridad para ello; excepto el caso de delito in fraganti, en que puede hacerlo cualquiera del pueblo, poniendo al aprehendido inmediatamente en custodia a disposición de su juez.

VI.- Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y sólo cuando obren contra él indicios suficientes para presuadirlo autor del delito que se persigue. Si los indicios se corroboran legalmente, de modo que presten mérito para creer que el detenido cometió el hecho criminal, podrá decretarse la prisión.

VII.- Ninguno será detenido más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero, ni éste lo tendrá en su poder más de cinco sin declararlo bien preso. Si el mismo juez hubiere verificado la aprehensión, o hubiere recibido el reo antes de cumplirse tres días de su detención, dentro de aquel término se dará el auto de bien preso, de modo que no resulte detenido más de ocho. El simple lapso de estos términos hace arbitraria la detención, y responsable a la autoridad que la comete, y a la superior que deje sin castigo este delito". (17)

7).- La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.

Jurada y sancionada el 5 de febrero de 1857, en la Sección I del Título I, se encuentran los derechos del hombre y regula la pena de privación de la libertad, en los siguientes preceptos:

"Art. 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de un mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

(17) Op. Cit., supra nota 13, págs. 164-167.

Art. 18.- Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca 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 fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios, o de cualquiera otra ministración de dinero.

Art. 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto; motivado de prisión y de los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de este término constituye responsables a la autoridad que la ordena o consiente y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten. Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades". (18)

8).- El Proyecto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Venustiano Carranza remitió al Congreso de Querétaro su proyecto de Constitución en 1916, en el que se perfilaba ya, el actual texto de los artículos relacionados con las figuras relativas a la pena de privación de la libertad.

"Art.- 16.- No podrán librarse órdenes de arresto en contra de una persona sino por la autoridad judicial y siempre que se haya presentado acusación por un hecho

(18) Op. Cit., supra nota 12, págs. 767-768.

determinado que la ley castigue con pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal, y que esté, además, apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable su responsabilidad, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Solamente en casos urgentes podrá la autoridad administrativa decretar, bajo su más estrecha responsabilidad, la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

Art. 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquí, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordena la detención o la consiente, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten.

Los hechos señalados en el auto de formal prisión serán forzosamente la materia del proceso, y no podrán cambiarse para alterar la naturaleza del delito. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

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

X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia se computará el tiempo de la detención. (19)

Una vez analizados los cambios constitucionales importantes, respecto al tema que nos atañe, se procederá a analizar el surgimiento de las leyes penales existentes, que son de primordial importancia en materia penal y procedimental, ya que las normas contenidas en los Códigos vigentes en México rigen todas las cuestiones relativas a la pena.

En los primeros intentos por lograr una legislación propia, surge durante el Imperio de Maximiliano de Habsburgo

(19) Op. Cit, supra nota 12, págs. 767-768.

un proyecto de Código Penal, elaborado por el Ministro Larios y el cual no llegó a promulgarse.

El primer estado de la República que promulgó su propia legislación fue Veracruz; se elaboraron Códigos Civil, Penal y de Procedimientos Civiles, vigentes únicamente en dicho estado.

Entre los diversos Códigos Penales que han estado vigentes en México, tuvo lugar el Código Penal de 1871. En cuanto a su elaboración el Presidente Benito Juárez en 1867 formó una comisión redactora encargada del proyecto del Código Punitivo, pero con la invasión francesa, se suspendieron los trabajos y no fue sino en 1868, que se continuó con la elaboración. Así fue presentada la obra ante las Cámaras que aprobaron y promulgaron el Código Penal el 7 de diciembre de 1871; entró en vigor el 10. de abril de 1872 en el Distrito Federal y en el territorio de Baja California. Es importante destacar que en este Código se implimentó la obligación de fijar las penas elegidas por la ley, la pena se va a caracterizar por ser aflictiva y tiene un carácter retributivo.

También en este Código Penal de 1871, se reconocen algunas medidas preventivas y correccionales; se introduce la

figura de la libertad preparatoria, que sería lo que hoy se conoce como libertad condicional.

Como resultado de la revisión de los Códigos Mexicanos por diversas comisiones, surge el Código Penal de 30 de septiembre de 1919. Posteriormente, en forma casi inmediata, se formó la comisión para la elaboración del Código Penal de 1931, que es el Código Penal que actualmente se encuentra vigente con las numerosas reformas que ha sufrido.

La Exposición de Motivos muestra que su surgimiento obedece a una necesidad de mantener el orden público, expresamente se señala:

"Ninguna escuela ni doctrina ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción del Código Penal. Sólo es posible seguir la tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable. La fórmula: "No hay delitos sino delincuentes" debe complementarse así: "No hay delincuentes sino hombres". El delito es principalmente un hecho contingente, sus causas son múltiples; es un resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario, se justifica por diversos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc.; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden. La Escuela Positiva

tiene valor científico como crítica y como método. El derecho penal es "uno de los recursos de la lucha contra el delito". La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no la proporciona la Escuela Positiva; con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución principalmente por: a) ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales; b) disminución del casuismo con los mismos límites constitucionales; c) individualización de las sanciones (transición de las penas a medidas de seguridad); d) efectividad de la reparación del daño; e) simplificación del procedimiento, racionalización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales, y los recursos de una política criminal en estas orientaciones: 1) organización práctica del trabajo de los presos, reforma de prisiones y creación de establecimientos adecuados; 2) dejará a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa; 3) complementar la función de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social (casos de libertad preparatoria o condicional, reeducación profesional, etc.); 4) medidas sociales y económicas de prevención".

El Código Penal de 1931 cuya exposición de motivos se transcribió anteriormente, fue promulgado por el Presidente Pascual Ortiz Rubio el 13 de agosto de 1931; entró en vigor para el Distrito Federal y territorios federales, en materia común y en toda la República en materia federal.

Por lo que se refiere a la materia adjetiva, encontramos la elaboración del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1929 y posteriormente el

de 1931; el Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 y el Código de Procedimientos de Justicia Militar elaborado en el mismo año.

Actualmente se encuentra vigente el Código Penal de 1931, y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1931 y el Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, desde luego, con las numerosas reformas que han sufrido dichos ordenamientos.

II.- LA PENA DE PRIVACION DE LA LIBERTAD Y EL DERECHO PENAL.

SUMARIO.- 1).- Concepto de Pena; 2).- Clases de Pena; 3).- Terminología de "Privación de la Libertad"; 4).- fundamento Legal de la Pena.

1.- CONCEPTO DE PENA.

"El vocablo "pena" es sinónimo de "castigo": en general indica el dolor, el sufrimiento que se infringe a quien ha violado un mandato.

Su carácter esencial es la aflictividad; una pena no aflictiva sería y es una verdadera *contradictio in terminis*; sería como decir luz oscura o fuego frío". (20)

La pena implica sufrimiento, y su aplicación se encuentra en todos los ámbitos familiar, social y estatal; este último caso es el que se debe examinar, puesto que es infringida por el Estado y constituye una sanción pública.

Son diversos los tratadistas que se han esmerado en definir lo que debe entenderse por la pena desde el punto de vista jurídico; haciendo referencia a las penas que emanan de

(20) Antolisei, Francesco, Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial. Temis, Colombia, 1988, pág. 485.

una autoridad judicial, existen las opiniones de los siguientes autores:

Para Cuello Calón: "La pena es el sufrimiento impuesto, conforme a la ley, por los adecuados órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal". (21)

Ricardo C. Núñez dice: "La pena es esencialmente un mal, porque significa la privación a la persona de algo de lo cual goza. Este mal impuesto por el Estado consiste en la pérdida de bienes". (22)

Carrará señala que: "La pena significa dolor, un mal sufrido por el hecho cometido. El mal que la autoridad civil inflige a un culpable por el delito cometido". (23) Y para Fernando Castellanos: "La pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico". (24)

De las definiciones anteriores se desprende que la pena desde el punto de vista del infractor es un mal, un sufrimiento, el precio que paga por su actuación contraria a

(21) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Bosch Casa Editorial, S.A., España, 1975, pág. 691.

(22) Cít. Post. Pont. Luis Marco del, Penología y Sistemas Carcelarios, Editorial. Palma, Buenos Aires, 1974-1975, pág. 34.

(23) *Ibidem*, pág. 36.

(24) Castellanos Fernando, Elementos Elementales del Derecho Penal, Editorial. Porrúa, S.A., México, 1987, pág. 318.

la ley; para la sociedad implica que se le ha causado un daño con la conducta contraria a la norma y que son los órganos del Estado los encargados de imponer la sanción.

La pena a lo largo de la historia, ha sido producto de la organización de la sociedad. En sus inicios como un castigo o venganza a la trasgresión de los bienes jurídicamente tutelados por las normas; posteriormente retributiva y como medio de prevención del delito, que implica el impedir que el delincuente cometa nuevos delitos o intimidar a los demás tratando de lograr la abstinencia de la comisión del delito en base al temor que implica la pena.

2.- CLASES DE PENA.

Son diversas las clases de penas que contemplan las legislaciones, suelen recoger: la pena de muerte por la que el Estado priva de vida al reo; las privativas de libertad que se traduce en la prisión o reclutamiento en un establecimiento penal; las restrictivas de libertad que implican una limitación a la libertad sin ser encarcelado; las privativas de derechos que tienden a una prohibición o mandato de no hacer y las penas pecuniarias que son prestaciones de carácter económico.

Diversos tratadistas agregan la clasificación siguiente: a).- Las penas de intimidación para sujetos aun no corrompidos; b).- Las correctivas tendientes a reformar la conducta pervertida de los individuos y c).- Las eliminatorias o de seguridad, que dado el carácter incorregible y peligroso del sujeto hay que alejarlo de la influencia social.

Sin embargo, en mi opinión, del contenido de las mismas se desprende que se trata de medidas preventivas y correctivas, que la mayoría de las legislaciones no las contempla como penas.

En la doctrina diversos estudiosos del derecho han realizado una clasificación de las penas existentes:

Por su fin preponderante, las penas se clasifican en intimidatorias, correctivas y eliminatorias, según se apliquen a sujetos no corrompidos, a individuos ya maleados pero susceptibles de corrección o a inadaptados peligrosos.

Por el bien jurídico que afectan, o como dice Carrancá y Trujillo atendiendo a su naturaleza, pueden ser: contra la vida (pena capital); corporales (azotes, marcas, mutilaciones); contra la libertad (prisión, confinamiento,

prohibición de ir a lugar determinado); pecuniarias (privan de algunos bienes patrimoniales, como la multa y la reparación del daño); y contra ciertos derechos (destitución de funciones, pérdida o suspensión de la patria potestad y la tutela, etc). (25)

En conclusión, se contemplan en la mayoría de las legislaciones penas privativas de la vida (pena de muerte); privativas de la libertad (prisión); restrictivas de libertad (por ejemplo el arraigo); privativas de derechos (por ejemplo no conducir un automóvil) y pecuniarias (cualquier prestación en dinero y generalmente se adopta el sistema días multa).

3.- TERMINOLOGIA DE "PRIVACION DE LA LIBERTAD"

Una vez señaladas las clases de penas, se procederá al estudio de la pena de privación de la libertad objeto del presente apartado.

El fenómeno de la libertad está ligado a la existencia de la vida humana, es esencia del ser del hombre la libertad.

(25) Op. Cit., supra nota 24, pág. 320.

"El mismo proceso que nos hace ser libres. O sea, que se trata de esencias que se relacionan y entrelazan en forma tal, que la persona humana no podría ser, sin su calidad de libre, y la libertad sólo se puede producir en el ser". (26)

El hombre es libre, principio inherente a la naturaleza humana y evidentemente al observar al hombre, sus actos y pensamientos emanan de él, dado que tiene la facultad de decidir y ejecutar los actos a través de movimientos corporales.

En este sentido todo hombre es libre en esencia; y se hace esta referencia porque es el principio necesario para la existencia de la conducta humana a la que se le atribuye una pena, por una actitud antisocial.

Una vez analizada la importancia que tiene la libertad como un derecho inherente del hombre, es primordial dejar asentadas algunas bases de índole terminológico:

La palabra privar proviene del latín *privare-privus* que significa particular, puesto aparte, que se traduce en despojar a alguien de una cosa que poseía, destituir a

(26) Castro, Juventino, V. De, Lecciones de Garantía y Amparo, Editorial. Porrúa, S.A., México, 1974, pág. 45.

alguien de un empleo, ministerio o dignidad. Prohibir o vedar. "El concepto de privación posee varios matices que pueden concretarse en lo siguiente:

1).- Se llama privación, en un sentido muy amplio, al hecho de que un ser no posea alguna cualidad que, en principio pudiera tener; así, con un ejemplo aristotélico se dice que es estar privado de ojos;

2).- En una acepción más estricta se llama privación a la carencia de algo de un ser que debiera tenerlo por naturaleza; en este sentido se dice de un hombre que está privado de la vista;

3).- Igualmente hay privación en un ser que, siendo apto para poseer algo, no lo tiene en el momento que le corresponde poseerlo;

4).- Finalmente, puede entenderse por privación, la carencia absoluta de una cosa; la significación fundamental es la de carencia del algo que debe tenerlo y así sólo lo que puede poseer una facultad es lo que realmente puede estar privado de ella y la privación se da cuando de ella está

totalmente ausente, siendo así que debería estar naturalmente presente y en un momento concreto". (27)

Por tanto, el término privar significa carecer de algo que se poseía, es la ausencia de una facultad y el no poseer lo que le pertenecía. En el presente caso, se trata de una pena con la que se desposee de un derecho que se tenía y que se pierde por la comisión de un delito.

La palabra libertad proviene del latín *libertas*, *libertaris*, *liber*, que se traduce en la facultad natural que tiene el hombre de obrar, por lo que es responsable de sus actos.

"En un sentido primogénito o atendiendo a la primera imposición del hombre, se denomina libre al que no es esclavo no está sometido al dominio de otro sino que es dueño y señor de sí y de sus actos; y en este sentido afirma Aristóteles en su *Metafísica* que "el hombre libre es causa de sí mismo". (28)

Existen dos tipos de libertad, la física y la moral, siendo la primera, aquella facultad por la cual, el ser humano es capaz de trasladarse y de ser dueño de sus

(27) *GRAN ENCICLOPEDIA RIALP*, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1973, pág. 172.

(28) *Op. Cit.*, supra nota 27, pág. 316.

movimientos; tratándose de la segunda, su examen le corresponde al campo de la moralidad y no del derecho.

Del estudio de ambos términos, concluimos que la privación implica el acto de desprender o de abstener a alguien de lo que le pertenecía y la libertad presupone que el hombre está dotado de voluntad e inteligencia y en uso de esas facultades puede realizar actos o abstenerse de ejecutarlos. En este sentido, la privación de la libertad de un individuo implica despojarlo de un derecho que le pertenecía.

Desde un punto de vista jurídico la pena de privación de la libertad, según Cuello Calón implica: "privar al penado de su libertad recluyéndolo en un establecimiento penal y sometiénolo a un régimen especial de vida y generalmente a la obligación de trabajar". (29)

La pena de privación de libertad es un medio que se tiene para la defensa de la sociedad contra el delito, supone que los sujetos son peligrosos y que debe de haber un medio adecuado para reformar a los delincuentes; se pretende lograr la readaptación mediante un régimen educativo y de trabajo,

(29) Op Cit., *supra* nota 21, pág. 813.

aunque en la práctica suele ser un lugar de castigo y no siempre se cumple con los objetivos antes planteados.

Diversos estudiosos del Derecho Penal han definido lo que es el delito, tiene gran importancia en el presente tema; no porque el delito sea la causa de la existencia de la pena, sino porque es el delito el supuesto normativo cuya realización tiene como efecto jurídico la sanción o coerción penal como le denominan algunos autores, y se alude lo siguiente: "La coerción penal no puede tener otra finalidad que la de cumplimentar la función del derecho penal, es decir, proveer la seguridad jurídica, a la seguridad de la coexistencia, previniendo la comisión de nuevas conductas afectantes de bienes jurídicos, una acción resocializadora sobre el autor". (30)

El delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley..

Es importante destacar las diversas opiniones de lo que debe entenderse por delito, según algunos estudiosos del Derecho Penal.

(30) Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, pág. 63.

El Doctor Márquez Piñero, comenta: "Hay un gran número de acciones injustas, muchas de ellas violadoras de concretos deberes morales que no son delictivos; también hay actos que son vulneradores de derechos, pero no infractores de normas penales; por último, hay acciones evidentemente causantes de perjuicios sociales que no constituyen delitos. Delito es toda acción (u omisión) antijurídica (típica) y culpable". (31)

El delito se ha definido por Sebastián Soler como: "una acción punible típicamente antijurídica y culpable y adecuada a una figura penal" (32); por Jiménez de Asúa como el "acto típicamente antijurídico y culpable, imputable a un hombre; y sometido a una sanción penal" (33) y para Pavón Vasconcelos "es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible". (34)

Las anteriores definiciones del delito hacen referencia a la sanción penal, o bien, a la punibilidad; se considera como algunos tratadistas que la punibilidad no es un elemento del delito, sino la consecuencia de la presencia del delito; la falta de una pena impuesta por el Estado no implica no se haya cometido delito, máxime que existen

(31) Derecho Penal, Parte General, Editorial. Trillas, S.A., México, 1986, pág. 32.

(32) Derecho Penal Argentino, Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1978, pág. 208.

(33) La Ley y el Delito, Editorial. Sudamericana, Buenos Aires, 1979, pág. 206.

(34) Manual de Derecho Penal Mexicano, Editorial. Porrúa, S.A., México, 1978, pág. 155.

conductas antisociales previstas en la ley penal, que no se llegan a sancionar, por evasión del delincuente.

Ahora bien, para que una conducta sea delictiva es necesario que se encuentre prevista en una ley que le dé el carácter de delito, y le atribuya al acto humano una sanción.

4.- FUNDAMENTO LEGAL DE LA PENA DE PRIVACION DE LA LIBERTAD.

En México, el artículo 24 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal señala:

"Art. 24.- Las penas y medidas de seguridad son:

- 1.- Prisión.
- 2.- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
- 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes y psicotrópicos.
- 4.- Confinamiento.
- 5.- Prohibición de ir a un lugar determinado.
- 6.- Sanción pecuniaria.
- 7.- (Derogada)
- 8.- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
- 9.- Amonestación.
- 10.- Apercebimiento.

- 11.- Caución de no ofender.
- 12.- Suspensión o privación de derechos.
- 13.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones y empleos.
- 14.- Publicación especial de sentencia.
- 15.- Vigilancia de la autoridad.
- 16.- Suspensión o disolución de sociedades.
- 17.- Medidas tutelares para menores.
- 18.- Deconsigo de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Y demás que fijen las leyes".

Dentro de las penas enunciadas en el artículo transcrito, se contempla la pena de privación de la libertad, llamada por el Código Penal, prisión; actualmente en los países es el instrumento más común en la defensa de la sociedad contra el delito; el aislamiento del delincuente bajo un régimen penitenciario pretende la readaptación del individuo y la protección social contra sujetos que suelen ser sumamente peligrosos por su inclinación en asumir una conducta dañina en contra de los miembros de la comunidad; asimismo, se pretende que la pena de privación de la libertad sea una medida preventiva del delito, en cuanto a la intimidación que ejerce sobre el individuo, al pretender asumir una conducta delictuosa.

Por otro lado, el artículo 25 del Código Sustantivo de la Materia, señala en que consiste la pena de prisión, marca los parámetros o límites de su aplicación y extinción.

"Art. 25.- La prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de tres días a cuarenta años, con excepción de lo previsto por los artículos 315 bis, 320, 324 y 366 en que el límite máximo de la pena será de cincuenta años; y se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimiento o lugares que al efecto señalen las leyes o el órgano ejecutor de las sanciones penales, ajustándose a la resolución judicial respectiva.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención".

En nuestro país como lo determina el artículo que antecede, la pena de prisión es individualizada en sentencia por la autoridad judicial y los establecimientos en donde se da cumplimiento de la pena están a cargo del Poder Ejecutivo.

Respecto al último párrafo del artículo en cita, se entiende que se empieza a compurgar la pena por un individuo que es sentenciado desde el momento de su detención, pues se considera que el tiempo que el sujeto estuvo bajo proceso en la prisión preventiva.

El artículo 51 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, fue reformado por Decreto del Ejecutivo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1991, y entró en vigor el 31 del mismo mes y año, para quedar en los siguientes términos:

"Art. 51.- Dentro de los límites fijados por la ley los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención en general y prevención específica".

Del contenido del artículo anterior se puede establecer que, como toda norma aún cuando sea de carácter penal es abstracta, general e impersonal, no se refiere específicamente a las peculiaridades del delincuente, ni a su personalidad y peligrosidad, esto se analizará al aplicarse la ley al caso concreto. Es labor del juzgador imponer la pena de prisión aplicable al caso que se le plantea, bajo los parámetros que señala la ley, atendiendo al sujeto, o sea a sus características personales y circunstancias o condiciones en las que se cometió el delito; para calificar su peligrosidad y bajo su prudente arbitrio judicial, imponer

una pena lo más apegado posible a los principios de justicia y equidad.

III.- RAZONES JUSTIFICATIVAS DE LA POTESTAD ESTATAL PARA PRIVAR DE LA LIBERTAD.

SUMARIO.- 1).- Fundamento Filosófico y 2.- Fundamento Jurídico.

1.- FUNDAMENTO FILOSOFICO.

Desde los tiempos más remotos ha existido un sistema de penas; el hombre al convivir con otros hombres se dio cuenta que existían diferentes formas de pensar y de actuar; surgió la necesidad de resistir la delincuencia para proteger la vida comunitaria y para reprimir las ofensas causadas, por ello se establecieron penas, en ocasiones siendo éstas de carácter inhumano, tornándose cada vez más en un sentido humanitario.

No basta decir que la pena de privación de la libertad se aplica como resultado de la conducta antijurídica que prevee la norma y que la autoridad se encuentra legitimada en razón de ésta, sino que implica buscar un fundamento real que nos encuadra en el campo de la filosofía.

El *ius puniendi* ha existido siempre como un derecho de la sociedad a castigar al individuo que ha violado la paz

y la tranquilidad de los miembros, sanción que deriva del hombre para el hombre en razón de un sentimiento de justicia.

¿Si es la sociedad la ofendida, de donde deriva el derecho del soberano o del Estado a castigar?

Señala César Beccaria: "El soberano tiene fundado su derecho para castigar los delitos sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas, cuando es más sagrado e inviolable la seguridad y mayor libertad que el soberano conserva a sus súbditos". (35)

Esta teoría de carácter naturalista se apega a la idea de la defensa social, no es que el Estado esté en lucha contra los criminales, y defienda directamente a un individuo, sino que la acción del Estado surge en tanto se han lesionado los bienes jurídicos contenidos en las leyes expedidas para proteger al pueblo y se ha atentado contra la autoridad que dicha ley tiene, al ser la sociedad la que la ha dictado y le ha dado facultades al soberano para hacerla cumplir.

(35) De los Delitos y de las Penas, Editorial. Porrúa, S.A., México, 1965, pág. 6.

¿Cómo se justifica que el Estado imponga una pena al hombre que ha cometido una infracción criminal?

Son diversas las teorías y abundantes los criterios por parte de los autores de los que han emanado diversas tesis; fundamentación de la pena que podemos clasificar en tres direcciones:

a).- Teorías absolutas: Para los pensadores que pertenecen a esta categoría la pena se justifica por sí misma; es retribución por el mal que el delincuente ha causado y solo la necesidad de retribuir es suficiente para justificarla, apuntan hacia esta dirección el pensamiento de Kant y Hegel; para esta teoría la pena es un mal que ha de sufrir aquél que atentó contra la sociedad, castigo al que se hace merecedor ante el mal que provocó.

b).- Teorías relativas: Para estos la pena se justifica por el fin que cumplen, discrepándose dentro de ellas al señalar cual debe ser ese fin, que para unos es la prevención general ya que según estos autores, la pena se establece para que mediante la amenaza del sufrimiento, al que se hacen acreedores los destinatarios de la norma, se abstengan de cometer delito; entre otros autores que sustentan esta teoría encontramos a Filangieri, Romgnosi,

Feurebach; y para otros la pena se justifica por la prevención especial, de conseguir que el delincuente no vuelva a delinquir, lo que se logrará cuando se arrepienta o se corrija; este pensamiento está representado por las corrientes modernas. Aplicando esta teoría específicamente a la pena de privación de la libertad, pienso que la readaptación social del individuo se puede lograr si permanece el hombre en lugares creados para este fin.

Si realmente la privación de la libertad se justifica en razón de la readaptación del individuo, es viable concluir que la pena debe cumplir con esta finalidad ¿Cómo lograr esto?

El programa de rehabilitación perfecto no existe, sin embargo, se puede tomar medidas efectivas tendientes a lograrlo; sistemas de capacitación, educación, trabajo y ayuda psicológica que implican una amplia labor y preparación por parte de los encargados y empleados de los Centros de Readaptación.

Por último, las Teorías Mixtas que distinguen entre el fundamento y los fines de la pena; ésta sólo se justifica por la retribución que debe ser proporcionada a la culpabilidad del sujeto y al daño causado por el delito. Pero

para los pensadores de la misma, además se debe atender al cumplimiento de determinados fines orientados a la prevención general y a la prevención especial.

En el mismo sentido se pronuncia Jiménez de Asúa y realizando una síntesis de las teorías anteriormente explicadas dice: "En cuanto a la filosofía pone en mano en el Derecho Penal, la tesis que se convierte en auténtica síntesis. Las teorías sobre el fundamento del Derecho Penal, surgen y aparecen las doctrinas absolutas, que penan al hombre porque ha delinquido; las relativas, que procuran que no delinca; y las mixtas, en que se trata de conciliar la utilidad y la justicia". (36)

La aplicación de las penas en los últimos tiempos, se ha tornado con un carácter más humanitario que en la antigüedad, al suprimir por diversas legislaciones en el mundo las penas que no tiendan a la readaptación del individuo, pues si se justifica la pena en razón de ello, es dable concluir que deben ser medidas tendientes a lograr esas metas. Ha quedado atrás aplicar la pena como castigo, tomando un cauce más benigno, el de la prevención del delito y la readaptación del individuo; sin embargo, para el individuo que comete el delito sigue siendo un castigo que debe sufrir

(36) Op. Cit., supra nota 33, pág. 45.

por el mal cometido; es muy cuestionable si en realidad se logra siempre la readaptación del individuo. Lo que es indudable es que existen menores posibilidades de que se cometa un delito por temor a la pena que se llegará a imponer; en este sentido como medida de prevención del delito la pena se justifica.

2.- FUNDAMENTO JURIDICO.

El Estado es el único capaz de hacer cumplir las normas que definen delitos e imponer sanciones, apegado al principio "Nullum pena sine lege".

Las causas que dan origen a una ley, a una sanción y a su aplicación derivan de la realidad jurídica; de la necesidad de un orden ante los problemas de índole social; los conflictos se presentan y están inmersos en la comunidad, a los cuales se les debe dar solución o por lo menos buscar los medios tendientes a garantizar la sana convivencia entre los hombres.

El tratadista alemán Von Ihering se cuestionó al igual que diversos autores el ¿Porqué de la pena? ¿Será porque toda inobservancia de la ley implica la protesta contra el estado y merece ser castigada?; dicho autor se

pronunció en el sentido de que el establecimiento de la ley penal se hace indispensable cuando la buena fe la probidad de las transacciones, no pueden ser salvaguardadas de otro modo, además considera que el derecho es la ordenación de la sociedad organizada en Estado, que se manifiesta en un sistema de normas coercitivas que ligan a los particulares y a la comunidad que garantizan la consecución de los fines comunes. Todo derecho existe para el hombre y la protección de sus intereses.

Wolf al respecto señala que es el legislador el que recoge esas conductas y las protege; y no precisamente a ellas, si no al bien que crean, en orden a la idea de fin de Estado, el cual tiende a la protección.

Así pues, el legislador es el que construye la norma en base a las necesidades sociales y ordena los conceptos jurídicos y los sistematiza, constituyendo el Derecho Positivo.

La misión del Derecho Penal es la defensa de los intereses de la sociedad que sean dignos y necesitados de protección, se realiza por medio de la amenaza y ejecución de la pena, considerada como un mal para el delincuente.

Los argumentos antes expuestos coinciden en un punto, el Estado actúa en forma coercitiva dado su fin de proteger y defender los intereses de la comunidad.

El individuo que forma parte de la población que integra al Estado, ha delegado el ejercicio de la autoridad de hacer cumplir la ley, a los que considera sus legítimos representantes, a fin de que vele por sus intereses, de ahí la existencia del poder público que actúa en virtud de normas de carácter jurídico dictadas por el órgano adecuado para imponer a los gobernados la obligación de actuar conforme a los lineamientos legales.

La ley protege determinados bienes jurídicos que para la sociedad de una época o lugar específicos considera como valores fundamentales que deben ser respetados, y protegidos en virtud de una sanción para aquellos que trasgredan el orden.

El Derecho Penal tiene un contenido eminentemente social, tiene por objeto la defensa de la seguridad, y logra su cometido a través de supuestos normativos previstos en ley, cuya realización trae como consecuencia, la sanción que se aplica al infractor. Esta función sancionadora debe estar dotada de imperio, para hacer cumplir sus determinaciones,

por lo cual goza de potestad pública al servicio de la justicia y del Derecho Penal.

La pena es necesaria en tanto se demanda por parte de la población la seguridad jurídica, es una medida tendiente a evitar nuevos ataques a bienes jurídicos penalmente tutelados. Diversos autores a la seguridad jurídica le llaman "justificación política de la pena", señala Zaffaroni: "La pena sólo se justifica por la necesidad de prevenir los delitos. Cuando la seguridad jurídica no se conforma con la reparación de la afectación causada por una conducta, o bien, dada la naturaleza de la conducta, una sanción reparadora se muestra como inidónea para la misma, la seguridad jurídica demanda una coerción preventiva, cuya principal manifestación es la pena, y la demanda de coerción penal -receptada por el legislador- es lo que da a la conducta su calidad de merecedora de pena". (37)

Es indudable que la pena de privación de libertad es un mal para quien la recibe, pues implica el despojo de un bien que por la propia naturaleza del hombre y en el ámbito jurídico le pertenecía, pero se justifica su aplicación temporal en tanto, si cumple con:

(37) Op. Cit., supra nota 30, pág. 77.

- 1).- Proteger a la sociedad de sujetos peligrosos;
- 2).- Disminuir el indice de criminalidad;
- 3).- Readaptar al individuo;
- 4).- Lograr el equilibrio entre la pena y el delito cometido y,
- 5).- Actuar conforme al principio: "Nullum crimen, nulla poena sin previa lege".

CAPITULO II

I. CARACTERISTICAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

SUMARIO.- 1.- Diferencia entre proceso y procedimiento; 2.- Sujetos en el Procedimiento Penal; 3.- Formas y Solemnidades de los Actos Procesales; 4.- Clases de Procedimiento; y 5.- Periodos del Procedimiento Penal.

1.- DIFERENCIA ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO.

Primero me avocaré al estudio de lo que debe entenderse por proceso y posteriormente, al contenido de un procedimiento; lo que es importante distinguir para delimitar el campo de estudio de ambos temas; asimismo es necesario comprender la formalidad con que se actúa en un enjuiciamiento penal, así como también el estudio de la organización de los órganos encargados de administrar la justicia.

La palabra proceso proviene del latín *procedo*, que significa avanzar, caminar, recorrer y según algunos autores se deriva del griego *προσέρψο* que se traduce en venir de atrás hacia adelante.

El proceso suele considerarse como una serie o conjunto de actos, con una finalidad específica, así Bettiol define al proceso como "un conjunto de actos originados por varios sujetos (juez, ministerio fiscal, imputado) con el fin de la fijación de las condiciones de hecho de las cuales deriva el ius puniendi en favor del Estado y el deber de sujetarse a la pena por parte del reo". (38) Para Rafael de Pina el proceso penal "es la serie o conjunto de actos jurídicos encaminados a la aplicación de la ley penal, por los órganos jurisdicentes en cada caso competentes". (39)

La disciplina encargada de estudiar al proceso penal es el Derecho Procesal Penal, la cual también se encarga de estudiar a la acción y a la jurisdicción, competencia y jerarquía de órganos; el Derecho Procesal Penal está llamado a proteger los intereses de la sociedad, y los del inculcado mediante el pleno cumplimiento de las leyes penales y de las garantías consagradas en la Constitución. Así para Jorge A. Claría Olmedo: "El proceso penal es el único medio legal para la realización efectiva del Derecho Penal integrador, es el instrumento proporcionado al Estado por el Derecho Procesal Penal, como único medio idóneo para que sus órganos judiciales y particulares interesados colaboren frente a un caso concreto, para el descubrimiento

(38) Instituciones de Derecho Penal y Procesal, Ed. Bosch, Barcelona, 1977, págs. 204 y 205.

(39) Código de Procedimientos Penales Comentado, Ed. Herrero, México, 1961, pág. 139.

de la verdad, y en consecuencia, actúen conforme a la Ley Penal Sustantiva". (40)

En lo que respecta al procedimiento penal Juan José González Bustamente lo define de la siguiente manera: "está constituido por un conjunto de actuaciones sucesivamente ininterrumpidas y reguladas por las normas del Derecho Procesal Penal, que se inicia desde que la autoridad tiene conocimiento de que se ha cometido un delito y procede a investigarlo, termina con el fallo que pronuncie el tribunal" (41); en cambio el proceso como bien lo señala Manuel Rivera Silva es: "El conjunto de actividades debidamente reglamentadas y en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales resuelven una relación jurídica que se plantea". (42)

En conclusión el procedimiento es una forma o método, es un concepto más general que el de proceso. Dentro de un procedimiento puede darse o no un proceso, pues tomando en consideración que el procedimiento inicia con la tramitación de los actos y formas que se dan a partir de que el Ministerio Público tiene conocimiento de la realización del ilícito penal, hasta que se dicta sentencia; y se ejecuta

(40) Tratado de Derecho Procesal Penal, J. Ed. Edfal, Buenos Aires, Argentina, 1960, pág. 390.

(41) Principios de Derecho Procesal Mexicano, Ed. Porrúa, S.A., México, 1971, pág. 5.

(42) El Procedimiento Penal, Ed. Porrúa, S.A., México, 1973, pág. 159.

en cambio, el proceso se inicia ante la autoridad judicial, hasta que el Ministerio Público concluye la averiguación previa y la hace del conocimiento de un Juez Penal o un Juez de Distrito en Materia Penal, para que en caso de que proceda dicte previas formalidades respectivas el auto de formal prisión o auto de sujeción, donde propiamente inicia el proceso.

2.- SUJETOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

Tiene gran importancia el estudio de las personas que intervienen durante la secuela del procedimiento, ya que despierta gran interés cuales son los sujetos capaces de intervenir en los distintos actos procesales y que hacen posible lograr el equilibrio en la impartición de la justicia y son:

a).- El inculpado y su defensor; b).- El ofendido;
c).- Ministerio Público; d).- El Juzgador; e).- Auxiliares de los Organos de Justicia.

Brevemente podemos analizar las funciones que realizan dichos sujetos dentro del procedimiento de la siguiente manera:

a).- El inculpado y su defensor.

El inculpado es el sujeto al que se le atribuyen los hechos delictuosos, da lugar a una relación jurídica material y posteriormente a una relación jurídica procesal.

El hombre es el único autor de los delitos, capaz de llevar a cabo una conducta prevista en la ley penal y que merece ser sancionada, se le denomina indiciado, inculpado, presunto responsable, procesado, sentenciado y condenado. Esta terminología tan diversa se utiliza según las diversas situaciones en que se encuentra el infractor en el procedimiento, así pues, se le llama indiciado desde que existe acusación o querrela hasta que se dicta auto de formal prisión, presunto responsable desde que se inicia el procedimiento hasta antes de que se dicte la sentencia; se le denomina procesado a partir de que se le sujeta a proceso por medio de un auto de formal prisión hasta antes de dictar sentencia; sentenciado a partir de que se dicte la sentencia y se le llama condenado si la sentencia estableció en su contra una sanción penal.

El inculpado tiene derecho a nombrar a un defensor, quien coadyuva en la búsqueda de la verdad y proporciona toda clase de asistencia a su defensor. Al respecto opina Colín

Sánchez: "El defensor representa a la institución de la defensa, integrada por dos sujetos fundamentales: el autor del delito y el asesor jurídico, quienes constituyen un binomio indispensable. El defensor complementa la personalidad jurídica del sujeto activo del delito, integra la relación procesal y tiene a su cargo la asistencia técnica". (43)

El inculcado puede asumir el manejo de su caso o entregarlo a una persona de su confianza, sea o no perito en derecho, sin embargo, en el caso de que la defensa la tenga a su cargo una persona que no sea licenciado en derecho, el estado en forma gratuita le pone a su servicio un defensor de oficio. Para este fin existe la Defensoría de Oficio tanto en materia federal, como en materia común.

b).- El ofendido.

La conducta antijurídica que produce un daño directo en la persona física, tanto en su patrimonio, en su integridad corporal o en su honor, trae aparejada una sanción y además la reaparición del daño, a dicha persona que resiente la lesión jurídica se le llama ofendido.

(43) Op. Cit., supra nota 8, pág. 178.

En el procedimiento penal mexicano es sujeto procesal y realiza actos encaminados a demostrar la culpabilidad del sujeto.

Sin embargo, sólo se le considera parte, cuando mediante demanda de reparación del daño, se forma el incidente respectivo.

El ofendido interviene de forma importante durante el procedimiento, pues tiene facultades como presentar denuncias y querellas; aportar al Ministerio Público y al Juez los elementos de prueba que considere necesarios y demandar la reparación del daño.

c).- El Ministerio Público.

"El Ministerio Público se encuentra situado en una doble posición a lo largo del procedimiento. Si bien en un principio es una autoridad que investiga y esclarece, más tarde, cuando se inicia el proceso ante el juez, merced al ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público se transforma en parte procesal y abandona su pura calidad de autoridad". (44) De igual forma se le considera como: "una

(44) Franco Guzmán, Vela Treviño y Otros. Manual de Introducción a las Ciencias Penales, Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social, Serie Manuales de Enseñanza 5, Secretaría de Gobernación, México, 1976, pág. 124.

institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo) que actúa en representación del interés social en todos aquellos casos que le asignan las leyes". (45)

En el procedimiento penal el Ministerio Público, tanto en el ámbito local como federal, cumple con una doble tarea: de un órgano que cumple con las funciones de investigar, perseguir y acusar (por medio del ejercicio de la acción penal) durante la averiguación previa, y de representante de la sociedad ofendida por el delito que se cometió, esta última función la cumple durante el proceso.

c).- El Juzgador.

"La función jurisdiccional la delega el Estado en el juez, éste es el órgano de que se vale para llevarla a cabo; es un sujeto de primordial importancia en la relación procesal; "es el representante monocrático" o colegial del órgano jurisdiccional del Estado, encargado de ejercer la función soberana de jurisdicción en un determinado proceso penal". (46)

La función del juez resulta relevante para la impartición de la justicia, decide sobre la controversia, pone fin a la causa atento a la ley y a la verdad.

El juzgador es un tercero imparcial, por tanto, se encuentra al margen y por encima de las partes; no defiende intereses personales, ni sus determinaciones le afectan en sus derechos, por lo que no es sujeto de la relación material. Juzga o dispone objetivamente. El juez es una autoridad, por lo que goza de imperio para hacer cumplir sus determinaciones.

En cuanto a la estructura judicial del Estado, es relevante distinguir entre los jueces del fuero común que actúan en los estados de la República, incluso en el Distrito Federal, teniendo conocimiento de los delitos comunes y los jueces federales que operan en todo el país que conocen de los delitos federales e integran el Poder Judicial Federal.

d).- Auxiliares de los Organos de Justicia.

La policía cumple una función administrativa, creada para proteger el orden y bienestar social; tiene facultades preventivas y persecutorias, con estricto apego a las garantías individuales, en cumplimiento a la Constitución

y a la ley; acatan las determinaciones emitidas por el juez y Ministerio Público.

La Policía Preventiva, la Policía Judicial Federal, la Policía Judicial para el Distrito Federal y la Policía Judicial en las entidades federativas, pertenecen al Estado y deben actuar en cumplimiento y respeto del orden jurídico.

En sus orígenes, la función de policía se fundaba en un poder autónomo y era la fuerza que daba estabilidad a los gobiernos. En México se ha luchado por restarle poder a los integrantes, limitando sus facultades a través de reformas legales, que en los últimos tiempos han sido de gran beneficio para el respeto de las garantías individuales.

3.- FORMAS Y SOLEMNIDADES DE LOS ACTOS PROCESALES.

Diversos autores le han atribuido al Procedimiento Penal ciertas características que rigen a los actos procesales que se dictan. Haciendo un análisis de ellas resultan las siguientes:

a).- Una de las principales características del Procedimiento Penal es la formalidad, pues lo precisa el autor González Bustamante, constituye una garantía para los

intereses del inculpado. El procedimiento que está constituido por una serie de actos procesales de carácter formal, ya que los pasos y seguimientos están contemplados en las leyes adjetivas y se aplican con estricto apego a la misma.

El conjunto de normas jurídicas y los actos procesales que integral el enjuiciamiento constituye una relación legal del derecho penal; para esclarecer la existencia del delito y los lineamientos a seguir en la imposición de penas.

b).- El procedimiento penal es de carácter público puesto que regula las relaciones entre el Estado y los particulares que han cometido un delito, pues interviene la acción del mismo, la acción del individuo y el órgano jurisdiccional.

El procedimiento penal no se rige por las voluntades de los que intervienen, sino que se tiene que actuar conforme a las normas jurídicas de orden público consagradas en la Constitución y en las leyes penales.

Además, el ejercicio de la acción penal corresponde únicamente al Estado, a través del Ministerio Público, quien

durante la averiguación previa tiene el carácter de acusador y dentro del proceso, es el representante de la sociedad.

Para lograr el equilibrio entre la acción del Estado y la del infractor que busca su defensa por todos los medios a su alcance, está la actuación del órgano jurisdiccional y su función es la de aplicar la ley con apego a la justicia y a la equidad.

c).- El procedimiento penal es de derecho interno, puesto que las disposiciones van dirigidas a la colectividad que se encuentra en un determinado territorio, no puede tutelar intereses fuera de las entidades y sujetos distintos de aquellos para quienes fueron creadas.

Un ejemplo de ello es el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal aplicable en el Fuero Común, el cual únicamente se utiliza para las personas sujetas a proceso en el ámbito señalado.

d).- El procedimiento penal se rige por normas de carácter adjetivo, los ordenamientos están destinados a regular una serie de actos procesales, es decir, se refieren a la actividad de las partes en el procedimiento, la forma y tiempo oportuno para realizar dichos actos.

e).- El procedimiento penal tiene carácter técnico y científico, puesto que implica una construcción sistemática de conocimientos y elaboración de conceptos de acuerdo a las necesidades sociales.

El procedimiento penal ha sido objeto de grandes transformaciones que implican un trabajo y elaboración de conceptos de acuerdo a las necesidades y cambios políticos que se suscitan.

f).- El procedimiento penal es autónomo, no está sujeto a otro procedimiento, ni se deriva de ningún otro, se desenvuelve en forma independiente bajo normas establecidas para su desarrollo.

Todo esto no implica que no tenga relación con otras disciplinas, pues al tratarse de una ciencia del derecho surgen influencias de otras materias.

g).- En cuanto al sistema de expresión, la doctrina coincide en señalar dos: el escrito y el oral, hay discrepancia de los autores al considerar cual es el sistema que ofrece mayores ventajas. Algunos opinan que el procedimiento penal debe ser escrito, apoyándose en que la

palabra escrita es un medio de comunicación más estable y que el juzgador resuelve con tranquilidad, dando certeza a sus resoluciones. Sin embargo, la mayoría de los autores se inclinan por el sistema oral, el cual a mi parecer ofrece ventajas en la impartición de justicia, puesto que el juez puede formarse un criterio más amplio al presenciar la comunicación de las partes, y sobre todo, se evitan trámites de carácter administrativo que permite ventilar los asuntos con mayor rapidez, sin necesidad de acordar por escrito las promociones de las partes, para después ser notificadas. Además, sucede que en el procedimiento penal escrito se emiten actos aislados con lo que se pierde continuidad en el procedimiento, cuestión que no sucede en el sistema oral, al existir una concentración de actos procesales, los cuales pueden llevarse a cabo en audiencia con la asistencia de las partes y el juez emite sus determinaciones en el mismo acto.

Cabe señalar que en los tiempos modernos, los documentos han cobrado una significativa importancia, pues todos los contratos, manejos de cuenta, archivos, adquisición de bienes, se manejan a través de documentos, mismos que son la base de la prueba documental.

En mi concepto, los documentos son de mucha utilidad para la búsqueda de la verdad, pero deberían de ser úni-

camente un medio para probar los extremos de una pretensión. En nuestro sistema jurídico, se utiliza el documento como un instrumento de comunicación entre las partes y el órgano jurisdiccional, lo cual dilata el procedimiento, pues tomando en cuenta que en el caso de que un defensor o el inculpado solicite, por ejemplo, que se le admita determinada prueba, primero debe presentar su promoción por escrito ante la Oficialía de Partes, para posteriormente ser turnada al Secretario de Acuerdos, quien por el cúmulo de trabajo acordará lo conducente en los días posteriores, después, pasará el acuerdo a firma del juez para finalmente, turnarse a la actuaría para ser notificado al promovente. Todo ello implica un trámite administrativo innecesario que se evitaría si se implantara el sistema oral, encaminado a una justicia pronta y expedita.

De nuestra legislación se concluye que en México se sigue una combinación del sistema oral y el escrito. Los Códigos Federales y Común de Procedimientos Penales establecen la forma escrita de las actuaciones, y el primero de ellos además, contempla la posibilidad que se hagan promociones verbales; sin embargo, la práctica de careos, declaraciones del infractor y de los testigos se realizan siempre de forma verbal, pero de ello se debe levantar el acta respectiva.

En este sentido, los artículos 20 y 21 del Código Federal de Procedimientos Penales señalan:

"Art. 20.- Las promociones que se hagan por escrito deberán ser firmadas por su autor, pudiéndose ordenar su ratificación cuando se estime necesario; pero deberán ser siempre ratificadas si el que las hace no las firma por cualquier motivo".

"Art. 21.- Los secretarios deberán de dar cuenta, dentro del término de veinticuatro horas, con las promociones que se hicieran. Para tal efecto, se hará constar en los expedientes el día y hora en que se presenten las promociones por escrito y se hagan las verbeles.

Señala el artículo 59 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

"Art. 59.- Todas las audiencias serán públicas, pudiendo entrar libremente a ellas todos los que parezcan mayores de catorce años.

En los casos en que se trate de un delito contra la moral, o cuando en el proceso sea ésta atacada, la audiencia tendrá lugar a puerta cerrada, sin que puedan entrar al lugar en que se celebre más que las personas que intervienen oficialmente en ella".

La anterior transcripción muestra claramente el carácter formal del procedimiento penal, hay una inclinación por parte del legislador de que las promociones se deben presentar por escrito y las audiencias orales deberán ser

además públicas, desde luego se tendrá que asentar en el acta respectiva (por escrito) el resultado de la audiencia.

Además, es tan importante la formalidad en el procedimiento penal que de no realizarse en la forma establecida por la ley, las actuaciones son nulas.

Al respecto, precisa el artículo 27 bis del Código Federal de Procedimientos Penales:

"Art. 27 bis.- Las actuaciones serán nulas cuando carezcan de alguna de las formalidades esenciales que prevenga la ley, de manera que se cause perjuicio a cualquiera de las partes, así como cuando la ley expresamente determine la nulidad. Este no podrá ser invocado por quien dio lugar a ella..."

4.- CLASES DE PROCEDIMIENTO.

Según la ley existen dos clases de procedimiento: ordinario y sumario.

a).- Procedimiento Ordinario.- Su fundamento rector son los artículos 147, 150 y 152 del Código Federal de Procedimientos Penales, que establecen:

"Art. 147.- La instrucción deberá terminarse en el menor tiempo posible. Cuando exista auto de formal prisión y el delito tenga señalada una pena máxima, que exceda de dos años de prisión, se terminará dentro de diez meses; si la pena máxima es de dos años de prisión o menos, o hubiere dictado auto de sujeción o proceso, la instrucción deberá terminarse dentro de tres meses.

Los plazos a que se refiere este artículo se contarán a partir de la fecha del auto de formal prisión o del de sujeción a proceso, en su caso. Dentro del mes anterior a que concluya cualquiera de los plazos antes señalados, el juez dictará auto que señale esta circunstancia, así como la relación de pruebas, diligencias y recursos que aparezcan pendientes de desahogo. En el mismo auto, el juez ordenará se gire oficio al tribunal unitario que corresponde, solicitándose resuelva los recursos antes de que se cierre la instrucción, y dará vista a las partes para que, dentro de los diez días siguientes manifiesten lo que a su derecho convenga, indicándoles que de no hacerlo resolverá como lo ordena el artículo 150 de este código".

"Art. 150.- Transcurridos los plazos que señala el artículo 147 de este Código o cuando el Tribunal considere agotada la instrucción lo determinará así mediante resolución que se notificará personalmente a las partes, y mandará poner el proceso a la vista de éstas por diez días comunes, para que promuevan las pruebas que estimen pertinentes y que puedan practicarse dentro de los quince días siguientes al en que se notifique el auto que recalga a la solicitud de prueba. Según las circunstancias que aprecie el juez de la instancia podrá de oficio ordenar el desahogo de las pruebas que a su juicio considere necesarias para mejor proveer o bien ampliar el plazo de desahogo de pruebas por diez días más. Al día siguiente de haber transcurrido los plazos establecidos en este artículo el Tribunal, de oficio y previa

certificación que haga el secretario, dictará auto en el que se determine los cómputos de dichos plazos.

Se declarará cerrada la instrucción cuando, habiéndose resuelto que tal procedimiento quedó agotado, conforme a lo previsto en el párrafo anterior, hubiesen transcurrido los plazos que se citan en este artículo o las partes hubieran renunciado a ellos.

El último párrafo del artículo 152 señala:

"Una vez que el juzgador estime agotada la instrucción, dictará resolución citando a la audiencia a que se refiere el artículo 307, la que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución que declara cerrada la instrucción".

Los artículos transcritos deben interpretarse de la forma siguiente: Que la instrucción del proceso tendrá una duración máxima de diez meses y mínimo de tres, de acuerdo con la pena posible a imponer, contados a partir de la fecha en que se dicte auto de formal prisión o sujeción a proceso, en cuyo término las partes están en aptitud de ofrecer las pruebas que estimen pertinentes a sus pretensiones, no obstante lo anterior, al agotarse la instrucción el juez pone a la vista de las partes el proceso, por el término de diez días comunes a fin de que pueda ofrecer y se desahoguen las pruebas pendientes, teniendo la facultad el juzgador de ampliar el término.

Finalmente, al transcurrir los plazos probatorios, si las partes renuncian a ellos se declarará cerrada la instrucción, poniéndose la causa a la vista del Ministerio Público para que formule conclusiones y una vez realizado lo anterior, se hacen del conocimiento del acusado y su defensor para que formulen las que les corresponda y se cita a las partes para la audiencia final y celebrada ésta, deberá dictarse la sentencia dentro de los diez días siguientes de acuerdo con el artículo 97 del ordenamiento invocado.

b).- Procedimiento Sumario.

Encuentra su fundamento en los artículos 152 y 152 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, los que señalan:

"Art. 152.- En los casos de delitos cuya pena no exceda de seis meses de prisión o la aplicable no sea privativa de libertad, después de dictado el auto de formal prisión o el de sujeción al proceso, se procurará agotar la instrucción dentro de quince días. Una vez que el tribunal la estime agotada, dictará resolución citando a la audiencia a que se refiere el artículo 307 y se estará a lo dispuesto en la fracción I del artículo 307.

En el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según corresponda, el juez, de oficio, resolverá la apertura del procedimiento sumario en el que se procurará agotar la instrucción dentro del plazo de treinta días, cuando se esté en cualquiera de los siguientes casos:

- I. Que se trate de flagrante delito;
- II. Que exista confesión rendida precisamente ante la autoridad judicial o ratificación ante ésta de la rendida legalmente con autoridad, o
- III. Que no exceda de cinco años el término medio aritmético de la pena aplicable, o éste sea alternativa o no privativa de libertad.

Una vez que el juzgador estime agotada la instrucción, dictará resolución citando a la audiencia a que se refiere el artículo 307, la que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución que declare cerrada la instrucción."

"Art. 152 bis.- Cuando se haya dictado auto de formal prisión o de sujeción al proceso, en su caso, y ambas partes manifiesten en el mismo acto o dentro de los tres días a la notificación del auto que se conforman con él y que no tienen más pruebas que ofrecer, salvo las conducentes sólo a la individualización de la pena o medida de seguridad, y el juez no estime necesario practicar otras diligencias, se procederá conforme a lo previsto en la parte final del artículo anterior".

El procedimiento sumario tiene características relevantes con el que se pretende reducir los términos de la instrucción del proceso y su celeridad.

Los artículos anotados anteriormente, contienen una serie de reglas necesarias para regular el procedimiento sumario, se prevee que la pena aplicable al delito no es privativa de libertad o siéndola, no excede de seis meses de prisión, una vez dictado el auto de procesamiento se procurará agotar la instrucción en el transcurso de quince días. Concluyendo este plazo, se cita a la audiencia final, en la cual previas conclusiones de las partes, se debe dictar la sentencia.

Si se trata de flagrante delito, hay confesión judicial o si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena aplicable, o ésta es alternativa o no privativa de la libertad, una vez dictado el auto de procesamiento se procurará agotar la instrucción en el plazo de treinta días. Al cabo de éstos, se cita para audiencia de vista, que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto que declara cerrada la instrucción.

En conclusión, la diferencia que existe entre el procedimiento ordinario y el procedimiento sumario, es que en el sumario los términos de la instrucción son más cortos y más ágil su tramitación, ya que en la propia audiencia final se presentan las conclusiones de las partes y se debe dictar la sentencia respectiva. Con ello se pretende una justicia pronta y expedita, ya que no ofrece mayor problema que el que se cumpla con algunos de los supuestos que prevee la ley para conformar al procedimiento sumario y que proceda éste, con el beneficio de que se realiza con mayor rapidez que el ordinario.

5.- PERIODOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

El Código Federal de Procedimientos Penales establece cinco periodos:

- 1).- Averiguación Previa.
- 2).- Preinstrucción.
- 3).- Instrucción.
- 4).- Juicio.
- 5).- Ejecución.

Se contempla en el artículo 1o. de dicho ordenamiento:

*Art. 10.- El presente código comprende los siguientes procedimientos:

I. El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establecen las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal.

II. El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculcado, o bien, en su caso la libertad de éste por falta de elementos para procesar;

III. El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiaridades del inculcado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste.

IV. El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa la pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva.

V. El de segunda instancia ante el tribunal de apelación en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos.

VI. El de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas.

VII. Los relativos a Inimputables, a menores y a quienes tienen el hábito o necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

El autor Arilla Bas respecto a los anteriores periodos del procedimiento, los agrupa de la siguiente forma:

"Periodos de desarrollo de la acción (a cargo del órgano persecutorio):

a).- Periodo de preparación de la acción, que se inicia con la denuncia o querrela.

b).- Periodo de persecución, que se inicia con el acto de la consignación, mediante el cual el Ministerio Público ejercita la acción penal.

c).- Periodo de acusación, que se inicia con la formulación de conclusiones.

Periodo de Desarrollo del Procedimiento:

A).- A cargo del órgano persecutorio: periodo de Averiguación Previa.

B).- A cargo del órgano jurisdiccional:

a).- Período de instrucción, que se divide en dos:

a').- De preparación del proceso, desde el auto de radicación hasta el auto de formal prisión.

b').- De proceso, desde el auto de formal prisión hasta el que declara cerrada la instrucción y pone la causa a la vista de las partes.

b).- Período del juicio que comprende:

a').- De preparación, que se abre con el auto de vista y termina con el de citación para la vista.

b').- De debate, o de vista de la causa.

c').- De decisión sentencia*. (47)

De las anteriores clasificaciones se desprende que el procedimiento penal, en sus etapas, se pueden sistematizar y explicar de la siguiente manera:

1).- Averiguación Previa.

(47) Arilla Bas, Fernando, El Procedimiento Penal en México, Editores Mexicanos Unidos, México, 1974, pág. 12.

1.1).- Existencia de la denuncia o querrela ante el Ministerio Público;

1.2).- El Ministerio Público indaga los hechos, personas y objetos materia del delito, específicamente sobre la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del indiciado;

1.3).- El ejercicio o no ejercicio de la acción penal.

1.3.1).- Ejercicio de la acción penal si el Ministerio Público considera que hay delito que perseguir, por existir un presunto responsable; se consigna la causa ante la autoridad judicial a fin de que el juez determine:

a).- Si la consignación o el ejercicio de la acción penal se realizó con detenido: se debe resolver sobre la situación jurídica de éste.

b).- Si la consignación o el ejercicio de la acción penal se realizó sin detenido: solicita el Ministerio Público se dicte la orden de aprehensión.

1.3.2).- El no ejercicio de la acción penal.

Se archiva la causa estableciendo los fundamentos y motivos por los que no procedió la acción.

Así pues, en el caso de prosperar la acción penal y se dicte en el término de sesenta y dos horas por parte del juez auto de formal prisión o de sujeción, se inicia el proceso y el Ministerio Público cambia su función de órgano acusador por la de Representante Social.

2).- Instrucción.

2.1).- Preinstrucción:

2.1.1).- Auto de Radicación.- Primera resolución del juez ante quien se ejercita la acción penal por el Agente del Ministerio Público.

Tiene por objeto:

1.- Fijar la jurisdicción del juez.

2.- Vincular a las partes con el órgano jurisdiccional.

3.- Sujetar a terceros al órgano jurisdiccional.

4.- Abre el período de preparación al proceso.

2.1.2).- Consignación sin detenido.

Libramiento o denegación de la orden de aprehensión o comparecencia, en caso de que se haya ejercitado la acción penal sin detenido.

2.1.3).- Consignación con detenido.

Una vez que se ha consignado ante el juez con detenido o se cumplimentó la orden de aprehensión, se tiene un término de veinticuatro horas para rendir la declaración preparatoria por parte del infractor, haciéndole de su conocimiento.

1).- Delito por el cual se le acusa.

2).- Se le da derecho a nombrar defensor.

3).- Se le entera de todos y cada uno de los hechos en los que intervino por la comisión del delito.

4).- Se le hace de su conocimiento las personas que le imputan la conducta delictuosa y los testigos que presenciaron los hechos.

5).- Se la hace saber si tiene o no derecho a la libertad provisional bajo caución.

2.1.4).- Auto del término constitucional.

A las setenta y dos horas siguientes a las que se consignó o se cumplimentó con la orden de aprehensión, se determina por parte del juez la situación jurídica del indiciado dictando:

- 1).- Auto de Formal prisión.
- 2).- Auto de Sujeción al proceso.
- 3).- Auto de Libertad por falta de elementos para procesar con reservas de ley.
- 4).- Auto de Libertad Absoluta.

2.2).- Instrucción.- Con el auto de formal prisión o de sujeción se inicia el proceso.

3.- Ofrecimiento, Admisión y Desahogo de Pruebas.

Una vez resuelta la situación jurídica del indiciado, si existen elementos para el procesamiento en los plazos establecidos en la ley, las partes que intervienen pueden ofrecer las pruebas que estimen pertinentes para la comprobación plena y legal de los extremos, tanto de la defensa como del órgano acusador, y la actividad jurisdiccional, consistente en admitir legalmente dichas pruebas, y ordenar de oficio la práctica de los careos constitucionales.

Respecto a las pruebas que se pueden aportar, se encuentran reguladas en el artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el 206 y siguientes del Código Federal de Procedimientos Penales:

"Art. 135.- La ley reconoce como medios de pruebas:

I. La confesión judicial;

II. Los documentos públicos y los privados;

III.- los dictámenes de peritos;

IV. La inspección judicial;

V. Las declaraciones de testigo, y

VI. Las presunciones.

También se admitirá como prueba todo aquello que se presente como tal, siempre que, a juicio del funcionario que practique la averiguación, pueda constituirlo. Cuando éste lo juzgue necesario podrá, por cualquier medio legal establecer la autenticidad de dicho medio de prueba*.

Art. 206.- Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o del tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba establecer la autenticidad.

El Código de Procedimientos Penales, reconoce como pruebas del proceso, las siguientes:

a).- Confesión.

"Es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de dictar sentencia irrevocable". (Art. 207 CFFP).

Se reformó el artículo 287 del Código Federal de Procedimientos Penales, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial el 8 de enero de 1991, que contiene los requisitos que debe reunir la confesión, para establecer lo siguiente:

Art. 287.- La confesión ante el Ministerio Público y ante el juez deberá reunir los siguientes requisitos:

I. Que sea hecha por persona no menor de dieciocho años, en su contra, con pleno conocimiento y sin coacción, ni violencia física ni moral;

II. Que sea hecha ante el Ministerio Público o el tribunal de la causa y en presencia del defensor o persona de su confianza, y que el inculcado esté debidamente enterado del procedimiento y del proceso.

III. Que sea de hecho propio, y

IV. Que no existan datos que, a juicio del juez o tribunal, la hagan inverosímil..."

Se adicionó el último párrafo del artículo antes citado en la reforma del 8 de enero de 1991, con grandes beneficios para el inculpado, ya que se contempla:

No podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión. La Policía Judicial podrá rendir informes pero no obtener confesiones; si lo hace éstas carecerán de todo valor probatorio".

b).- Inspección.

Es materia de tal prueba todo aquello que pueda ser directamente apreciado por la autoridad que conozca del asunto. La inspección debe ser practicada invariablemente, con la asistencia del Ministerio Público o, en su caso, del juez según se trate de la averiguación previa o del proceso, so pena de nulidad si éstos no intervienen.

Para su desahogo se fijará día, hora y lugar, y se citará oportunamente a quienes hayan de concurrir, los que podrán hacer al funcionario que la practique las observaciones que estimen convenientes. (Art. 208 CFPP).

c).- Pericial.

Siempre que para el examen de personas, hechos u objetos se requieran conocimientos especiales se procederán con intervención de los peritos.

Podrán nombrarse por parte del Ministerio Público y de la defensa dos o más peritos, pero bastará uno en caso urgente. Los peritos deberán tener título oficial en la ciencia o arte a que se refiere el punto sobre el cual deba determinarse en caso contrario, se nombrarán peritos prácticos; los peritos tendrán que aceptar el cargo y protestar su fiel desempeño; asimismo, deberán rendir su dictamen por escrito y ratificarlo en diligencia especial (artículo 220 y siguientes del CFPP).

d).- Testimonial.

Toda persona que haya presenciado los hechos que se investiga, está obligada a declarar respecto de los mismos. Las preguntas se formularán por las partes intervinientes en la instrucción y siempre deberán guardar relación con los hechos.

Si el testigo no comparece sin causa justificada, el juez ordenará que sea presentado a declarar (Art. 242 del CFPP).

e).- Confrontación.

Toda persona que tuviera que referirse a otra, lo hará de un modo claro y preciso, mencionando, si le fuera posible, el nombre, apellido, habitación y demás circunstancias que puedan servir para identificarle.

Cuando el que declare no pueda dar noticia exacta de la persona a quien se refiere, pero exprese que podrá reconocerla si se le presentare, el tribunal procederá a la confrontación.

Lo mismo se hará cuando el que declare asegure conocer a una persona y haya motivos para sospechar que no la conoce. (Arts. 258 y 269 del CFPP).

f).- Careos.

En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado la siguiente garantía constitucional; será careada con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su

presencia si estuviesen en lugar de juicio, para que puedan hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa, como lo dispone el artículo 20 fracción IV de la Constitución.

Con excepción del caso mencionado con anterioridad, los careos se practicarán cuando exista contradicción en las declaraciones de dos personas, pudiendo repetirse cuando el tribunal estime oportuno o cuando surjan nuevos puntos de contradicción. (Art. 265 del CFPF).

g).- El documento proviene del latín documentum docere, que significa enseñar, ilustrar o comprobar algo.

En el procedimiento penal, documento es todo escrito o instrumento en donde consta o se expresa representativa o reproductiva, la voluntad de una o más personas, relatos, ideas, sentimientos, cuestiones plásticas, hechos o cualquier otro aspecto cuya naturaleza sea factible de manifestarse.

El tribunal recibirá las pruebas documentales que le presentan las partes hasta un día antes de la audiencia de vista y las agregará al expediente, asentado en autos. (Art. 269 CFPF).

Existen dos clases de documentos, los públicos y los privados, se consideran documentos públicos los que señala el artículo 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles:

"Art. 129.- Son documentos públicos aquellos cuya formación está encomendada por la ley, dentro de los límites de su competencia, a un funcionario público revestido de la fe pública, y los expedidos por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones. La calidad de públicos se demuestra por la existencia regular sobre los documentos, de los sellos, firmas u otros signos exteriores que, en su caso, prevengan las leyes".

El artículo 334 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala que:

"Son documentos privados: los vales, pagarés, libros de cuentas, cartas y demás escritos firmados o formados por las partes o de su orden y que no están autorizados por escribano o funcionario competente".

Los documentos públicos tienen pleno valor probatorio, en tanto los privados para efectos del procedimiento penal son meros indicios. (Arts. 280 y 285 del CFPP).

4.- Juicio.

Se cierra la instrucción con la que termina la actuación de las partes, se lleva a cabo la audiencia de derecho en la que el Ministerio Público, el procesado y su defensor formulan conclusiones y se cita a las partes para sentencia.

La sentencia es el momento culminante de la actividad jurisdiccional, y al poner fin al juicio, declara al procesado inocente o culpable.

5.- Ejecución:

Esta comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas.

Al ser el procedimiento penal eminentemente formal, los actos procesales se deberán realizar por las partes en las etapas previstas por la ley y en los plazos respectivos, de otra manera se pierde el derecho de presentar determinada prueba, o a realizar cualquier acto procesal tendiente a la defensa del procesado.

Este análisis de las etapas del procedimiento penal son importantes para ubicar en que parte del procedimiento, se pueden llevar a cabo actos tendientes a la privación de la libertad de una persona, que será el objeto de estudio de la parte restante del presente capítulo.

II.- DISTINTAS SITUACIONES DENTRO DE LA PRIVACION DE LA LIBERTAD.

SUMARIO.- 1.- Cuestiones Previas al ejercicio de la acción penal; 2.- Detención del inculpado, flagrancia y orden de aprehensión; 3.- La consignación con detenido o sin detenido.

1.- CUESTIONES PREVIAS AL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

El artículo 10. del Código Federal de Procedimientos Penales prevee que la Averiguación Previa es el conjunto de procedimientos y diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal. En otras palabras, la Averiguación Previa es el procedimiento desarrollado antes del proceso penal que tiende a preparar el ejercicio de la acción penal, en el cual el Ministerio Público debe reunir los elementos necesarios para accionar ante los Tribunales en contra del alguien a quien se presume culpable o responsable en la comisión de algún delito.

"La acción penal es una acción declarativa, puesto que se endereza a que el órgano jurisdiccional declare el

derecho del Estado a ejecutar la pena". (48) Asimismo, se considera que "la preparación del ejercicio de esta acción se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de sus facultades, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, para esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad". (49)

Dos son las formas como se inicia legalmente en México el procedimiento investigatorio de los delitos: De oficio y a petición de parte ofendida.

Dependiendo de la naturaleza del delito deriva la manera de proceder de la Averiguación Previa, ya que existe delito en cuya persecución está interesada plenamente la sociedad y aquellos de menor entidad social, donde el particular debe impulsar la actividad investigadora, que aunque también ese tipo de delitos afectan a la sociedad, la ley ha querido que sea el ofendido el que incite el ejercicio de la acción penal.

Los delitos perseguibles de oficio requieren de la sola denuncia de los hechos que los constituyen, pero existen

(48) Op. Cit., supra nota 47, pág. 27.

(49) Ídem, pág. 253.

otros delitos para los que la ley exige la querrela de parte ofendida, conforme a los artículos 113 y 114 del Código Federal de Procedimientos Penales, en los siguientes términos:

"Art. 113.- Los servidores públicos y agentes de policía judicial, así como los auxiliares del Ministerio Público Federal, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de orden federal de que tengan noticia, dando cuenta inmediata al Ministerio Público Federal si la investigación no se ha iniciado directamente por éste. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

I. Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado;

II. Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado.

Si el que inicia una investigación no tiene a su cargo la función de perseguirla, dará inmediata cuenta al que correspondiera legalmente practicarla.

Cuando para la persecución de un delito se requiera querrela y otro acto equivalente, a título de requisito de procedibilidad, el Ministerio Público Federal actuará según lo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para conocer si la autoridad formula querrela o satisface el requisito de procedibilidad equivalente".

"Art. 114.- Es necesaria la querrela del ofendido, solamente en los casos en que así lo determinen el Código Penal y otra ley".

De lo anterior se desprende que los servidores públicos, agentes de la policía judicial y los auxiliares del Ministerio Público tienen facultades para iniciar la investigación de los delitos que se persiguen de oficio, pero compete al Ministerio Público practicar las diligencias respectivas; en el uso de estas facultades, tales órganos deben apegarse a lo ordenado en la Constitución, para realizar actos de autoridad tendientes a causar molestia en los particulares.

Por otra parte, debe destacarse que la denuncia de hechos delictivos perseguibles de oficio, pueden formularse por cualquier persona, sea o no agraviada por el delito; sea nacional o extranjero; sea o no menor de edad; porque el inicio de la averiguación previa requiere solamente la noticia del delito que formula cualquier persona a la Policía Judicial, al Ministerio Público o a los auxiliares de éste, debiendo los mismos iniciar de oficio la investigación sin mayores preámbulos que los de levantar acta circunstanciada de la denuncia.

En cambio, cuando el delito requiere de querrela necesaria, sólo el ofendido por el delito o sus legítimos representantes pueden formularla verbalmente o por escrito, suscribiendo con firma o huella digital el escrito correspondiente o el acta levantada, señalando su domicilio.

En caso de personas morales, la querrela que formulen sus representantes debe estar acompañada del poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial para tal efecto, sin que se precise acuerdo o ratificación del consejo administrativo o de la asamblea de socios o accionistas, ni poder especial para el caso concreto, ni instrucciones específicas al mandante. (Art. 120 CFPP).

La autoridad que recibe la denuncia o querrela debe informar a los comparecientes acerca de la trascendencia jurídica de lo que realizan, sobre todo, de las penas en que incurre quien se conduce falsamente ante las autoridades.

2.- DETENCION DEL INculpADO, FLAGRANCIA Y ORDEN DE APREHENSION.

Para privar de la libertad a una persona que ha cometido un delito, existen dos vías legales:

a).- Delito flagrante. .

b).- Orden de aprehensión.

La cuestión primordial es determinar que se entiende por delito flagrante. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronuncia en el siguiente sentido:

"ORDEN DE APREHENSION EN CASO DE DELITO INFRAGANTI.- El artículo 16 de la Constitución Federal previene que la orden de aprehensión sólo puede dictarse por la autoridad judicial, llenándose los requisitos de este propio artículo y como excepción se consigna de los delitos, en los que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata, entendiéndose por delito flagrante, el que se esté cometiendo actualmente, sin que el autor haya podido huir, ahora bien..."

(Tesis aislada, Quinta Epoca, Zetarán Roberto y Coagraviados, pág. 631, Tomo LVI, 20 de abril de 1938).

Como lo señala el artículo 16 Constitucional cuando se trata de un delito flagrante, cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata y si se trata de delitos que se persiguen de oficio, la autoridad administrativa puede bajo su más estricta responsabilidad,

decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de autoridad judicial.

En efecto, señale el artículo 16 Constitucional:

"No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda, denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persigan de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial".

Esta garantía individual tiene en nuestro sistema jurídico grandes repercusiones, ya que, por un lado, se permite que cualquier persona detenga al autor del delito, con la sola obligación de entregarlo sin demora a la autoridad inmediata; y, si se tratase de una autoridad administrativa, tiene la facultad de decretar la detención del acusado con la consecuente obligación de consignarlo inmediatamente a la autoridad judicial, lo que significa que

la averiguación previa del delito flagrante, debe realizarse sumariamente, levantándose el acta correspondiente, donde se hará constar el nombre de la persona que realizó la detención, los hechos que motivaron la detención, la fecha y hora en que se efectuó, las declaraciones de los testigos y las cosas y objetos recogidos con motivo del delito.

Sin embargo, el texto constitucional no precisa ni el concepto de "flagrancia" ni el de "inmediatamente" o "sin demora". Es la ley secundaria, específicamente el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales la que define el primer concepto al preceptuar que "... se entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito no solo cuando es detenido en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpado es perseguido materialmente, o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundamentalmente su culpabilidad".

El concepto "sin demora" no ofrece problema jurídico alguno, pues significa que el particular que detiene a una persona en flagrante delito debe ponerlo a disposición de la autoridad del lugar sin tardanza, sin retraso, sin

dilatación; a riesgo de incurrir en el delito de privación ilegal de la libertad debe actuar cuanto antes, sin que goce de plazo alguno por no tener facultades autoritarias en la averiguación previa, donde solo tendrá el carácter de testigo por la inmediatez con los hechos de la flagrancia.

En cambio, el concepto "inmediatamente" de acuerdo con el artículo 16 Constitucional implica un término para la autoridad que decretó la detención oficial del delincuente flagrante, con el objeto de ponerlo a disposición de la autoridad judicial.

¿Cuál es el término? El artículo 16 no señala ninguno, ya que "inmediatamente" significa: enseguida, luego, al instante, en el acto, *incontinenti*; ¿enseguida de que? ¿luego de que? ¿de la detención? o ¿de lo averiguado?. Al ser oscura la ley en este sentido y no especificar, creo que fundamentalmente se debe entender que la obligación de poner al detenido, a disposición de la autoridad judicial es dentro de las veinticuatro horas siguientes de la privación de su libertad, en las cuales deben integrarse la averiguación previa del delito, para enseguida actuar inmediatamente, porque el Ministerio Público requiere un plazo prudente para indagar lo concerniente al delito; el penúltimo párrafo de la fracción XVIII del artículo 107 Constitucional, le concede un

plazo de veinticuatro horas para poner a disposición del juez al detenido a partir del momento en que se haya efectuado la aprehensión, que significa captura, cuya actualización marca el principio de la detención administrativa, que termina con la consignación del capturado o detenido ante el juez.

De lo dispuesto por los artículos 124, 125 y 127 del Código Federal de Procedimientos Penales, surge una cuestión importante; el artículo 126 señala para las autoridades distintas del Ministerio Público Federal que practiquen diligencias de policía judicial, tendrán la obligación de remitir al o a los detenidos, el o las actas levantadas y todo lo que se relacione con éstas al Ministerio Público dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención.

El Ministerio Público puede continuar por sí mismo la averiguación o dirigir la actuación de quien la hubiere iniciado (Art. 127 CFPP), pero en todo caso, no hay prórroga del término constitucional para consignar a la autoridad judicial, contando solo el Ministerio Público con menor tiempo para hacerlo; de ahí la importancia de que la comunicación del delito y demás circunstancias se efectúen inmediatamente por la autoridad administrativa al Ministerio Público cuando haya detenidos.

La flagrancia que permite a cualquier persona detener al delincuente y a sus cómplices, desde luego, está referida a delitos cuya comisión es evidenciable por un sentido común de antijuridicidad que se tenga sobre los hechos y conductas antisociales. Hay delitos como el robo, el homicidio y las lesiones que cualquier hombre identifica, pero existen ilícitos que requieren de un conocimiento jurídico especializado para detectarlos.

El artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que cuando el inculcado fuere aprehendido, detenido o se presentare voluntariamente, se procederá de inmediato haciéndose constar en un acta el día, hora y lugar de su detención; así como el nombre y cargo de quienes la practicaron; se hará saber al detenido la imputación que existe en su contra y, en su caso, el nombre del denunciante o querellante.

Enseguida, se le hará saber al detenido que goza del derecho de comunicarse inmediatamente con quien estime conveniente; el de designar sin demora persona de su confianza para que los defienda o auxilie; y el derecho de no declarar en su contra y de no declarar si así lo desea;

también se le permitirá utilizar el teléfono o cualquier medio de comunicación a fin de hacer valer sus derechos.

El Ministerio Público debe recibir las pruebas que aporten el detenido o su defensor dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta, las que se tomarán en cuenta en el acto de la consignación o de libertad del detenido; en su caso, de no ser posible su desahogo, el juez resolverá lo conducente.

El Ministerio Público puede autorizar la internación de personas en hospitales, indicando el carácter del ingreso, ordenar la autopsia e inhumación del cadáver y levantamiento de actas de defunción (Arts. 129 y 130 del CFPF). También podrá citar a personas que hayan participado en los hechos o aparezcan datos sobre los mismos, asentando en el acta: quien mencionó a la persona que ha de citarse y porque motivo se consideró conveniente la citación. De igual forma, puede pedir la presentación de alguna persona por medio de la Policía Judicial.

En cuanto a la detención del inculpado, también podrá el Ministerio Público decretarla, fuera de los casos de flagrante delito, cuando se trate "... de casos urgentes en que no haya en el lugar alguna autoridad judicial", siempre

que se trate de delitos perseguibles de oficio y se tenga noticia de ellos por denuncia apoyada en declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado". (Art. 16 Constitucional)

La urgencia debe ser notoria y está definida por el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales como la existencia de "temor fundado de que el inculpado trate de ocultarse o de eludir la acción de la justicia".

De lo anterior se puede concluir que, existen tres situaciones acerca de la detención sin orden judicial y en referencia a la flagrancia:

- 1).- La que corresponde a cualquier persona;
- 2).- La que se lleva a cabo por la autoridad administrativa, tratándose de delitos federales, la Policía Judicial y Ministerio Público Federal;
- 3).- La que se lleva a cabo por las autoridades administrativas en delitos del orden común, la Policía Judicial del Distrito Federal y el Ministerio Público del Fuero Común.

b).- La Orden de Aprehensión.

El autor italiano Pompeo Pezzatini considera' la orden de aprehensión como una "situación jurídica" y "un estado, un modo de lograr la presencia del imputado en el proceso". (50)

Diversos autores han definido a la orden de aprehensión, y entre otras transcribo las siguientes opiniones de gran importancia:

"La orden de aprehensión consiste en el mandato que se da para privar de la libertad a un individuo". (51)

"Desde el punto de vista procesal es una resolución judicial en la que con base al pedimento del Ministerio Público y satisfechos los requisitos del artículo 16 Constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado para que sea puesto de inmediato a disposición de la autoridad que lo reclama o requiera, con el fin de que conozca lo referente a la conducta o hechos que se le atribuye". (52)

(50) Op. Cit., supra nota 8, pág. 267.

(51) Op. Cit., supra nota 41, pág. 230.

(52) Op. Cit., supra nota 8, pág. 267.

"La orden de aprehensión es un mandamiento judicial por medio del cual se dispone la privación procesal de la libertad de una persona con el propósito de que ésta quede sujeta, cautelarmente, a un proceso determinado como presunto responsable de la comisión de un delito". (53)

El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto a la orden de aprehensión señala lo siguiente:

Artículo 16.- ... No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado..."

De la anterior transcripción se desprenden los siguientes requisitos que se deben cumplir al librar una orden de aprehensión:

1.- La orden de aprehensión debe dictarse por la autoridad judicial.

(53) García Ramírez, Sergio, Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa, S.A., México, 1974, pág. 250.

2.- Es necesario que con antelación se realice una denuncia, acusación o querrela, entendiéndose por denuncia la exposición realizada por cualquier sujeto de actos delictuosos y se hacen ante la representación social y la querrela o acusación que la constitución le da el carácter de sinónimos, como la relación de hechos realizada por el ofendido ante el órgano investigador para que se persiga el delito.

3.- Los hechos que se expongan deben contener conductas que la ley castigue con pena corporal.

4.- Que la denuncia o querrela esté apoyada por declaración bajo protesta, de persona digna de fe o de otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpaado.

Además, el artículo 16 Constitucional señala que la orden de aprehensión debe ser dictada por la autoridad judicial, pero no indica que tiene que tratarse de autoridad competente. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en este sentido:

"ORDEN DE APREHENSION.- El artículo 16 Constitucional no menciona, entre los requisitos para que se dicte la Orden de aprehensión, que la autoridad que la ordena sea competente, sino sólo que sea judicial, sin perjuicio, naturalmente, de que

durante el curso de la averiguación se promueva lo que se estime pertinente respecto a la competencia".

Quinta Epoca:

Vol. XXXI.- Calderón Pedro. Pág. 1997.- 27 de marzo de 1931.

El legislador mexicano ha destacado como otro de los requisitos para girar orden de aprehensión que la conducta delictuosa necesariamente debe ser sancionada con pena privativa de libertad; en cuanto a que la denuncia o querrela tiene que estar apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fe o de otros datos que hagan probable la responsabilidad, cabe señalar lo siguiente: "La protesta es un acto formal y solemne en el que se hace saber a quien va emitir un atestado, las penas en que se incurre si declara falsamente, tal y como lo prevee nuestra legislación para el caso de los testigos y peritos (arts. 205 y 247 de los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Federal respectivos)" (54)

En este sentido, la legislación procedimental regula que un querellante o denunciante debe conducirse con verdad, apercibido que de no hacerlo, incurriría en un delito que merece pena corporal como en el caso de protesta para los testigos y peritos, pues sobre el particular los artículos

(54) Op. Cit., supra nota 8, pág. 267.

118 y 119 del Código Federal de Procedimientos Penales
contemplan:

"Art. 118.- Las denuncias y las querrelas pueden formularse verbalmente o por escrito. Se contraerán, en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente, y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando una denuncia o querrela no reúna estos requisitos, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querrelante para que la modifique, ajustándose a ellos. Asimismo, se informará al denunciante o querrelante, dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realizan, sobre las penas en que incurre quien se produce falsamente ante las autoridades, y sobre las modalidades del procedimiento según se trate de delito perseguible de oficio o por querrela".

"Art. 119.- Cuando la denuncia o la querrela se presenten por escrito, el servidor público que conozca de la averiguación deberá asegurarse de la identidad del denunciante o querrelante, de la legitimación de este último, así como de la autenticidad de los documentos en que aparezca formulada la querrela y en los que se apoyen ésta o la denuncia.

En todo caso, el servidor público que recibe una denuncia o querrela formuladas verbalmente o por escrito, requerirá al denunciante o querrelante para que se produzcan bajo protesta de decir verdad, con el apercibimiento a que se refiere el artículo 118 y les formulará las preguntas que estime conducentes".

En cuanto a que la persona sea "digna de fe" podemos apuntar lo siguiente: "en el Derecho de Procedimientos Penales, una persona es digna de fe cuando al declarar se apegue estrictamente a la verdad, se conduce rectamente con: arreglo a la naturaleza, caracteres, circunstancias y consecuencias de la conducta o hecho delictivo y de el o los sujetos que, en su caso señala como autores de la misma". (55)

Según la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para dictar la orden de aprehensión, es necesario que se cumplan con los requisitos analizados anteriormente, y el juzgador al momento de dictarla comprobará que estén satisfechos, siendo necesario que exista una presunta responsabilidad, aún cuando no es requisito necesario el análisis del cuerpo del delito, conforme a la tesis de jurisprudencia que a continuación se transcribe:

"ORDEN DE APREHENSION.- La comprobación del cuerpo del delito no es indispensable para que pueda dictarse una orden de aprehensión, sino que para ello basta que se llenen los requisitos que establece el artículo 16 Constitucional, entre los cuales no se menciona la comprobación citada, dicho precepto manda que la orden de aprehensión llene los siguientes requisitos: Que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y que estén

(55) Op. Cit., supra nota 8, pág. 268.

apoyadas aquellas por declaración bajo protesta, de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, de suerte que es de todo punto indispensable que el hecho determinado que sea materia de la denuncia, acusación o querrela, sea de los que la ley castiga con pena corporal, es decir, que la simple enunciación de los hechos ocurridos, conduzca a considerar los comprendidos dentro del precepto legal que amerite la pena; cosa muy distinta a pretender que, previamente, queden comprobados de modo pleno, todos y cada uno de los elementos constitutivos del delito, de manera que si el hecho determinado no es de los que la ley castiga con pena corporal, aun cuando existan datos que apoyen la imputación que se haga al inculpado, la orden de aprehensión resulta violatoria del artículo 16 Constitucional".

Quinta Época:

Tomo XXXIII.- González Garza Manuel.- Pág. 1677.- 27 de octubre de 1931.

En conclusión, para dictar la orden de aprehensión es necesario que se cumplan los requisitos del artículo 16 Constitucional y que la solicite el Ministerio Público.

3.- LA CONSIGNACION CON DETENIDO O SIN DETENIDO.

"La consignación es el acto procedimental, a través del cual el Ministerio Público, ejercita la acción penal, poniendo a disposición del juez las diligencias o al

indiciado, en su caso, iniciando con ello el proceso penal judicial". (56)

La consignación puede darse con el detenido o sin él.

En caso de que la consignación sea sin detenido, y se trate de delitos que se sancionen con pena corporal, se formulará el pedimento de la orden de aprehensión que se analizó anteriormente.

Si se trata de delitos que son sancionados con penal alternativa, se realizará la consignación, con pedimento de la orden de comparecencia.

Desde el momento en que el Ministerio Público ponga a disposición del juzgador al inculcado en la prisión preventiva o centro de salud donde se encuentre, en caso de estar sujeto a tratamiento médico, se entenderá que el juzgador podrá disponer del inculcado para los efectos legales y constitucionales correspondientes. El Ministerio Público dejará constancia de que el detenido quedó a disposición de la autoridad judicial, entregando copia al encargado del reclusorio o centro de salud, quien asentará

(56) Op. Cit., supra nota 8, pág. 261.

día y hora de recibo, a fin de que se determine por la autoridad judicial, la situación jurídica del indiciado.

III.- FORMAS DE PRIVAR DE LA LIBERTAD.

SUMARIO.- 1.- Auto de formal Prisión y 2.- Sentencia Condenatoria.

Antes de comenzar el tema, cabe precisar que al referirme a las formas de privar de la libertad, dentro del proceso, me avocaré específicamente al estudio de aquellas decisiones del juzgador que influyen en la situación del individuo respecto a su libertad física, o sea, en el presente título me inclinaré al análisis de aquellas decisiones dictadas por la autoridad judicial, mediante las cuales el individuo continúa privado de su libertad al instaurarse un proceso y culminado con una sentencia condenatoria.

Por consiguiente, estudiaré dos resoluciones judiciales que se dan en diferentes momentos y que determinan la situación jurídica del infractor:

1.- El Auto de Formal Prisión.

2.- La Sentencia Condenatoria.

1.- EL AUTO DE FORMAL PRISION.

a).- Concepto.

Se define al auto como el decreto judicial dado en una causa civil o criminal, y es de señalarse que existe una diferencia clara entre un auto y una sentencia, pues en tanto los autos son simples determinaciones de trámite o contienen cuestiones que hacen cesar o suspender el curso del procedimiento, las sentencias son resoluciones judiciales por las cuales termina la instancia y se decide sobre el objeto principal y accesorio del proceso. En este sentido, un auto resuelve cuestiones de fondo o procesales antes de llegar a dictar la sentencia.

El autor González Bustamente precisa que la terminología usada en el "auto de formal prisión", en lo que respecta a la palabra "formal" no es precisamente que se refiera a "los requisitos o condiciones de forma que debe contener, sino porque los datos han sido suficientes a juicio del juez, para cambiar la situación jurídica del inculpado. Formal debemos entenderlo en un sentido expreso y determinado". (57)

(57) Op. Cit., supra note 40, pág. 182.

Además, parece ser que el término formal, se utilizó desde la Constitución de Cádiz de 1812 y, posteriormente, en las leyes mexicanas en el artículo 43 de la Quinta Ley Constitucional, expedida durante el centralismo. Al principio se utilizó para distinguir los procesos formales con tramitación especial, atendiendo a la gravedad, pero después se extendió a todos los procesos.

En cuanto a la palabra prisión, proviene del latín *prehensio*, consistente en el acto o acción de coger, prender o asegurar; tratándose de prisión preventiva, es el aseguramiento provisional de la persona en contra de quien recae sospecha de culpabilidad.

El auto de formal prisión es la resolución por parte del juez, en el que se decide la situación jurídica del individuo, independientemente de que éste se encuentre recluido en los Centros de Prisión Preventiva o gozando de su libertad provisional bajo caución, porque el delito que se cometió no excede de la media aritmética de cinco años de prisión.

"El auto de formal prisión tiene por objeto definir la situación jurídica del inculpado y fijar el delito o delitos por los que debe seguirse el proceso". (58)

(58) Op. Cit., supra nota 40, pág. 181.

En este sentido, siendo el auto de formal prisión un mandamiento pronunciado por el juez, quien justifica la causa de la prisión preventiva, fijando los delitos por los que deberá seguirse un proceso; se deben expresar los motivos legales y circunstancias por los cuales se está dictando, puesto que, esto significa para el individuo la privación de la libertad que durará el tiempo que esté sujeto a proceso. Aun teniendo derecho a la libertad provisional bajo caución, y el presunto responsable ya no se encuentre en prisión preventiva, deberá continuar el proceso y cumplir con las obligaciones, que se le imponen por el juzgador por tener éste carácter de procesado.

Por otro lado, cabe señalar que el auto de formal prisión no siempre es procedente dictarlo, pues puede suceder que el delito de que se trate, merezca pena no privativa de la libertad, sino sanciones alternativas o multa. Por tanto, el auto que se dicta dentro del término constitucional de setenta y dos horas, no siempre es auto de formal prisión. Existen otras determinaciones como el auto de sujeción al proceso, auto de libertad por falta de elementos para procesar con reservas de ley y auto de libertad absoluta.

Abundando, el auto de sujeción al proceso es procedente dictarlo siempre que esté comprobado el cuerpo del

delito y existan datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado, pero dado que el delito de que se trata merece una sanción alternativa o multa y como no puede privársele de la libertad, tendrá que comparecer ante el juez, cuando se le requiera.

Respecto al auto de libertad por falta de elementos para procesar con reservas de ley, también llamado auto de soltura, diremos que es una resolución que se dicta en virtud de que no están satisfechos los requisitos de fondo que son indispensables para dictar el auto de formal prisión y su efecto es restituir al inculcado en el goce de la libertad; sin embargo, el inculcado queda sujeto a las contingencias que surjan con motivo de las nuevas investigaciones que se realicen y se podrá motivar una nueva orden de detención; en este último caso, no pueden servir de base los mismos datos con los cuales el juez decretó la libertad por falta de méritos, sino que deberá tratarse de cuestiones relacionadas con los hechos y que se esclarecieron con motivo de la investigación; para proceder a su detención y para declarar la formal prisión es necesario cumplir con los requisitos legales que no fueron satisfechos al dictar el auto de soltura, como lo son la comprobación del cuerpo del delito y elementos probatorios en los que se funda la presunta responsabilidad.

Por último, el auto de libertad absoluta es otra forma procesal para reintegrar al inculcado de su libertad al vencimiento del término constitucional, porque ha quedado justificado plenamente la concurrencia de alguna causa eximente que destruya la responsabilidad que se le imputa; esto es, que no obstante encontrarse demostrada la comisión del delito por parte del inculcado, éste acredita alguna circunstancia que lo exima de la responsabilidad penal que se le atribuye, es procedente dictar un auto de libertad absoluta; dichas causas se enuncian en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, en los términos siguientes:

"Art. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

I. Incurrir el agente en actividad o inactividad voluntarias;

II. Padecer el inculcado al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente;

III. Repeler el acusado una agresión real, acción inminentemente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto aquel que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependientes o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación y hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales, que revelen la posibilidad de una agresión.

IV. Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviera el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.

V. Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho.

VI. Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable o menos perjudicial al alcance del agente.

VII. Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituye un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía.

VIII. Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que se manda, por un impedimento legítimo.

IX. (Derogada).

X. Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho ilícito con todas las precauciones debidas.

XI. Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o por el mismo error estime al sujeto activo que es ilícita su conducta.

No se excluye la responsabilidad si el error es vencible".

En el caso de que se actualice alguna de las anteriores hipótesis, no podrán practicarse con posterioridad nuevas diligencias de averiguación de los hechos, y es procedente dictar auto de libertad absoluta, toda vez que decretado el auto de sobreseimiento por haberse acreditado plenamente cualquier circunstancia de las previstas en el artículo anterior, tiene la misma fuerza legal que una sentencia absolutoria.

b).- Requisitos Constitucionales y Formales.

b.1).- Los Requisitos Constitucionales son la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del indiciado.

El artículo 19 Constitucional señala:

"Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquí, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroja la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado".

Del artículo citado se desprenden los requisitos que debe contener todo auto de formal prisión, y que diversos autores los clasifican en requisitos de forma y de fondo, siendo éstos últimos la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

Son varias las definiciones que se han dado por los diversos autores de lo que debe entenderse por cuerpo del delito, destacando las siguientes:

"El cuerpo del delito está constituido, a nuestro juicio por la realización histórica espacial y temporal de elementos contenidos en la figura que describe el delito".
(59)

Al respecto podemos comentar que, las normas penales contenidas en las leyes, describen conductas antijurídicas en forma abstracta, sin tomar en cuenta su realización práctica o su aplicación en el caso concreto, es por ello, que para este autor surge el cuerpo del delito, con la realización de la hipótesis prevista por la norma.

El mismo autor agrega: "El cuerpo del delito puede comprobarse mediante toda clase de pruebas, siempre que éstas

(59) Op. Cit., supra nota 47, pág. 82.

sean lógicamente adecuadas para lograr el conocimiento de la existencia del elemento constitutivo de que se trate. Los elementos materiales del delito que se traduzcan en cambios, modificaciones anatómicas o patológicas, como suceda por ejemplo en delitos sexuales, deben ser comprobados mediante pericial médica. Y aquellos otros que afecten objetos y lugares, como por ejemplo el delito de daño en propiedad ajena, deberá acreditarse forzosamente por medio de inspección ocular". (60)

El autor Rivera Silva, respecto a que debe entenderse por cuerpo del delito señala: "Lo primero que se puede decir del cuerpo del delito, es que es la parte de un todo, se necesita conocer primero el todo, para después entender qué porción corresponde a aquél. El todo a que se refiere el cuerpo del delito es el delito real: acto que presentándose con su complicadísima maraña de elementos (intención, proceder, cambios en el mundo externo, etc.), una parte de ellos encaja perfectamente en la definición de delito hecha por la ley". (61)

En este sentido, para que se compruebe el cuerpo del delito, es necesario que queden debidamente corroborados los elementos del delito previsto en la ley. Para este autor,

(60) Op. Cit., supra nota 472, pág. 83.

(61) Op. Cit., supra nota 42, págs. 154-155.

el cuerpo del delito es el contenido del delito real que encaja perfectamente en la hipótesis prevista en la norma.

Para Eduardo Herrera Lasso: "El cuerpo del delito está integrado por hechos y circunstancias que, como tales, exigen comprobación plena y directa". (62)

El autor Fernando A. Barrita López, en su libro *Prisión Preventiva y Ciencias Penales* realiza una clasificación doctrinal, en la que divide en tres grupos las opiniones de diversos autores respecto a la integración del cuerpo del delito, y resumiendo expresa:

"1).- La Corriente tradicional causalista sostenida por autores como Rivera Silva, Colín Sánchez y Jiménez Huerta entre otros, consideran que para integrar el cuerpo del delito, es necesario determinar elementos subjetivos de cada tipo como son: la conducta, los medios de ejecución, las referencias temporales y espaciales, referencias de ocasión, calidades y números de los sujetos activos y pasivos, los elementos normativos y los subjetivos.

2).- La posición de algunos autores como González Bustamante y de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido que el cuerpo del delito es lo mero externo o material del delito.

(62) Herrera Lasso, Eduardo, Garantías Constitucionales en Materia Penal, Cuaderno del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979, pág. 32.

3).- Para el Modelo Lógico Matemático, del cual son partidarios Rafael Márquez Piñero, Olga Isias y Elpidio Ramírez, entre otros, el cuerpo del delito se integra por: el deber jurídico penal, el bien jurídico, el sujeto activo con sus elementos (voluntabilidad, calidad de garante, calidad específica, número específico), el objeto material, el kernel o conducta típica con la voluntad dolosa, la actividad, la inactividad, el resultado material, los medios de comisión, las referencias temporales, las espaciales, las de ocasión, la lesión del bien jurídico y la puesta en peligro del bien jurídico". (63)

De las anteriores definiciones, se desprende la variedad de criterios de lo que debe entenderse por cuerpo del delito, cuestión sobre la que aún los autores no se ponen de acuerdo.

En mi opinión, el cuerpo del delito nace en el momento en que una persona física realiza la conducta prevista en el tipo. Para integrar debidamente el cuerpo del delito se deben analizar los elementos que constituyen el delito, ya sea utilizando la corriente tradicional causalista o el modelo lógico matemático; lo importante es identificar los elementos objetivos o materiales y en su caso los subjetivos, los cuales deberán aparecer en el caso concreto.

(63) Cfr. Op. Cit., supra nota 6, págs. 132-133.

Además, existen elementos probatorios que permiten comprobar el cuerpo del delito, los cuales pueden ser distintos e inclusive necesarios, para cada delito en particular. Se dice que en el homicidio debe darse fe del cadáver; en el robo de los objetos robados; en los delitos contra la salud de marihuana o estupefaciente; pero no basta su existencia, sino es necesario hacer un análisis en el caso de todos aquellos testimonios y circunstancias, y de los dictámenes médicos, periciales, químicos o dactiloscópicos según el caso, así como las circunstancias en que se cometió el hecho. Estos datos deben estar contenidos en la averiguación de un delito; con este objeto, en los artículos 94 y 124 del Código de Procedimientos Penales se les ha impuesto la obligación al Ministerio Público y a los Agentes de la Policía Judicial, que en las diligencias que se practiquen deberán:

"1).- A hacer constar los vestigios, huellas o pruebas que haya de la comisión del delito;

2).- A describir las personas o cosas que se encuentren y que estén relacionadas con la comisión del delito;

3).- A reconocer los lugares donde se cometió el delito si tal cosa es necesaria para su comprobación;

4).- La policía judicial recogerá las armas, instrumentos, objetos de cualquier clase que tuvieren relación con la comisión del delito que se hallaren en el lugar donde se cometió;

5).- Dichos objetos se sellarán y se retendrán si así lo permite su naturaleza;

6).- A consignar en el acta que levanten, todas las pruebas relacionadas con la comisión del delito, homicidio o muerte por accidente culposo;

7).- En todo caso de muerte, se practicará autopsia para precisar la causa de la misma;

8).- Los cadáveres deberán ser siempre identificados por medio de testigos;

9).- El Código contiene disposiciones pormenorizadas que precisan de qué manera se demostrará el cuerpo del delito en los casos de

homicidio, lesiones, fraude, robo, abuso de confianza, incendio, etc., y establece como principio general lo siguiente:

El cuerpo del delito que no tenga señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción". (64)

En lo que respecta a la presunta responsabilidad, para imputar a un sujeto determinado hecho, es necesario que éste lo produzca o sea la causa eficiente.

La responsabilidad es la obligación de responder a la imputación. Un hecho es imputable en tanto se puede atribuir a un sujeto.

En el Capítulo III del Código Penal, el artículo 13 enumera quienes son las personas responsables de los delitos, y a la letra dice:

"Art. 13.- Son responsables del delito:

1. Los que acuerden o preparen su realización;

(64) Pallares, Eduardo, Prontuario de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, S.A., México, 1991, pág. 48.

- II. Los que lo realicen en sí;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;
- VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y
- VIII. Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.

Para determinar la presunta responsabilidad es suficiente datos o indicios, es decir, cualquier elemento o prueba semiplena que nos haga presumir que la persona a quien se le imputa el hecho es responsable, ya que no se trata de un fallo definitivo, por lo que el auto de formal prisión no estudia íntegramente la prueba sobre la existencia del delito y la responsabilidad, ya que no es una resolución definitiva. Se dice que es "presunta" porque constituye para el estado un compromiso de que no se puede atribuir a un sujeto una

imputación definitiva, pues se considera que con el auto de formal prisión se comienza el proceso y el sujeto todavía no tiene la calidad de sentenciado.

El juez debe cerciorarse de que la conducta del sujeto al que se le atribuye el delito, es exactamente la que describe el tipo.

"El cumplimiento del tipo es indicio de que la conducta fue antijurídica, que violó la prohibición o mandato contenidos en la norma, precisamente este carácter de indicio es el que permite hablar de responsabilidad presunta". (65)

El responsable es el autor material del delito, el llamado por parte de la doctrina sujeto activo, que se le atribuye la culpabilidad, la imputabilidad, la violación de un deber jurídico y circunstancias de ejecución.

La presunta responsabilidad fijada en el auto de formal prisión es una presunción *juris tantum*, en cuanto a que durante el proceso se admitirá cualquier elemento de convicción que permita probar el estado de inocencia del procesado.

(65) Op. Cit., supra nota 62, pág. 57.

Para comprobar la presunta responsabilidad el juez debe analizar determinadas variantes en el caso concreto y que son:

"I. Identidad entre acusado y autor material.

a).- Si el juez carece de pruebas que señalen que el autor y acusado son la misma persona, debe declarar irresponsabilidad.

b).- Si existen pruebas que permitan afirmar, con certeza, que autor y acusado son la misma persona, debe declarar la responsabilidad.

II. Imputabilidad o inimputabilidad.

c).- Si las pruebas señalan, con certeza, que el acusado-autor sufría una perturbación de la conciencia que le impidió absolutamente conocer lo antijurídico de su conducta, debe declarar la irresponsabilidad.

III. Violación del deber jurídico o causas de licitud.

d).- Si las pruebas señalan, con certeza, que el acusado-autor imputable actuó amparado por una causa de licitud (legítima defensa, estado de necesidad en que se salva un bien de mayor valor, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, impedimento legítimo), debe el juez declarar su irresponsabilidad.

IV. Culpabilidad o inculpabilidad.

e).- Si las pruebas señalan, con certeza, que el acusado-autor imputable actuó antijurídicamente, pero con conocimiento de que no le era exigible actuar conforme a derecho (estado de necesidad oponiéndose bienes de igual valor, violencia moral, miedo grave, temor fundado), debe declararse irresponsabilidad.

f).- Si las pruebas señalan, con certeza, que el acusado-autor imputable creyó erróneamente, sin posibilidad de evitarlo, que su conducta se hallaba amparada por una causa de licitud, debe declararse irresponsabilidad.

g).- Si las pruebas, señalan, con certeza, que el acusado-autor imputable creyó erróneamente, sin posibilidad de evitarlo, que no le era exigible actuar conforme a derecho, debe declararse irresponsabilidad.

h).- En todos los demás supuestos (esto es, en presencia de indicios que produzcan sólo duda positiva), puede y debe declarar la responsabilidad probable". (66)

Esto último se refiere a que, las pruebas deben influir de tal manera en el ánimo del juzgador, que para declarar la presunta responsabilidad, la duda no debe versar sobre la existencia de los elementos que comprueben que efectivamente el sujeto es responsable, tales como el documento, el testimonio o la confesión, sino que la duda puede suscitarse en tales pruebas si carecen de veracidad o autenticidad, lo cual es materia de prueba del proceso en caso de dictarse auto de formal prisión.

Una vez estudiados los requisitos de fondo que conforme a la Constitución debe contener el auto de formal

(66) Op. Cit., supra nota 62, págs. 58 y 59.

prisión y como se asentó anteriormente son: el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, es de mencionarse que el mismo artículo 19 de la Constitución contempla otros requisitos, a los que diversos autores les llaman requisitos de forma y son:

1).- El auto de formal prisión deberá dictarse en un término de tres días contados desde el momento en que el juez tenga al inculpado materialmente a su disposición, porque esté privado de su libertad o haya comparecido ante su potestad a sujetarse a proceso.

2).- El auto de formal prisión deberá contener las siguientes circunstancias:

a).- El delito que se le impute al acusado y sus elementos constitutivos.

b).- La circunstancia de ejecución de tiempo y lugar.

c).- Datos que arroje la averiguación previa.

b.2).- Requisitos Formales.

El artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala los requisitos que debe contener el auto de formal prisión y expresa:

*Art. 297.- Todo auto de prisión preventiva deberá reunir los siguientes requisitos:

I. La fecha y hora exacta en que se dicte.

II. La expresión del delito imputado al reo por el Ministerio Público;

III. El delito o delitos por los que deberá seguirse el proceso y la comprobación de sus elementos;

IV. La expresión del lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y demás datos que arroje la averiguación previa que serán bastantes para tener por comprobado el cuerpo del delito;

V. Todos los datos que arroje la averiguación, que hagan probable la responsabilidad del acusado, y

VI. Los nombres del juez que dicte la determinación y el secretario que la autorice.

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 161, de igual forma establece los requisitos que debe contener el auto de formal prisión, y que son los siguientes:

"Art. 161.- Dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el inculcado quede a disposición del juez, se dictará auto de formal prisión cuando de lo actuado aparezca acreditados los siguientes requisitos:

I. Que se haya tomado declaración preparatoria, en la forma y con los requisitos que establece el capítulo anterior, o bien, que conste en el expediente que aquél se rehusó a declarar;

II. Que esté comprobado el cuerpo del delito, que tenga señalado sanción privativa de libertad;

III. Que en relación a la fracción anterior esté demostrada la presunta responsabilidad del acusado, y

IV. Que no esté plenamente comprobada a favor del inculcado, alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal..."

Los artículos transcritos contienen los requisitos legales que debe contener el auto de formal prisión, en

concordancia con el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

c).- Efectos.

Alberto Mancilla Ovando, concluye que el auto de formal prisión es un acto de autoridad dentro de un juicio, que tiene las siguientes consecuencias: "a) La declaración del juzgador, de que existen motivos bastantes para convertir la detención en prisión preventiva; b) Que se sujeta a proceso penal al acusado por el delito o delitos en que se funda la acción penal del Ministerio Público; c) Ordena que se abra el juicio en su periodo de instrucción y se brinda a las partes el derecho de ofrecer pruebas dentro del término previsto por la Ley Reglamentaria, facultándose el desahogo de aquellas que lo requieran en el periodo de instrucción".

(67)

Manuel Rivera Silva, le atribuye al auto de formal prisión los siguientes efectos:

"I. Da base al proceso. El auto de formal prisión, al dejar comprobados el cuerpo del delito y probable

(67) Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal, Estudio Constitucional del Proceso Penal, Ed. Porrúa, S.A., México, 1969, pág. 83.

responsabilidad, da base a la iniciación del proceso. Solicita así la sistemática intervención de un órgano jurisdiccional que decida sobre un caso concreto. Sin esta base, sería ocioso el proceso.

II. Fija tema al proceso. Dando base al proceso el auto de formal prisión, como consecuencia lógica, señala el delito por el que debe seguirse el proceso, permitiendo así que todo el desenvolvimiento posterior (defensa, acusación y decisión) se desarrolle de manera ordenada.

III. Justifica la prisión preventiva. En cuanto el auto de formal prisión concluye afirmando la exigencia de un proceso, lógicamente señala la necesidad de sujetar a una persona al órgano jurisdiccional que tenga que determinar lo que la ley ordena y, por ende, el que no se sustraiga de la acción de la justicia.

IV. Por último, justifica el cumplimiento del órgano jurisdiccional, de la obligación de resolver sobre la situación jurídica del indiciado dentro de las setenta y dos horas". (68)

(68) Cfr. Op. Cit., supra nota 43, págs. 168-169.

En conclusión, los efectos del auto de formal prisión son: justifica la prisión preventiva; se somete a las partes a la jurisdicción del juez siguiéndose el proceso por los delitos fijados en dicha resolución, agregándose que es consecuencia del auto de formal prisión, que se lleve a cabo la identificación del procesado, a través de la denominada ficha señalética, que es un documento en el que se hace constar los datos referentes a las características físicas del inculcado, los antecedentes penales y figura una fotografía.

Los efectos del auto de formal prisión cobran gran importancia en cuanto a la privación del individuo, en virtud de que una vez dictado éste, se tendrán obligaciones durante el proceso, y puede continuar teniendo derecho a la libertad provisional bajo caución; sin embargo, en el caso de que exista una reclasificación de los delitos y se dicte el auto de formal prisión por delitos distintos a la consignación, los cuales no merezcan el derecho de la libertad caucional, aún cuando se hubiere concedido, se revoca, y tendrá que permanecer el sujeto en los Centros de Readaptación Social durante el tiempo que dure el proceso.

El auto de formal prisión como una forma judicial de privar la libertad a un individuo, al sujetarlo a un

proceso, tiene relevancia al ser una resolución que determina la situación jurídica del inculcado por un determinado tiempo, puesto que surte efectos hasta que se dicta sentencia. El órgano jurisdiccional tiene amplias facultades para fijar los delitos por los que ha de seguirse el proceso. La Suprema Corte de justicia ha dispuesto en la tesis visible en la página 48, Segunda Parte del Volumen XXXII de la Séptima Epoca:

"MINISTERIO PÚBLICO, CONSIGNACION DEL, Y AUTO DE FORMAL PRISION INCONGRUENTES. AUSENCIA DE VIOLACION DE GARANTIAS.- No es exacto que el juzgador invada funciones del representante social cuando decreta la formal prisión por delitos diversos a aquellos por los cuales se ejercita la acción penal, ya que es criterio admitido que la consignación del Ministerio Público se refiere solo a hechos delictuosos y al tribunal es quien precisa los delitos por los cuales se seguirá forzosamente el proceso, sin que se exija congruencia solo se exige entre las conclusiones y la sentencia.- José Luis Piedra Niebla.

Así, en la diversa tesis publicada en la página 33 de la parte referida del volumen XLII del propio Semanario y Epoca citados, lo siguiente:

"CLASIFICACION DEL DELITO. CAMBIO DE.- El artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución General de la República, establece como principio general que "todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de

formal prisión". Sin embargo, a renglón seguido dispone que "si en la secuela del proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá aquél ser objeto de acusación separada". Ahora bien, como se advierte del texto constitucional transcrito, la prohibición que consigna se refiere a la secuela del proceso, o sea, la fase del procedimiento penal que se inicia con el auto de formal prisión y que termina con la sentencia de primera instancia, pero no a la fase precedente en la que, por no existir expresa prohibición constitucional, sí es permisible el cambio de clasificación del delito, cuando los hechos materia de la investigación no varían. En estas condiciones, y tomando en consideración que el Ministerio Público al ejercitar la acción penal consigna hechos a la autoridad judicial y que es a ésta a la que corresponde, a través del auto de formal prisión, clasificarlos y determinar que delito configuran para que por este se siga el proceso, es de concluirse el cambio de clasificación del delito por el que se ejercitó la acción penal contra el acusado por otro delito por el que se sujeta al acusado a la traba de formal prisión y por el que se norma la instrucción y el juicio hasta dictarse sentencia, no es violatorio de garantías".

2.- SENTENCIA CONDENATORIA.

La palabra sentencia proviene del latín *sententia*, significa dictamen o parecer; también se dice que proviene del latino *sentiendo*, porque el juez declara lo que siente. A grandes rasgos la sentencia es la decisión judicial que resuelve sobre una controversia o disputa.

La Enciclopedia Jurídica Omeba define a la sentencia como "el modo normal de extinción de la relación procesal, reflejada en un acto en el que el Estado, por medio del Poder Judicial, aplica la ley declarando la protección que la misma acuerda a un determinado derecho, cuando existen intereses en conflicto o potencial" y contiene cuales son los presupuestos para que ésta se dicte: "1.- Existencia de un órgano jurisdiccional competente; 2.- Existencia de una controversia de intereses planteados en el caso concreto; 3.- Obligatoriedad de que la controversia sea judicial". (69)

Para el autor Colín Sánchez, "la sentencia penal es la resolución judicial que, fundada en los elementos del injusto punible y en las circunstancias objetivas y subjetivas condicionantes del delito, resuelve la pretensión punitiva estatal individualizando el derecho, poniendo con ello fin a la instancia". (70)

Arilla Bas opina que "la sentencia es el acto decisorio culminante de la actividad jurisdiccional, el cual resuelve si actualiza o no sobre el sujeto pasivo de la acción penal la conminación penal establecida por la ley. La

(69) Biblioteca Gráfica Omeba, Buenos Aires, Tomo XXV, 1980, p. 360.

(70) Op. Cit., supra nota 8, pág. 437.

sentencia es el resultado de tres momentos: de crítica, de juicio y de decisión". (71)

Respecto a estas tres fases mencionadas, son momentos fundamentales que se explican a continuación:

1).- De conocimiento o crítica, la labor del juez para conocer lo que jurídicamente existe, esto es, qué hechos quedaron demostrados;

2).- De juicio o clasificación, consisten en una función exclusivamente lógica, en que el juzgador por medio de raciocinios determina el lugar que corresponde al hecho jurídicamente comprobado; y,

3).- De voluntad y decisión, en la que se debe determinar cual es la consecuencia que corresponde al hecho ya clasificado dentro del marco que la ley establece.

En la opinión de Marco Antonio Díaz de León, en forma acertada se pronuncia en el sentido de que en "el Estado moderno, la sentencia, como acto de gobierno jurisdiccional, sólo encuentra vigencia en la positividad si se plasma por escrito en un documento. La sola voluntad del

(71) Op. Cit. Supra nota 47, pág. 163.

magistrado para sentenciar, sin el documento escrito firmado por él en que se asiente la voluntad, carece de validez jurídica y no produce efectos legales de sentencia. La sentencia, pues, no únicamente es acto, sino también documento. Más aún, en la realidad del derecho lo que cuenta es el documento que supone la voluntad jurídica del juez para emitir la sentencia". (72)

Podemos afirmar que, el momento culminante de la actividad jurisdiccional lo constituye el dictado de la sentencia, que es un documento en el que el juzgador analiza las constancias procesales, los argumentos de las partes y dice el derecho.

b).- Requisitos.

De acuerdo al artículo 95 del Código Federal de Procedimientos Penales, los requisitos formales que debe reunir una sentencia son:

I. El lugar en que se pronuncien;

II. La designación del Tribunal que las dicte;

(72) Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos Usuales en el Proceso Penal, Ed. Porrúa, S.A., México, 1969, 2a. edición, Tomo II, pág. 2122.

III. Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso el grupo étnico indígena al que pertenece, idioma, residencia o domicilio, y ocupación, oficio o profesión;

IV. Un extracto breve de los hechos conducentes a la resolución, mencionando únicamente las pruebas del sumario;

V. Las consideraciones, fundamentaciones y motivaciones legales de la sentencia; y,

VI. La condenación o absolución que proceda, y los demás puntos resolutivos correspondientes".

Asimismo, el artículo 72 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala que son requisitos de la sentencia los siguientes:

I. El lugar en que se pronuncie;

II. Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso, el grupo étnico indígena al que pertenece, idioma, residencia, o domicilio, ocupación, oficio o profesión;

III. Un extracto breve de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutivos de la sentencia;

IV. Las consideraciones y los fundamentos legales de la sentencia; y,

V. La condenación, o absolución correspondiente y los demás puntos resolutivos".

De los artículos anteriormente transcritos se desprende que, la sentencia penal reviste una determinada forma, por lo cual diversos autores enuncian las partes que componen una sentencia y su contenido en cada una de ellas y son las siguientes:

1).- Encabezado o Prefacio: Se inicia la sentencia con la fecha, lugar donde se dicta, el tribunal que la pronuncia, número de expediente, nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre, lugar de nacimiento, su edad, estado civil, domicilio y profesión, en su caso, grupo étnico indígena e idioma.

2).- Resultandos: Es un breve extracto de los actos procedimentales, averiguación previa, ejercicio de la acción penal, pruebas, entre otros.

3).- Considerandos: Es la parte decisoria, razonan los acontecimientos, expresando las consideraciones y fundamentos legales.

4).- Puntos Resolutivos: Expresan los puntos concretos, condenando o absolviendo, es decir es la parte decisoria.

En lo concerniente a los requisitos de fondo respecto a la función jurisdiccional, son los siguientes:

"I. Determinación de la existencia o inexistencia de un "delito jurídico";

II. Determinación de la forma en que un sujeto debe jurídicamente responder ante la sociedad, de la comisión de un acto; y

III. Determinación de la relación jurídica que existe entre un hecho y una consecuencia comprendida en el derecho". (73)

Estos requisitos deben ser analizados por el juzgador al momento de dictar la sentencia correspondiente, pues tratándose de una resolución penal no puede pasar inadvertido: si se cometió o no el delito; la forma de cumplir con la sanción en su caso y la relación entre los hechos y el derecho.

(73) Op. Cit., supra nota 42, pág. 311.

c).- Clases de Sentencia.

1).- Sentencia Condenatoria.

Para que sea posible el dictado de una sentencia condenatoria se necesita la comprobación del cuerpo del delito y la plena responsabilidad del acusado. Si estos elementos se justifican jurídicamente, es clara la procedencia de la acción penal y ante ello se abren las puertas del caso específico a estudio, a la imposición de penas correspondientes.

Así pues, al ser el cuerpo del delito y la responsabilidad penal plena, los requisitos esenciales de procedencia para dictar la sentencia condenatoria, ante la ausencia de cualquiera de ellos, el juzgador debe pronunciar una sentencia absolutoria.

Por cuanto hace al cuerpo del delito, éste debe estar comprobado en forma plena con todos y cada uno de los elementos integradores del tipo. En la sentencia no debe variarse el delito, con pretexto de que los elementos que se demostraron en el procedimiento constituyen otro diferente, pues el que resuelve debe ceñir su actuación a la acusación

directa contenida en el pliego de conclusiones del Agente del Ministerio Público.

Existen casos en que sí se realiza cambio de clasificación del delito, pero únicamente cuando se trata de los mismos hechos y el procesado haya sido oído en defensa y el Ministerio Público acusó en este sentido, de manera que en la sentencia se hace una reclasificación del delito.

Respecto a la responsabilidad plena del activo del delito, también debe contar con elementos fehacientes jurídicamente para que el juez pueda dictar una resolución de condena. No debe existir duda alguna en el ánimo del juzgador, sino una convicción total, plena de que el procesado realizó una conducta ilícita atribuible.

La Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado en la forma siguiente:

"SENTENCIA Y AUTO DE FORMAL PRISION. PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD.- Si bien es cierto que para decretar la formal prisión es bastante que comprobado el cuerpo del delito, se estime probable la responsabilidad del acusado, y que toda sentencia condenatoria exige, en cambio, la demostración plena de esa responsabilidad, no por ello cabe afirmar que para condenar al procesado sean siempre indispensable mayores elementos que los que determinaron el auto de formal prisión. Puede suceder, en efecto, que las

pruebas en que se funde dicho auto no sólo hagan probable requisito mínimo la responsabilidad del acusado, sino que la justifiquen plenamente, y en tal supuesto, de no desvirtuarse posteriormente tales pruebas, serán bastantes para que se dicte una sentencia condenatoria*.

Aspero Directo 2608/56.- Pedro del Villar Arcaraz.- Unanidad de votos.* Ponente: Rodolfo Chávez.

2).- Sentencia Absolutoria.

Esta procede que se dicte en los siguientes casos:

1).- Cuando exista prueba plena de que el hecho que motiva la averiguación no es delictivo;

2).- Cuando nos encontramos ante prueba plena de que el acusado no es responsable;

En estos dos casos, no es que exista carencia de pruebas, sino que las aportadas son insuficientes para demostrar la existencia del delito o la responsabilidad del acusado;

3).- Cuando no se acredite uno de los elementos integradores del tipo o la ausencia de prueba de elementos que acrediten la plena responsabilidad;

En este caso existe carencia de probanzas.

4).- Caso de duda.

Es decir, no hay carencia de prueba, sino que se tienen pruebas las cuales sirven tanto para afirmar como para negar la responsabilidad y consecuentemente, en caso de duda debe absolverse.

La sentencia absolutoria es fundamentalmente el análisis de la pretensión punitiva del Estado, es decir, existe la acción penal por parte del Ministerio Público y la sentencia absolutoria lo único que establezca es que tal derecho, o no existe o no está debidamente acreditado.

3).- Sentencia Mixta. Esta se presenta cuando en una misma resolución, el juzgador resuelve que el sujeto activo es responsable de un delito y, por ende, le dicta sentencia condenatoria y además, respecto de otro ilícito o modalidad, determina que existen pruebas que acreditan su

inocencia o bien se encuentra ante carencia de pruebas o existe duda y ante ello lo absuelve.

d).- Efectos.

Una vez realizada la anterior clasificación, es importante destacar que la sentencia condenatoria, y también la mixta, pueden dar lugar a la pena de prisión, cuya resolución judicial una vez que causa ejecutoria, está considerada como la forma judicial más importante y trascendente de privar de la libertad, pues sus consecuencias deben ser cumplidas.

Los efectos de una sentencia condenatoria repercuten tanto en los sujetos que intervienen en la relación procesal como en el procedimiento.

1).- Efectos del procedimiento.- Culmina el procedimiento, y una vez que finaliza la segunda instancia, o la sentencia causa ejecutoria, tiene la autoridad de la cosa juzgada, y no se podrá llevar a cabo un nuevo procedimiento, por el mismo delito al sentenciado, como lo señala el artículo 23 Constitucional.

2).- El órgano jurisdiccional deberá notificar y publicar la sentencia para hacer del conocimiento de la generalidad de las personas el resultado del fallo.

3).- Una vez agotados los medios de impugnación, o si transcorre el término sin que se interponga ningún recurso, se procederá al cumplimiento de la sentencia.

CAPITULO III

I. ESENCIA JURIDICA DE LA GARANTIA INDIVIDUAL.

SUMARIO.- 1.- Concepto de Garantía Individual; 2.- Fundamento de las Garantías Individuales; 3.- Clasificación de las Garantías Individuales y 4.- Garantías consagradas en el artículo 20 Constitucional.

1.- CONCEPTO DE GARANTIA INDIVIDUAL.

La palabra "Garantía" proviene de "Warranty" o "Warrantie" término anglosajón que significa asegurar, salvaguardar, proteger o defender. Jurídicamente tuvo su origen el vocablo "garantía" en el derecho privado, teniendo las acepciones de aseguramiento, afianzamiento, protección, respaldo; significó "asegurar de modo efectivo". Etimológicamente procede de garante que significa asegurar el cumplimiento de una obligación.

El Derecho Público introdujo el sustantivo "garantía", dándole el carácter institucional por sí mismo, propia de los conceptos constitucional y especialmente de las declaraciones del hombre y del ciudadano.

Según algunos autores, la palabra garantía es una creación institucional de origen francés, y de ellos las tomaron los demás pueblos en sus legislaciones a mediados del siglo XIX.

Las garantías individuales han tenido doctrinalmente diferentes acepciones: garantías constitucionales, derechos del gobernado, derechos fundamentales, derechos del hombre, derechos públicos subjetivos.

En la doctrina se le ha dado un significado a la palabra garantía en sentido amplio, siendo las opiniones de diversos autores las siguientes:

El concepto "garantía" en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones en favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas preestablecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional. De esta guisa, se ha estimado, incluso por la doctrina, que el principio de legalidad, el de división o separación de poderes, el de responsabilidad oficial de los funcionarios públicos, etcétera, son garantías jurídicas estatuidas en beneficio de

los gobernados; afirmándose también que el mismo concepto se extiende a los medios o recursos tendientes a hacer efectivo el imperio de la ley y del derecho". (74)

Para Isidro Montiel y Duarte, "los derechos cardinales que el hombre por el solo hecho de serlo tiene y ha de tener siempre, así como los medios formulados en la ley fundamental para asegurar el goce de estos derechos, son los que propiamente se llaman garantías individuales." (75)

Por su parte, Juventino V. Castro dice que las garantías "no son elaboraciones de juristas, politólogos o sociólogos, ni nacen como producto de la reflexión de gabinete. Son auténticas vivencias de los pueblos o grupos que constituyen a éstos, quienes se las arrancan al soberano para lograr el pleno reconocimiento de libertades y atributos, que se supone corresponden a la persona humana por el simple hecho de tener esa calidad". (76)

Don Alfonso Noriega C., identifica a las garantías individuales con los llamados "derechos naturales inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas, que el Estado debe reconocer,

(74) Burgoe, Ignacio, Las Garantías Individuales, Ed. Porrúa, S.A., México, 1973, pág. 153-154.

(75) Estudio Sobre Garantías Individuales, Ed. Porrúa, S.A., México, 1983, pág. 6.

(76) Op. Cit., supra nota 26, pág. 15.

respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico y social, que permite el libre desenvolvimiento de las personas de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social". (77)

Discrepando de esta última idea, Ignacio Burgoa opina que no se puede identificar garantía individual con el derecho del hombre o el derecho del gobernado, pues los derechos naturales del ser humano son meras potestades que al reconocerse por el orden jurídico positivo se convierten en derechos públicos subjetivos, derechos que se aseguran a través de las garantías individuales contenidas en la Constitución y reguladas por la ley; y establece que en sentido estricto las garantías individuales "se traducen en relaciones jurídicas que se entablan entre el gobernado, por un lado, y cualquier autoridad estatal de modo directo e inmediato y el Estado de manera indirecta y mediata, por el otro". (78)

De las anteriores reflexiones y conceptos de la garantía individual, se concluye que los derechos del hombre son reconocidos por el orden jurídico del Estado, para su debido respeto y con la finalidad de lograr el equilibrio entre los gobernados y las autoridades; los derechos son

(77) Op. Cit., supra nota 74, pág. 156.

(78) Idem, pág. 159.

inherentes a la propia persona y las garantías individuales protegen el ejercicio de ese derecho.

Además, las garantías individuales no solamente protegen a la persona física, sino también a las personas morales, por lo que deberían llamarse garantías del gobernado o derechos constitucionales y no individuales.

2.- FUNDAMENTO DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

El hombre es libre, pero también es esencialmente social, necesita de la convivencia humana, como consecuencia, surge la sociedad política organizada en una estructura política llamada Estado.

La sociedad política se protege por encima de los individuos, por lo tanto, el Estado tiene la facultad de limitar los derechos de los individuos para proteger al bien común. Pero no puede impedir una libertad esencial del ser humano, si no tiene que respetarla.

Las garantías individuales son el reflejo de los derechos propios que tiene la persona frente la Estado, reconocidos en la Ley Fundamental; este criterio es el adecuado, contrario a lo que afirma la tesis sostenida por el

positivismo jurídico, que considera que los derechos los otorga o concede el Poder, Estado o Derecho Positivo, y que fuera del orden jurídico estatal no puede haber derechos.

La doctrina contraria al positivismo es la teoría jusnaturalista que sostiene que el hombre nace con derechos naturales, inseparables de su naturaleza, superiores y preexistentes a toda organización normativa, los cuales deben condicionar necesariamente a todo orden jurídico positivo del mismo.

Es dable señalar que el Estado debe reconocer, proteger y respetar las garantías individuales mediante la creación de un orden jurídicos.

La Constitución de 1857 en el artículo 1o. contenía: "El pueblo mexicano reconozca, que los derechos del hombre son la base y el objeto de instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución".

Lo anterior se explica de la siguiente forma: "En efecto: si los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales, es evidente que el poder público,

que es la primera de aquellas instituciones, tiene el doble deber de respetar y sostener las garantías otorgadas por la Constitución para hacer efectivos y seguros aquellos derechos. Ni la autoridad administrativa, ni la autoridad judicial, pueden violar esas garantías; antes bien respetarlas, y cuando un hombre es atacado en ellas, están obligadas a protegerlo, a sostenerlo en su goce, a desarmar la mano que los ataca. El poder legislativo, que representa en su parte más elevada y prominente a la soberanía nacional, es igualmente impotente para herir u hollar esas garantías; está también obligado a respetarlas y a sostenerlas, y la ley que las desconozca o vulnere sin dejar de considerarse como la expresión de la voluntad soberana del pueblo no alcanza al sagrado de sus garantías". (79)

Los Constituyentes de 1857 tuvieron una gran influencia de la corriente iusnaturalista, consideraron a los derechos del hombre anteriores y superiores a la sociedad, que el hombre tiene en su calidad de tal, asegurándolos mediante un catálogo de garantías individuales, que se concedían a los ciudadanos mexicanos. Precisa que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, fijando así el fin del Estado; es importante destacar que la segunda parte del artículo 10. de

(79) Lozano, José María, Tratado de los Derechos del Hombre, Estudio del Derecho Constitucional Patrio en lo Relativo a los Derechos del Hombre, Ed. Porrúa, S.A., México, 1972, pág. 120.

la Constitución de 1857 es tomado por el mismo artículo de la Constitución de 1917, pues en ella se contiene precisamente, que es la Constitución la que otorga las garantías.

El texto actual del artículo 10. de la Constitución Política consagra:

"Art. 10.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

Del anterior artículo se desprende que es el Estado que concede u otorga las garantías al gobernado, ya no considera a los derechos del hombre como base y objeto de las instituciones sociales, apartándose de la doctrina individualista; se deja de reconocer a los derechos del hombre por encima de todo orden creado por el Estado; estas ideas son un claro reflejo del positivismo jurídico, pues consideran que las garantías individuales son los dictados de la Constitución a los que la ley les da esa categoría. Los derechos humanos son las garantías individuales.

Las garantías individuales son instituidas o creadas por el orden jurídico constitucional, conforme al

artículo 1o. de nuestra Constitución, como una gracia o concesión, precisa se "otorgan", en vez de contemplar que es un ordenamiento que "reconoce", pues debe tomarse en cuenta que la naturaleza esencial de las garantías individuales es la propia persona humana; las disposiciones constitucionales es el medio para lograr el respeto a las libertades del ser humano; es el orden jurídico que reconoce los derechos naturales del hombre, y que la ley fundamental le da el nombre de garantías individuales.

Es evidente que, la esencia y motivo que permite la creación de normas jurídicas en un documento fundamental y por cuyo reconocimiento han luchado los pueblos, es la libertad perteneciente a la persona humana, las disposiciones fundamentales no sólo contemplan el respeto a esta libertad, sino también una serie de procedimientos tendientes a proteger dicha libertad que es el punto de partida.

El derecho debe partir de que el hombre es libre, puesto que debido a ello se tiene la facultad de sancionar los actos humanos que se contraponen a las normas jurídicas, pues para que exista responsabilidad es necesario un presupuesto, la libertad, y sin ésta no se justifica que se sancione a un individuo por el incumplimiento de una norma.

Así pues, "para determinar los derechos del hombre, deberemos buscar en ellos, como un rasgo característico, que compete al hombre en su calidad de tal, sin relación a su modo de ser en la sociedad. Esos derechos le corresponden simplemente como hombre y los ha recibido de la naturaleza misma, con tal independencia de la ley vigente en el lugar de su nacimiento. Son derechos naturales e importan las facultades necesarias para su conservación, para su desarrollo y perfeccionamiento. No hay que preguntar cuando se trata de alguno de esos derechos, si el que lo reclama es hombre o mujer, natural, extranjero o transeúnte, mayor o menor de edad, simple ciudadano o funcionario público; basta que sea hombre, es decir, un individuo de la especie humana. Tan luego como para juzgar de un derecho, hay que examinar la condición o manera de ser del que lo tiene o pretende, debemos creer que no se trata de un derecho comprendido entre los que la Constitución reconoce como derechos del hombre".

(80)

"En realidad, los derechos del hombre pueden concretarse en muy pocas palabras. Libertad, seguridad, propiedad, igualdad. Las garantías que establece nuestra Constitución en sus artículos 2 a 29, tienen por objeto asegurar el goce de aquellos derechos en su variado desarrollo y ejercicio. Si la Constitución se hubiera

(80) Op. cit., supra nota 79, pág. 123.

limitado a decir que reconocía como derechos del hombre su libertad, su propiedad y su igualdad, habría dicho algo inútil y sin objeto práctico, pero ciertamente que no merece censura la consignación de las garantías que la Constitución asegura para hacer efectivos aquellos derechos. El hombre es libre, y esta libertad que lo asegura contra la esclavitud, tiene diferentes objetos y múltiples aplicaciones. La libertad de la enseñanza, del trabajo, de la manifestación de ideas, de la prensa, del derecho de petición, del de portar armas, del de entrar y salir de la República, etc., son otras tantas aplicaciones o desarrollos de un derecho único, del derecho del hombre que consiste en ser libre y dueño de sus acciones; y las diferentes formas con que se nos presentan esos derecho, no son otros tantos derechos del hombre, sino garantías que la Constitución otorga y consagra en favor de la libertad humana. Concluyamos de esto, que lejos de que sea inconveniente y aun peligrosa la consignación expresa de determinadas garantías en la Constitución, es necesaria para dar a los derechos del hombre un forma práctica y sensible, a efecto de asegurar su ejercicio, una vez que se reconoce la importancia de tales derechos". (81)

Las anteriores transcripciones, nos dan la pauta de como identificar los derechos del hombre y su diferencia con

(81) Op. Cit., supra nota 79, pág. 126.

las garantías individuales, asimismo se trata de buscar un fundamento o base que justifique el porqué existe la necesidad de que los derechos naturales se encuentren plasmados en la Constitución.

Podemos concluir que, las garantías consagradas en la Constitución, actualmente de los artículos 10. a 29, no son una enumeración de los derechos del hombre, sino que establecen una protección en favor del gobernado para el libre ejercicio de aquéllos, ya que los derechos del hombre son preexistentes a toda ley, a toda Constitución o a todo orden social; de tal forma un ordenamiento jurídico reconoce esos derechos, que independientemente de la época, son los mismos, no cambian. Lo que está en movimiento de acuerdo a las necesidades de la sociedad, son la forma de ejercitar los derechos y las limitaciones a los mismos, que nunca deben traspasar los límites, atentando en contra de los principios inherentes de la propia naturaleza humana, sino que estas restricciones son el resultado de sacrificar el bien individual en aras del bien de la colectividad y sin atentar contra el desarrollo de la persona humana.

Los derechos del hombre suelen reducirse en: libertad, propiedad, seguridad e igualdad, y son precisamente

las garantías que se encuentran reguladas en los artículos 20. al 29 de la Constitución.

El derecho del hombre que consiste en ser libre y dueño de sus acciones, y las diferentes formas de ejercitar sus derechos, se contemplan como garantías, por medio de las cuales se reconocen los derechos naturales del hombre y se consagran en la Constitución a favor de los gobernados, para proteger su debido respeto y ejercicio.

El fundamento o la razón de existencia de las garantías individuales contempladas en una ley fundamental, son los derechos naturales del hombre y la necesidad de buscar un medio de protección a los mismos, para su debido cumplimiento.

3.- CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 en Francia, se estableció que los derechos naturales e imprescriptibles del hombre son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (Art. 20.) y aunque no señala expresamente dentro de éstos a la igualdad, el artículo 10. hace alusión a ella como una condición humana y natural.

En México, la Constitución de Apatzingán del 22 de octubre de 1814, clasifica a las garantías o derechos del ciudadano en su Capítulo V, en garantías de igualdad, seguridad, propiedad y libertad.

En el proyecto de la mayoría de 1842, cuando se nombró una comisión para la elaboración de una nueva Constitución, también se acoge dicha clasificación en el artículo 7o., así como en el proyecto de la minoría del propio año, dentro de la llamada sección segunda, bajo el título "De los Derechos Individuales". En el proyecto posterior, que los grupos mayoritarios y minoritarios elaboraron en noviembre de 1842, se reitera la citada clasificación en el título II, con el nombre de "Garantías Individuales". En esta acta de reforma de 1847 se establece que para asegurar los derechos del hombre que la Constitución reconoce, una ley fijará las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes de la República y establecerá los medios de hacerlas efectivas.

Ni la Constitución de 1857 ni la de 1917 consagran en forma expresa los mencionados cuatro tipos de garantías;

sin embargo, se pueden deducir del contenido de los derechos públicos subjetivos consagrados en dichas constituciones.

Juventino V. Castro adopta la siguiente clasificación para el estudio de las garantías constitucionales:

"a).- Garantías de Libertad; b).- Garantías del Orden Jurídico y c).- Garantías de Procedimientos.

Las Garantías de Libertad, se refieren en nuestro concepto a la libertad personal, libertad de acción, libertad ideológica y libertad económica.

Las Garantías de Orden Jurídico, comprenden una serie de diversas garantías de igualdad, competencia, justicia y propiedad.

Las Garantías de Procedimientos, se refieren a la irretroactividad, legalidad, exacta aplicación de la ley y a las garantías dentro de los procedimientos judiciales". (82)

"Ignacio Burgoa realiza la clasificación de las garantías individuales tomando en cuenta el punto de vista

(82) Op. Cit., supra nota 26, pág. 35.

formal de la obligación estatal y el contenido de los derechos públicos subjetivos, que pueden consistir desde el punto de vista formal en un no hacer o abstención, o en un hacer positivo en favor del gobernado por parte de las autoridades del Estado. Tomando en cuenta estas dos especies de obligaciones, las garantías que respectivamente les impongan al Estado y sus autoridades, se pueden clasificar en garantías materiales y garantías formales. Dentro del primer grupo incluye las que se refieren a las libertades específicas del gobernado, a la igualdad y a la propiedad, comprendiendo el segundo grupo las de seguridad jurídica, en las cuales se destacan la de audiencia y de legalidad, consagradas primordialmente en los artículos 14 y 16 Constitucionales. En las garantías materiales, los sujetos pasivos (Estado y autoridades estatales), asumen obligaciones de no hacer o de abstención (no vulnerar, no prohibir, no afectar, no impedir), en tanto que respecto a las garantías formales, las obligaciones correlativas a los derechos públicos subjetivos correspondientes son de hacer, o sea un actuar positivo, consistentes en realizar todos los actos tendientes a cumplir u observar las condiciones relativas a los derechos públicos subjetivos correspondientes son de hacer, o sea un actuar positivo, consistentes en realizar actos tendientes a cumplir y observar las condiciones que

someten la conducta autoritaria para que los actos tengan validez en la esfera del gobernado.

Desde el segundo punto de vista, Burgoa clasifica conforme al contenido del derecho subjetivo público en: Garantías de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica". (83)

En base al anterior criterio, se incluyen los artículos que contienen a las garantías individuales y consagradas en nuestra Constitución de la siguiente forma:

1).- Materiales.- Porque la autoridad tiene una obligación de no hacer (negativo), dividido en tres grupos:

a).- Garantías de Igualdad: Artículos 1, 2, 4, 12, y 13 Constitucionales;

b).- Garantías de Libertad: Artículos 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 24, 25 y 28 Constitucionales;

c).- Garantías de Propiedad: Artículo 27 Constitucional.

(83) Cfr. Op. Cit., supra nota 74, pág. 186.

2).- Formales: Porque la actividad de la autoridad se traduce en un hacer positivo. Existe un grupo:

a).- Garantías de Seguridad Jurídica: Artículos del 14 al 23 Constitucionales.

Existe una gran trascendencia jurídica de las garantías individuales en lo referente a la pena de prisión y el procedimiento para imposición, que conforme a las clasificaciones anteriores, se ubican para Ignacio Burgoa dentro de las Garantías de Seguridad Jurídica y en lo que respecta a la clasificación que realiza Juventino V. Castro, el mismo autor plantea que la Constitución distribuye competencias que garantizan a los ciudadanos que sólo ciertas autoridades pueden afectar sus derechos bajo ciertos requisitos, y la protección a la libertad de la persona humana, se encuentra regida por garantías de orden jurídico, único bajo el cual se ejerce el poder público. Además también tienen importancia de forma indirecta en cuanto a la libertad física de las personas, las garantías de procedimientos bajo las cuales puede procesarse a un individuo, ya que en ellas se resalta como debe instaurarse y seguirse un proceso penal válido y que permita la defensa de los acusados.

Los artículos relativos a las garantías individuales que rigen en materia de privación de la libertad en el procedimiento penal mexicano, están contenidos en los numerales del 14 al 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Teniendo relevancia para el presente estudio las garantías individuales contenidas en los artículos 14, 16, 19 y 20 Constitucionales, pues el enfoque que se da a la libertad física del individuo, es precisamente el de determinar los actos y resoluciones que conforme a la Constitución son válidas para privar y obtener la libertad a un individuo y las garantías a que tiene derecho el acusado.

Así pues, dentro del análisis del capítulo anterior referente al procedimiento penal, se tomó en cuenta las garantías consagradas en los artículos 14 (formalidades del procedimiento y sentencia definitiva); 16 (flagrancia en delito, orden de aprehensión) y 19, (auto de formal prisión), y a continuación se hará el estudio del artículo 20 Constitucional.

4.- GARANTIAS CONSAGRADAS EN EL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL.

El artículo 20. Constitucional establece un conjunto de garantías cuyos titulares únicos son los inculcados en juicios del orden penal, el texto vigente a la letra dice:

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

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

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

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

II. No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incommunicación o cualquier otro medio que tienda a aquél objeto;

III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;

IV. Será careado con los testigos que deponen en su contra, los que declararán en su presencia, si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa;

V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándose para obtener la

comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso;

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado de los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación;

VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;

VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena máxima excediera de ese tiempo;

IX. Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá la obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite; y

X. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fija la ley que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia se computará el tiempo de la detención".

Burgoa considera que el artículo 20. Constitucional consagra una serie de garantías individuales ligadas al procedimiento penal, establece las obligaciones y prohibiciones a la autoridad judicial, desde el auto inicial hasta la sentencia definitiva; a su vez es objeto de normatividad contenida en los ordenamientos adjetivos de la materia penal.

Para Juventino V. Castro, el artículo 20. Constitucional se destaca como una categoría de leyes constitucionales de procedimiento, ya que contienen los principios fundamentales que deben respetarse en el procedimiento penal.

En este sentido, la transcripción del precepto constitucional muestra algunas de las garantías penales para el gobernado que se encuentra sujeto a un procedimiento penal:

La fracción I se refiere a la garantía de la libertad provisional bajo caución, por la cual se permite la libertad de un persona mientras dura el proceso, siempre y cuando otorgue caución para responder, en su caso, su posible fuga.

La fracción II contiene la garantía de que el acusado no esta obligado a declarar en su contra, conocida como de no autocriminación; prohíbe toda incomunicación; que declare bajo protesta y si la autoridad presiona a una persona para que se declare culpable de un delito, la confesión es nula.

Las fracciones de la III a la V, VII y IX, consagran la garantía de defensa, dividida en el derecho a ser informado sobre la identidad de su acusador así como la causa y naturaleza de la acusación; en el derecho a rendir en ese acto su declaración preparatoria; en el derecho de ser careado con los testigos que deponen en su contra; en el derecho de ofrecer todas las pruebas que se estime necesario;

en derecho a que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa; y en el derecho a que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza.

La fracción VI comprende la garantía de ser juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos.

La fracción VIII protege a la garantía de brevedad, consistente en que el juzgador debe concluir con el proceso antes de cuatro meses si la pena máxima para el delito de que se trata, no excede de dos años, y antes de un año si excede.

La fracción X contiene la garantía de prisión preventiva máxima, consistente en que la medida cautelar no puede exceder de los límites que como máximo fije la ley para el delito que motiva la causa, debiendo computarse siempre, para efectos de la condena, el tiempo que al acusado se le hubiera privado de su libertad. En esta garantía se ordena que la prisión cautelar no se prolongue por falta de pago de honorarios, ni por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito por el que se siga el proceso.

II. LA GARANTIA CONSAGRADA EN LA FRACCION I DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL.

SUMARIO.- 1.- Fundamento; 2.- Requisitos de Procedencia; 3.- Libertad Provisional Ampliada; y 4.- Efectos y Revocación.

1.- FUNDAMENTO.

El artículo 20 fracción I de la Constitución contiene una garantía procesal, que beneficia al individuo que se encuentra privado de su libertad:

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

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

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

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

El artículo 20, fracción I contiene la garantía de la libertad provisional bajo caución, también denominada "libertad procesal" porque sus beneficios se dan en los juicios penales, para restituir al acusado en su derecho de libertad afectado; la libertad es un derecho natural del hombre, que la Constitución protege a través de la creación de la institución de libertad provisional bajo caución, como bien lo señala Colín Sánchez: es "el derecho otorgado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a toda persona sujeta a un procedimiento penal, para que, previa satisfacción de los requisitos especificados por la ley, pueda obtener el goce de su libertad, siempre y cuando el término medio aritmético de la pena no exceda de cinco años".

(84)

(84) Op. Cit., supra nota 8, pág. 520.

Es una "libertad provisional", pues sus efectos duran en tanto la sentencia que da fin al proceso adquiere la calidad de ejecutoria, y el término "bajo caución" se refiere a que para la obtención de la libertad es necesario otorgar una garantía económica que asegura suficientemente al juzgador que el inculpado no se sustraerá de la acción de la justicia.

El sistema constitucional de administración de justicia ha previsto un beneficio, que sustituye a la privación de la libertad durante la prisión preventiva.

La recuperación de la libertad es a través de un instrumento, la caución; la detención preventiva es eliminada, por medios confiables que impiden al inculpado sustraerse de la acción de la justicia; hay distintas hipótesis en las que se puede sustentar esta situación:

1).- Si el término medio aritmético del delito de que se trata, no excede de cinco años, quiere decir que el delito no es considerado por la ley como grave, por lo que la libertad individual debe ser preservada, ya que ni el proceso ni la pena son tan fundamentales para continuar con la detención provisional.

2).- Si se encuentra detenido o se dictó auto de formal prisión, y si va a continuar con un proceso, por que al autor del delito se le considere presunto responsable, la libertad provisional se justifica en cuanto a que no se tiene la certeza de que efectivamente sea el responsable en definitiva, si no que se trata de indicios que hagan probable su responsabilidad, no se le considera plenamente culpable, mientras no se emita sentencia.

3).- Surge la posibilidad que aun cuando, el presunto responsable resulte condenado, se le puede conceder algún beneficio que sustituya la pena de prisión, como la condena condicional.

Estas tres hipótesis justifican la existencia de la libertad provisional bajo caución, debiendo tomar en cuenta que está íntimamente relacionado con la privación provisional de la libertad, ya que sin esto último, no tiene sentido el beneficio.

A lo largo del capítulo anterior, en avoqué al estudio de las diversas formas de privar de la libertad, ya

provisionales, ya definitivas, tomando en consideración las siguientes:

Durante la Averiguación
Previa

- 1.- Flagrancia en el delito.

PRIVACION DE LA LIBERTAD
PROVISIONAL:

- Orden de aprehensión.

Ante el órgano jurisdic-
cional.

- 3.- Auto de Formal Prisión

PRIVACION DE LA LIBERTAD
DEFINITIVA:

- 4.- Sentencia Condenatoria

Del cuadro que antecede, se deducen las cuatro figuras principales que tienen como efecto privar de la libertad al individuo, inclusive prolongar su detención a través de los actos de detención, aprehensión prisión preventiva y pena. Así pues, la creación de la figura de la libertad provisional bajo caución, es un medio para lograr el equilibrio entre gobernados y autoridades; pues si bien es cierto que la autoridad tiene la facultad de privar de la libertad a un individuo a través de la orden de aprehensión, del auto de formal prisión y la sentencia condenatoria; el acusado tiene el derecho a la libertad provisional bajo caución, si cumple con los requisitos constitucionales, siendo éste un medio de defensa a la libertad del acusado, que a su vez asegura la comparecencia del procesado ante el juez de su causa, sin estar privado de su libertad; asimismo garantiza la efectividad de la sentencia.

La libertad provisional humaniza la impartición de la justicia, en virtud de que se limita la prisión preventiva para aquellos casos que la justicia la reclamen.

2.- REQUISITOS DE PROCEDENCIA.

Los requisitos para la obtención de la libertad provisional bajo caución se pueden estudiar en tres aspectos:

a).- Determinación del término medio aritmético: El delito que se le imputa al acusado no debe exceder del término medio aritmético de cinco años de prisión, incluyendo las modalidades;

b).- La caución: Que otorgue la garantía o deposite el dinero, debe satisfacer la que fije el juez;

c).- Momento oportuno para solicitarla.

a).- Determinación del término medio aritmético.

El derecho constitucional referido es concedido de acuerdo con la gravedad del delito, se suma la pena máxima y la mínima del delito de que se trate y por lo que se le acusa, si al dividirse entre dos, resulta que el medio aritmético es hasta cinco años de prisión, tendrá derecho a los beneficios de esta figura jurídica; si por el contrario, excede de cinco años, por días o meses, no tendrá derecho a ella.

En relación a los delitos en base a los cuales se hará la determinación y por tanto se tendrá derecho o no a la libertad provisional bajo caución, se pueden observar en dos situaciones:

1).- Antes de dictar auto de formal prisión.

Se tomará en cuenta el delito o delitos por el que el Ministerio Público haya considerado al acusado como presunto responsable.

2).- Después del auto de formal prisión.

Por los delitos que se haya dictado auto de procesamiento y que se consideró presunto responsable.

No parece tener problema el determinar la media aritmética de la pena, tomando en consideración la mayor y la menor para el delito en particular; el primer párrafo del artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, reformado por Decreto Presidencial y publicado el 8 de enero de 1991 en el Diario Oficial de la Federación, está perfectamente en concordancia con la fracción I del artículo 20 Constitucional, y aplicable en el caso de que el término

medio aritmético del delito de que se trate no exceda de cinco años. Se establece:

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

El término "modalidades", se ha confundido por algunos autores y la jurisprudencia con las circunstancias modificativas o calificativas del delito (atenuantes y agravantes). En gran parte esta confusión se debía a que el texto del artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales antes de las reformas, comprendía las agravantes y atenuantes como a continuación se enuncia:

"Art. 399.- Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponde al delito imputado, incluyendo las modalidades atenuantes o agravantes de éste, acreditadas cuando se resuelva dicha libertad".

El contenido del artículo que antecede, dio lugar a cuestionarse si para determinar el término medio aritmético, debía tomarse en cuenta las atenuantes y agravantes del

delito. La Suprema Corte de Justicia en diversas ejecutorias se pronunció en el siguiente sentido:

"LIBERTAD CAUCIONAL.- Cuando el auto de prisión preventiva no satisface los rituales constitucionales y sólo expresa el delito en su denominación genérica, sin referirlo a precepto determinado de la Ley Penal, es lícito y aun necesario atender a las circunstancias procesales, para precisar la modalidad de la infracción cometida y, de esa suerte, conocer la pena que corresponde, y sentar, por ende, la base según la cual haya de decidirse sobre la procedencia, o improcedencia de la libertad caucional, ya que, de obrar de otra manera, en innumerables casos se privaría a los inculpados de la garantía correspondiente, con manifiesta violación en la fracción I del artículo 20 Constitucional. Por otra parte la jurisprudencia de la Corte que se refiere a que no se tomen en cuenta las circunstancias atenuantes o agravantes, para fijar el monto de la pena correspondiente al delito respectivo, cuando se trate de resolver acerca de la libertad caucional no quiere decir de ningún modo que no se atiendan a las circunstancias modificativas o calificativas del delito, como son respecto del homicidio, las que determinen que fue cometido por culpa, rifa, fuera de ella, o con premeditación, alevosía o ventaja, ya que en cada una de esas diversas modalidades, la penalidad que corresponde es diferente, y en algunas de ellas, no pasa de cinco años de prisión".

Tomo XXX.- Tijerón Casteñeda Francisco.- Pág. 1830.

LIBERTAD CAUCIONAL.- Para conceder o negar la libertad caucional, elevada al rango de garantía individual, debe tomarse en su término modlo la penalidad señalada en la ley".

Tomo XXXI, Suárez José., Pág. 1420.

Tomo XXXVII.- Castelán Meza Mario., Pág. 958.

Tomo XLI.- Madrigal Antonio., Pág. 909.

Tomo XLIII.- Campos J. Santos., Pág. 2121.

Tomo XLVII.- Pérez Indalecio., Pág. 4991. (85)

Existía una identificación de expresiones "calificativas o modificativas" en la comisión de los delitos; "modalidades" o "modificativas"; "modalidades o circunstancias atenuantes y agravantes"; poniendo en claro estos términos, se precisa lo siguiente:

"1).- Las "modalidades de un delito, son las formas o modos que puede presentar un mismo tipo delictivo.

b).- Las "circunstancias" del delito, son agregados o situaciones que tienen como efecto producir el aumento o disminución de la pena. Pero las circunstancias no modifican

(85) Compilación de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sustentada en sus ejecutorias pronunciadas desde el año de 1917 al de 1954, Tomo 11, Semanario Judicial de la Federación, Imprenta Murguía, S.A., México, 1955, pág. 1173.

el delito en sí; simplemente se adicionan al tipo básico para aumentar o disminuir la sanción". (86)

En este sentido, las modalidades de un delito son completamente distintas a las modificativas o circunstancias atenuantes o agravantes de un delito; esta diferencia en sus distintas tesis, sostenía que para conceder la libertad provisional no debía tomarse en cuenta las atenuantes o agravantes, porque su estudio correspondía a la sentencia que pone fin al proceso.

Actualmente, con la última reforma del multicitado artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales que coincide con el 599 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, deja en claro que para conceder la libertad provisional bajo caución, únicamente se deben tomar en cuenta las "modalidades" del delito, suprimiendo toda cuestión referente a las circunstancias atenuantes o agravantes.

La palabra "modalidades" significa el modo de ser o de manifestarse una cosa; en el Derecho Penal son los modos de expresión de un delito, la forma de manifestarse; así por ejemplo, el delito "contra la salud" previsto y sancionado en

(86) Franco Zepeda, Adrián, La Libertad Provisional, Universidad Autónoma de México, México, 1991, pág. 141.

los artículos 194 al 197 del Código Penal presenta las siguientes modalidades que se desprenden de las fracciones de los propios preceptos, según se trate de posesión de droga, venta, tráfico, suministro, etc., el delito de ataques a la vías de comunicación, regulado en el artículo 167, puede presentarse en cualquier modalidad correspondiente a las fracciones que se contienen en dichos artículos.

Para calcular el término medio aritmético es importante incluir las modalidades en el delito como la propia ley lo establece, para así determinar la penalidad que le corresponde al caso y realizar el cálculo correspondiente de acuerdo a la conducta del infractor. También previene que en el caso de que se cometan varios delitos (acumulación) se debe atender al delito cuya penalidad sea mayor.

b).- La caución.

La caución podrá consistir en depósito en efectivo, hipoteca o fianza y se encuentra regulada por los artículos 562 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del 402 al 420 del Código Federal de Procedimientos Penales.

La caución la fijará el ministerio Público o el órgano jurisdiccional, una vez que el inculcado o su defensor haya solicitado la libertad provisional bajo caución y se le conceda. Para fijar el monto se tomarán en cuenta los siguientes aspectos, conforme a los artículos 135 y 402 del Código Federal de Procedimientos Penales:

"Art. 135.- El Ministerio Público dispondrá de la libertad del inculcado, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 399 para los jueces, sin perjuicio de solicitar su arraigo en caso necesario. El Ministerio Público fijará la caución suficiente para garantizar que el detenido no se sustraerá a la acción de la justicia, ni al pago de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos..."

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

I. Los antecedentes del inculcado;

II. La gravedad y circunstancias del delito imputado;

III. El mayor o menor interés que pueda tener el inculcado en substraerse a la acción de la justicia;

IV. Las condiciones económicas del inculpado; y

V. La naturaleza de la garantía que se ofrezca.

Cuando 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 o perjuicio causado, y quedará sujeta a la reparación del daño que, en su caso, se resuelva*.

Una vez fijado el monto de la garantía el inculpado o su defensor podrán elegir la naturaleza de la caución, o lo hará el Tribunal en su lugar, procediendo de la siguiente manera:

1).- Si la caución consiste en depósito en efectivo, el inculpado o terceras personas lo harán ante el Banco de México o institución de crédito autorizada y el certificado o billete de depósito que se expida, se guardará en la caja de valores del tribunal;

2).- Si la garantía consiste en hipoteca, el inmueble no deberá tener gravamen y su valor fiscal debe ser de tres veces el monto de la caución fijada;

3).- Si se ofrece como garantía la fianza, y no excede de trescientos mil pesos, será responsabilidad del tribunal la apreciación o solvencia del fiador; si excede de esa cantidad, se hará el trámite ante institución de crédito o compañía afianzadora y se entregará al tribunal la póliza de fianza correspondiente.

Además, para fijar la caución deberán tomarse en cuenta los requisitos constitucionales de la fracción I del artículo 20, y que son: Que la caución no exceda de la cantidad equivalente a dos años de salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito; únicamente se podrá incrementar hasta cuatro años de salario mínimo vigente si la autoridad judicial lo considera necesario por las circunstancias personales del imputado y la gravedad del delito, mediante resolución motivada. También el monto de la cuantía entre los delitos intencionales y preterintencionales o imprudenciales se distingue, ya que en el primer caso, si el autor obtiene un beneficio económico o causa un daño o perjuicio patrimonial, la garantía deberá de ser cuando menos tres veces mayor al beneficio o daño causado; si es imprudencial o preterintencional, basta que se garanticen los daños y perjuicios ocasionados, así como la libertad personal del detenido.

c).- Momento oportuno para solicitarla.

La libertad provisional bajo caución, puede solicitarse durante cualquier fase del procedimiento, durante la averiguación previa, en primera instancia y segunda instancia, y aun en el juicio de amparo directo, contra la sentencia definitiva, previo agotamiento de los recursos ordinarios.

Durante la averiguación previa, el Ministerio Público fijará la garantía con los elementos existentes, siempre y cuando se le solicite la libertad del presunto responsable.

En Primera Instancia el Juez del Fuero Común o de Distrito, al tomar declaración preparatoria le hará saber al indiciado si tiene derecho a la libertad provisional, en caso de que proceda y se la soliciten, fijará dicho órgano jurisdiccional el monto de la garantía.

Asimismo, en Segunda Instancia se puede solicitar tal derecho y se dicte la sentencia y se promueva amparo directo, deberá el Presidente si es órgano colegiado o magistrado unitario o juez penal, cuando la sentencia de primera instancia no es apelable, acordar lo conducente sobre

la libertad caucional y fijar la garantía respectiva, en los términos del artículo 172 de la Ley de Amparo.

Los artículos 559 y 401 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Código Federal de Procedimientos Penales respectivamente, prevén que, aun cuando se haya dictado resolución judicial negando la procedencia de la libertad provisional bajo caución, se podrá conceder después por "causas supervinientes".

"Art. 401.- Si se negare la libertad caucional, podrá solicitarse de nuevo y concederse de nuevo por causas supervinientes".

Los Códigos Adjetivos de la Materia no definen cuáles son las causas supervinientes; sin embargo, podrían llegar a existir, por ejemplo: en el caso de que el juez haya negado la procedencia de la libertad provisional en la declaración preparatoria y posteriormente, al dictar auto de formal prisión se realice una reclasificación del delito, cuya penalidad ya permite conceder la libertad provisional, o también si de una prueba pericial surge un avalúo con un monto menor de los objetos robados que el que se había fijado inicialmente de tal suerte, que se torne procedente la libertad caucional, etc.

3.- LIBERTAD PROVISIONAL AMPLIADA.

En las reformas publicadas el 8 de enero y treinta de diciembre de 1991, se adicionan a los artículos 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y 556 del Código Penal para el Distrito Federal, los siguientes textos:

"Art. 399.- ...en los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, y no se trate de los delitos señalados en los siguientes párrafos de este artículo, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

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

Para los efectos del párrafo anterior, no procederá la libertad provisional cuando se trate de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, 60, 123, 124, 125, 127, 223, 128, 132 a 136, 139, 140, 145, 146, 147, 149 bis, 168, 170, 197, 198, 223, 265, 266, 266 bis, 302, 307, 315 bis, 320, 323, 324, 325, 326, 366 y 370 segundo y tercer párrafos cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones VIII, IX, X y 381 bis; para los efectos del segundo párrafo de este artículo, no se concederá el derecho a la libertad provisional respecto a los delitos previstos en el artículo 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego, y Explosivos y en los artículos 102, 104, 105, 108, 109 y 115 bis del Código Fiscal de la Federación".

En el mismo sentido se adiciona el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

"Art. 556.- ... en los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión y no se trate de los delitos señalados en el siguiente párrafo de este artículo, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

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

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

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

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

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

Con ello se abre la posibilidad de obtener la libertad provisional, aun y cuando el término medio aritmético del delito incluyendo sus modalidades exceda de cinco años, desde luego, es necesario que se cumplan con los requisitos a que hacen referencia los citados artículos.

Abundando, para la procedencia de la libertad provisional ampliada es necesario analizar los siguientes tres requisitos:

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

La cantidad que se fije para garantizar la reparación del daño es independiente a la que debe señalarse para garantizar que no se sustraerá, a la acción de la justicia.

En el caso de que existiera sentencia condenatoria que absuelva respecto a la reparación del daño y el Ministerio Público interponga apelación, siendo esta la única materia de la segunda instancia, estando subjudice, se procederá a fijar la garantía.

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

El análisis de si se trata de un grave peligro social el que el condenado quede en libertad, debe tener como base el material probatorio que aporten el defensor y el Ministerio Público y el que el Juzgador pueda allegarse.

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

Resulta fundamental valorar la necesidad del arraigo, es decir, la necesidad de residir en determinado lugar, tomando en consideración la naturaleza del delito y respecto de los extranjeros, la posibilidad de que puedan ser expulsados del país o salgan voluntariamente del mismo.

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

La única manera de constatar si se trata o no de un individuo reincidente o con habitualidad para delinquir, es mediante la prueba documental que debe ser presentada ante el juzgador.

Existe la prohibición de otorgar la libertad provisional en casos de delitos graves, por ejemplo, traición a la patria, espionaje, rebelión, terrorismo, sabotaje, piratería, genocidio, ataque a las vías de comunicación mediante explosivos, delitos contra la salud, violación, homicidio, algunos casos de secuestro y robo con violencia.

La ampliación en cuanto a la procedencia de la libertad provisional bajo caución, no está contemplada en la

fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que surgieron diversos comentarios en cuanto al tema:

En la Quinta Reunión de Magistrados de Circuito, celebrada en el mes de mayo de 1991, en la ciudad de México, Distrito Federal, el Magistrado Jorge Reyes Tayabas en su ponencia titulada: "La ampliación en cuanto a procedencia de la libertad provisional bajo caución, por las reformas de 1991 a los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Federal de Procedimientos Penales, no pugna con la garantía del artículo 20o, fracción I, Constitucional y se acopla sin problema con las disposiciones de la Ley de Amparo sobre la suspensión en materia penal", expresó:

"Respetar en todo lo posible el principio de la
"presunción de inocencia que sólo ha de ceder
"cuando se pronuncie sentencia condenatoria,
"evitar también al máximo de posibilidades la
"prisión con carácter preventivo durante el
"desarrollo de un proceso y abatir en los
"centros de reclusión, fueron los tres factores
"de mayor influencia para la reforma -que rige
"desde el 1o. de febrero de 1991- a los
"artículos 399 del Código Federal de

"Procedimientos Penales y 556 del Código de
"Procedimientos Penales para el Distrito
"Federal. Por dicha reforma se han establecido
"nuevas reglas con respecto a la procedencia de
"la libertad bajo caución, separándose la
"garantía consignada en el artículo 200,
"fracción I, de la Constitución General de la
"República. Se supera dicha garantía en virtud
"de que mientras en ella se concede a los
"procesados el derecho a obtener la libertad
"provisional bajo caución inmediatamente que la
"soliciten y con sólo otorgar la garantía que
"el juez fije, siempre que el término medio
"aritmético de la pena privativa de la libertad
"que corresponda al delito imputado no exceda
"de cinco años, aquellas reformas amplían ese
"derecho a otros delitos -pues se fijan
"excepciones-, cuya pena de prisión pase de
"cinco años en su término medio, aun que sin
"especificarse que también en estos casos la
"libertad se habrá de conceder inmediatamente y
"añadiéndose al requisito de otorgar garantía,
"otros requisitos consistentes en que no se
"provoque un grave peligro social ni exista
"riesgo fundado de que el inculcado eluda la

"acción de la justicia, riesgo éste que se
"presumirá cuando se trate de persona
"reincidente o con habitualidad en el delito.

"Ante estas novedades se han llegado a plantear
"estas cuestiones: 1a. Si acaso las nuevas
"disposiciones no quedan en desajuste con la
"garantía constitucional...

"PRIMERA.- No hay choque de los artículos 399
"del CFPP y 566 del CPPDF con el 20o fracción
"I, de la Constitución, porque este último
"precepto se reduce a mencionar como garantía
"la procedencia de la libertad provisoria para
"aquellos asuntos en que el término medio de la
"sanción privativa de la libertad no pase de
"cinco años, fijando como único requisito el de
"que se otorgue la garantía que el juez señale
"para los fines y dentro de los límites que el
"propio texto constitucional establece y con
"esa norma se compaginan perfectamente aquellos
"dos preceptos secundarios tomados en su primer
"párrafo. Así que con las referidas reglas
"secundarias no se restringe la mencionada
"garantía y el respeto de los párrafos de

"dichos artículos son más benéficos para los
"encausados, al ampliarse las posibilidades de
"que no se mantengan en prisión preventiva
"durante el juicio...

"Conclusiones.- I.- La ampliación de la pro-
"cedencia de la libertad provisional, intro-
"ducida en el CFPP (art. 399) y en el CPPDF
"(Art. 556) por las reformas de 1991, para
"algunos delitos con pena de prisión cuyo
"término medio no exceda de cinco años, no
"choca con la garantía del artículo 20 fracción
"I, de la Constitución, ya que el contenido de
"ésta se respeta íntegramente en el primer
"párrafo de los nuevos preceptos..." (87)

El licenciado Carlos Hidalgo Riestra, Magistrado de
Circuito, en su ponencia respecto a dicha reforma en materia
de libertad caucional, opina lo siguiente:

"El artículo 399 reformado, del Enjuiciamiento
"Penal Federal, resulta inconstitucional:
"porque niega el beneficio de libertad
"caucional a algunos autores de delitos

(87) Memoria Quinta, Reunión Nacional de Magistrados de Circuito, Poder Judicial Federal, México, 1991, págs. 593-597.

"imprudenciales y porque concede el propio
"beneficio a quienes cometan ilícitos cuyo
"término medio aritmético rebasa los cinco años
"de prisión.

"Desarrollo del tema.- La fracción I del
"artículo 20 del Pacto Supremo, establece que
"todo individuo gozará de tal beneficio, en
"cuanto lo solicite, si se encuentra en el caso
"de que la pena que pudiera serle impuesta no
"exceda en su término medio aritmético, de
"cinco años de prisión. Y es de sobra conocido
"que los términos medios de las penas se
"obtienen sumando mínimos y máximos de los
"aplicables, dividiéndolos por mitad.

"El Código Federal de Procedimientos Penales,
"reglamentó lo de la libertad caucional en los
"artículos 399 a 417, pero es omiso en cuanto a
"lo que debe hacerse cuando se trata del
"concurso ideal o real de los delitos, sólo que
"los artículos 51, 58 y 64 del Código
"Sustantivo Penal, aclaran respectivamente: que
"los jueces deben de aplicar las sanciones
"establecidas para cada delito, dentro de los

"límites fijados por la ley que si se trata de
"acumulación ideal, se aplicará la pena del
"delito mayor, la que podrá aumentarse hasta
"una mitad más del máximo de su duración; y que
"en la hipótesis del concurso real se aplicará
"la pena del delito mayor que podrá aumentarse
"hasta la suma de los demás delitos. Lo que
"significa que en los casos de acumulación
"ideal o material, el problema se reduce a
"comparar las penas aplicables según los
"numerales de referencia, para tomar como base
"a efecto de obtener el término medio
"aritmético, por una parte, la suma de los
"mínimos; y por la otra la de los máximos de
"las penas propias de cada infracción.

"En la reforma pública en Decreto de ocho de
"enero de mil novecientos noventa y uno,
"relativa al Enjuiciamiento Penal Federal, se
"pretendió dar un nuevo cauce a lo de la
"cauacional, facultándose al Ministerio Público
"para disponer la libertad del inculpado,
"durante la averiguación ministerial, a
"propósito de delitos intencionales, siempre
"que se cumplieran con los requisitos del

"citado artículo 399 y luego se dijo en este
"numeral reformado en el párrafo segundo que
"en los casos en que la pena del delito
"imputado rebasa el término medio aritmético de
"cinco años de prisión, y no se trate de los
"delitos señalados en los siguientes párrafos
"de este artículo, el juzgador concederá la
"libertad provisional en resolución fundada y
"motivada siempre que se cumplan con los
"requisitos... Ahora bien, si el constituyente
"fue enfático al conceder el beneficio de
"libertad caucional pero sólo en los casos en
"que la pena aplicable no exceda, en su término
"medio aritmético de cinco años de prisión, es
"lógico entender que al imponer tal exigencia
"se tomó en consideración tanto el interés
"social, como la peligrosidad del delincuente,
"la gravedad del delito y el problema del
"sobrecupo en los reclusorios, puesto que de no
"ser así, se hubiera señalado otro término
"medio aritmético, ampliándolo a seis, a siete
"o a cualquier otro índice superior al de los
"cinco años. Y decir que la Constitución
"establece derechos mínimos pero no máximos, es
"una verdad irrefutable, sólo que no sirve de

"base para contrariar a la Constitución porque
"todo lo que involucre una hipótesis contraria
"a lo dispuesto expresamente por ella, implica
"una contravención a la norma fundamentalmente
"que resulta anticonstitucional, dado que el
"Constituyente utilizó en el artículo 20
"fracción I, ya citada, la locución "siempre
"que, misma que por referirse al modo
"conjuntivo condicional implica una exigencia
"permanente, imperativa, categórica e
"insuperable..."

En conclusión, la reforma de 1991, en materia de Libertad Provisional Bajo Caución es benéfica, en cuanto a que existe la posibilidad de obtener la libertad. bajo un parámetro más amplio ofrece ventajas en cuanto a que:

- 1.- Evita la sobrepoblación en los reclusorios.
- 2.- Permite la libertad del individuo en aquellos casos en que no constituye un riesgo o peligro para la sociedad, ni temor que el infractor se sustraiga a la acción de la justicia.

3.- Disminuye el número de individuos sujetos a prisión preventiva, con restricción de libertad aplicándose únicamente en delitos graves y a procesados reincidentes.

4.- Se protege la libertad del individuo, aun cuando el término medio aritmético de la pena exceda de cinco años al tratarse de una media cautelar exclusiva para los sujetos que todavía no se les considera culpables del delito, sin embargo se debe garantizar la reparación del daño causado por el delito con lo cual se tutela el derecho del ofendido.

Es benéfica la reforma para los encausados, sin embargo, supera los límites establecidos en la fracción I del artículo 20 Constitucional, por lo que existe una incongruencia: la ley secundaria prevee mayores beneficios que los que protege la Constitución, atentado contra el principio de supremacía constitucional contenido en los artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por tanto, es necesario la reforma del artículo 20 fracción I de la Constitución, para el efecto de que establezca la concesión del beneficio de la libertad provisional bajo caución cuando

el término medio aritmético de la pena rebase los cinco años de prisión siempre y cuando se cumplan con los requisitos de la ley procesal reformada, desde luego, apegándose a los requisitos constitucionales en cuanto a la cuantificación de la fianza previstos en los párrafos tercero y cuarto, de la fracción I del artículo 20 Constitucional.

4.- EFECTOS Y REVOCACION.

Los efectos de la libertad provisional se analizan respecto al proceso y desde el punto de vista de los sujetos, resaltando que, la libertad caucional no impide la continuación del proceso ni influye en la determinación del juzgador en la sentencia que se pronuncie en el fondo del asunto.

De forma contraria a lo que sucede con la prisión preventiva, el tiempo que goza de la libertad provisional del individuo, es irrelevante para el cómputo de la pena, en el caso de que se dicte sentencia condenatoria con pena privativa de libertad.

Los efectos respecto a los sujetos son:

a).- El inculpado disfruta de limitada libertad y contrae obligaciones conforme a los artículos 567 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 411 del Código Federal de Procedimientos Penales, como a continuación se enuncia:

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

En el mismo sentido el artículo 411 del Código Federal de Procedimientos Penales, expresa:

"Art. 411.- Al notificarse al inculpado el auto que le concede la libertad caucional, se le hará saber que contrae las siguientes obligaciones: presentarse ante el tribunal que conozca de su caso los días fijos que se estime conveniente señalarle y cuantas veces sea citado o requerido para ello, comunicar al mismo tribunal los cambios de domicilio que tuviere, y no ausentarse del lugar sin permiso del citado tribunal, el que no se lo podrá conceder por tiempo mayor de un mes.

También se le harán saber las causas de revocación de la libertad caucional.

En la notificación se hará constar que se hicieron saber al acusado las anteriores obligaciones y las causas de revocación, pero la omisión de este requisito no librará de ellas ni de sus consecuencias al inculpado".

De lo anterior se desprende que el inculpado tiene las siguientes obligaciones:

1.- Presentarse ante el Tribunal cuantas veces sea requerido o citado.

2.- Comunicar cambios de domicilio.

3.- No ausentarse del lugar sin permiso del tribunal.

b).- Los efectos de la libertad provisional respecto al juez en concordancia con los artículos antes citados son: fijar los días de presentación, citaciones, autorizaciones de salidas, revocar la libertad. Además los artículos 573 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 416 del Código Federal de Procedimientos Penales, establecen la obligación de citar al inculpado por medio del tercero garante, en los términos establecidos por dichos preceptos, que a la letra dicen:

"Art. 573.- Cuando un tercero haya constituido depósito, fianza o hipoteca, para garantizar la libertad de un reo, las órdenes para que comparezca éste se entenderán con aquel. Si no pudiere desde luego presentar al reo, el juez podrá otorgarle un plazo hasta de quince días para que lo haga, sin perjuicio de librar orden de aprehensión si lo estimare oportuno. Si concluido el plazo concedido el fiador no se obtiene la comparecencia del acusado, se hará efectiva la garantía, en los términos del artículo 570 de este Código, y se ordenará la reaprehensión del reo"

"Art. 416.- Cuando un tercero haya constituido depósito, fianza, hipoteca, para garantizar la libertad de un inculpado, las órdenes para que comparezca éste se entenderán con aquél. Si no pudiere, desde luego, presentarlo, el tribunal podrá otorgarle un plazo hasta de treinta días para que lo haga, sin perjuicio de librar orden de aprehensión si lo estima oportuno. Si concluido el plazo concedido no se obtiene la comparecencia del inculpado, se ordenará su reaprehensión y se hará efectiva la garantía en los términos del primer párrafo del artículo 414".

c).- Los efectos respecto al tercero garante, que se deducen de los anteriores artículos, es precisamente presentar al inculpado cuando así lo determine el juez.

El auto que concede o niega la libertad provisional bajo caución es apelable en efecto devolutivo y no es cosa juzgada, conforme a los artículos 418 fracción II del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 367 fracción V del Código Federal de Procedimientos Penales, y

sus efectos perduran independientemente del auto de formal prisión, salvo si se revoca en el mismo la libertad de modo expreso. (Art. 166 CFPP).

Conforme a los artículos 568 fracción VI (CPPDF) y 412 fracción VI (CFPP), los efectos de la libertad provisional perduran hasta que causa ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia.

La Revocación.

"La libertad caucional no es un beneficio procesal que en forma graciosa brinden las autoridades judiciales a los procesados; es el ejercicio de un derecho constitucional con la categoría de garantía individual. Una vez que se ha concedido, no puede privar de la libertad procesal sin que se satisfaga la garantía de previa audiencia, porque se trata de derechos que integran su esfera jurídica". (88)

"En razón de los fines, justificación y supuestos de la libertad caucional, de las obligaciones y derechos que apareja y de los intereses, sociales e individuales, que concilia, lógico es que no deba substituir cuando, por una y otra razón pasan a ser inalcanzables sus propósitos, deja de

(88) Mancilla Ovando, Alberto, Op. Cit., supra nota 67, pág. 421.

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 inculpado. Atentas estas consideraciones fácilmente se explican los motivos de revocación que nuestras leyes enumeran..." (89)

Las anteriores transcripciones implican que, el juez de la causa no puede revocar la libertad caucional concedida sin el derecho de defensa del procesado a quien se vaya a privar del beneficio; y procederá la revocación de la libertad, únicamente en los casos previstos en los artículos 412 y 413 del Código Federal de Procedimientos Penales y 568 y 569 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y son:

I.- Desobediencia de los órdenes legítimos del tribunal.

II.- Cuando antes de que cause ejecutoria la sentencia en el expediente que se le concedió la libertad cometa un nuevo delito que merezca pena corporal.

III.- Por amenazas o soborno al ofendido testigo, funcionario del tribunal o Agente del Ministerio Público que intervengan en el caso.

(89) García Ramírez, Sergio, Op. Cit., supra nota 53, pág. 421.

IV.- Cuando lo solicite el inculcado y se presente al tribunal.

V.- Cuando aparezca con posterioridad que le correspondía al inculcado una pena que no permita otorgar la libertad.

VI.- Cuando cause ejecutoria la sentencia pronunciada en primera o segunda instancia.

VII.- Cuando el inculcado no cumpla con las obligaciones de los artículos 411 (CFPP) y 567 (CFPPDF), aludidos con anterioridad.

El artículo 568 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, agrega:

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

Además, respecto al tercero que haya garantizado la libertad del inculcado por medio de depósito en efectivo, fianza o hipoteca, las leyes adjetivas de la materia, agregan las siguientes causales de revocación de la libertad provisional:

IX.- Cuando el tercero pida que se le releve de la obligación y presente al inculcado.

X.- Cuando se demuestre la insolvencia del fiador.

En el caso de que sobrevenga alguna de las causales anteriores, el juez mandará reaprehender al reo y la caución se hará efectiva enviando el certificado de depósito, testimonio de hipoteca a la autoridad administrativa local (Art. 570 CPPDF). No se hará efectiva la caución cuando se esté en los supuestos citados con anterioridad con los numerales: V, VI, VIII y X (Corresponde al Art. 571 del CPPDF).

Solamente se remitirá al acusado al establecimiento que corresponda y no se ordenará reaprehensión ni se hará efectiva la garantía en el caso de los numerales II y IX del presente estudio.

III.- PROPOSICION PARA LA REFORMA DE LA FRACCION I
DEL ARTICULO 90 DEL CODIGO PENAL Y SU OPERATIVIDAD
CONSTITUCIONAL.

SUMARIO.- 1.- Nocion de la Condena Condicional; 2.- Regulación Legal y 3.- Propuesto
y Operatividad.

1.- NOCION DE LA CONDENA CONDICIONAL.

Inicialmente la condena condicional fue una institución creada por el Derecho Canónico (*absolutio ab reincidentiam*); se concedía por cierto tiempo o para determinado acto, debiendo el acusado satisfacer lo que adecuaba al ofendido o realizar ciertas obras de piedad durante un tiempo determinado, si transcurría el plazo sin cumplir lo preceptuado revivía la condena y se dejaba sin efectos la absolución condicionada. En sentido moderno proviene de los Estados Unidos de América, en el Estado de Massachussets en 1859 y posteriormente en la ley belga de 1888, por lo que se presenta en dos sistemas diferentes en el angloamericano y el europeo continental, como se enuncia a continuación:

"En el sistema angloamericano (*probation system*), se suspende condicionalmente el pronunciamiento de la sentencia; en el europeo se dicta la sentencia, pero se remite la pena pronunciada mientras transcurre el término de prueba. En ambos sistemas, transcurrido ese término sin que el sujeto reincida se archiva el expediente. Hay también diferencias en cuanto a las penas que puedan remitirse, pues en la mayoría de las legislaciones sólo pueden ser suspendidas las penas privativas de libertad, siguiéndose con ello un buen camino (Jiménez de Asúa), en tanto que en otras se amplía la suspensión a la multa. Me parece absurdo -comenta Jiménez de Asúa- extender la condena condicional a la pena de multa: si el fundamento de ella se finca en evitar los malos efectos de las penas cortas de privación de la libertad tal motivo no puede alegarse respecto a las penas pecuniarias". (90)

En México, la condena condicional fue introducida por Miguel Macedo en 1901, al realizar un proyecto para las reformas del Código Penal de 1871, en su contenido comprendía un articulado completo relativo a la condena condicional. Se plasmó por primera vez en el Código Penal de San Luis Potosí en 1920, y posteriormente se contempló en el Código Penal de

(90) Díaz De León, Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa, S.A., México, 1989, 2a. ed., pág. 499.

1929 en los artículos del 241 al 248, y actualmente se encuentra previsto en el artículo 90 del Código Penal del Distrito Federal aplicable en toda la República en Materia Federal.

Al principio la institución de la condena condicional fue criticada por los tratadistas por considerar que se desprotegía a la sociedad y se desamparaba a la víctima, pero finalmente los congresos penitenciarios que al principio no la aceptaban, terminaron por aprobarla y recomendarla, ya que finalmente constituye una medida educadora, pues durante el período de prueba el condenado se habitúa a una vida ordenada y conforme a la ley.

La condena condicional consiste en la suspensión temporal de la ejecución de la pena dictada por el juez cuando la condena no exceda de cuatro años de prisión, siempre y cuando: sea la primera vez que el sentenciado incurra en un delito intencional, haya observado buena conducta antes y después del hecho punible y que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades o móviles del delito, se presume que el sentenciado no volverá a delinquir.

La condena condicional se ha definido por Goldstein como: "La condena impuesta, dejándose en suspenso el cumplimiento de la pena, para que ésta se tenga por no pronunciada si el condenado no comete un nuevo delito en el término de la prescripción de la pena. La condena condicional se concede generalmente sólo a los delincuentes primarios y ante la presencia de delitos menores". (91) Para Cuello Calón: "El rasgo esencial de la condena condicional en su modalidad originaria es la suspensión de la ejecución de la pena. El delincuente es juzgado y condenado, pero en vez de cumplir con la condena impuesta queda en libertad. Si durante un plazo diverso en las distintas legislaciones no comete una nueva infracción, la pena suspendida se considera no impuesta". (92)

Ignacio Villalobos, comenta que: "Tres consideraciones fundamentales han hecho llegar al desarrollo que actualmente tiene la institución que ahora nos ocupa; la inconveniencia que presentan las penas cortas de prisión; la verdad psicológica de que en algunos sujetos se despierta el arrepentimiento y la enmienda procediendo con indulgencia, haciendo ver lo mal que se ha obrado y ayudando a ordenar la vida, que procediendo con dureza intolerante y acoso

(91) Cít. pos. Manzanera Rodríguez, Luis, La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de Prisión, Cuaderno del Instituto Nacional de Ciencias Penales 13, México, 1984, pág. 82.

(92) Op. Cit., supra nota 91, pág. 82.

incomprensiva cuando no hay una verdadera perversidad o peligrosidad que lo amerite; y la esperanza de encontrar nuevos tratamientos y nuevos caminos para llegar al objetivo del Derecho Penal, sin recurrir ciegamente y por sistema de castigo, aun en aquellos casos en que se pueda y convenga evitarlo". (93)

La condena condicional es pues, un substitutivo de pena que permite que el delincuente que es sentenciado por un delito leve, obtenga la libertad y se reintegre a la sociedad, desde luego siempre que concurran ciertas circunstancias, como lo son: No tener antecedentes de mala conducta, ser la primera vez que delinque y que la pena por la cual fue sentenciado no sea mayor de cuatro años de prisión.

Los sentenciados que disfrutan de la condena condicional quedan bajo cuidado y vigilancia de autoridades administrativas, en México, está a cargo del Ejecutivo vigilar el cumplimiento de las penas impuestas por los órganos judiciales, y en el caso de la condena condicional corresponde el cuidado de los sujetos a la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social.

(93) Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, S.A., México, 1983, pág. 598.

2.- REGULACION LEGAL.

La condena condicional se encuentra prevista en el artículo 90 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, reformado por decreto del Ejecutivo publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1991, mediante el cual se eleva el beneficio de la condena condicional para penas privativas de libertad, pues antes comprendía hasta dos años de prisión, y con las reformas es procedente otorgarla hasta cuatro años de pena; asimismo se reforman las fracciones VI, VII y VIII de dicho precepto.

En la exposición de motivos respecto a la reforma de este artículo se plasma lo siguiente:

*e).- Artículo 90.

En este artículo, se propone hacer asequible los beneficios de la condena condicional a un mayor número de individuos, mediante la elevación a cuatro años, hoy de dos años, el límite máximo de la condena privativa de libertad.

Además se incluyen modificaciones a sus fracciones VI, VII y VIII en vigor, para adecuarlas a la nueva estructura de dicho artículo:

El texto actual del artículo 90 señala lo siguiente:

*Art. 90.- El otorgamiento y disfrute de los beneficios de la condena condicional, se sujetarán a las siguientes normas:

I.- El juez o tribunal, en su caso, al dictar sentencia de condena o en la hipótesis que establece la fracción X de este artículo, suspenderán motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren estas condiciones:

a) Que la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de cuatro años de prisión.

b) Que sea la primera vez que el sentenciado incurra en delito intencional y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible; y,

c) Que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir;

d) En el caso de los delitos previstos en el título décimo de este Código, para que proceda el beneficio de la condena condicional se requiere que el sentenciado

satisfaga el daño causado en los términos de la fracción III del artículo 30 u otorgue caución para satisfacerla.

II.- Para gozar de este beneficio el sentenciado deberá:

a) Otorgar la garantía o sujetarse a las medidas que se le fijen, para asegurar su presentación ante la autoridad siempre que fuere requerido;

b) Obligarse a residir en determinado lugar, del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza sobre él cuidado y vigilancia;

c) Desempeñar en el plazo que se le fije, profesión, arte, oficio y ocupación lícitos;

d) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias que producen efectos similares, salvo por prescripción médica; y,

e) Reparar el daño causado.

Cuando por sus circunstancias personales no pueda reparar desde luego el daño causado, dará caución o se sujetará a las medidas que a juicio del juez o tribunal sean bastantes para asegurar que cumplirá en el plazo que le fije, esta obligación;

III.- La suspensión comprenderá la pena de prisión y la multa, y en cuanto a las demás sanciones impuestas, el juez o tribunal resolverá discrecionalmente según las circunstancias del caso;

IV.- A los delincuentes a quienes se haya suspendido la ejecución de la sentencia, se les hará saber lo dispuesto en este artículo, lo que se asentará en diligencia formal, sin que la falta de ésta impida, en su caso, la aplicación de lo prevenido en el mismo;

V.- Los sentenciados que disfruten de los beneficios de la condena condicional quedarán sujetos al cuidado y vigilancia de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social;

VI.- En caso de haberse nombrado fiador para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en los términos de este artículo, la obligación de aquél concluirá seis meses después de transcurrido el término a que se refiere la fracción VII, siempre que el delincuente no diere lugar a nuevo proceso o cuando en éste se pronuncie sentencia absolutoria. Cuando el fiador tenga motivos fundados para no continuar desempeñando el cargo, los expondrá el juez al fin de que éste, si los estima justos, prevenga al sentenciado que presente nuevo fiador dentro del plazo que prudentemente deberá fijarle, apercibido de que se hará efectiva la sanción si no lo verifica. En caso de muerte o insolvencia del fiador, estará obligado el sentenciado a poner el hecho en conocimiento del juez para el efecto y bajo el apercibimiento que se expresa en el párrafo que precede;

VII.- Si durante el término de duración de la pena, contado desde la fecha de la sentencia que cause ejecutoria el condenado no diere lugar a nuevo proceso por delito intencional que concluya con sentencia condenatoria, se considerará extinguida la sanción fijada en aquélla. En caso contrario, se hará efectiva la primera sentencia, además de la segunda, en la que el reo será considerado como reincidente sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20 de este Código. Tratándose de delito imprudencial, la autoridad competente resolverá motivadamente si debe aplicarse o no la sanción suspendida;

VIII.- Los hechos que originen el nuevo proceso interrumpen el término a que se refiere la fracción VII, tanto si se trate de delito intencional como imprudencial, hasta que se dicte sentencia firme;

IX.- En caso de falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el condenado, el juez podrá hacer efectiva la sanción suspendida o anestararlo, con el apercibimiento de que, si vuelve a faltar a algunas de las condiciones fijadas, se hará efectiva dicha sanción;

X.- El reo que considere que al dictarse sentencia reunía las condiciones fijadas en este precepto y que está en aptitud de cumplir los demás requisitos que se establecen, si es por inadvertencia de su parte o de los tribunales que no obtuvo en la sentencia el otorgamiento de la condena condicional, podrá promover que se le conceda, abriendo el incidente respectivo ante el juez de la causa".

3.- PROPUESTA Y OPERATIVIDAD.

a).- Reforma a la fracción I del artículo 90 del Código Penal.

La fracción I del artículo transcrito, se refiere a que será el juez o tribunal al dictar la sentencia condenatoria, quien de oficio o a petición de parte otorgará el beneficio de la condena condicional, siempre y cuando se cumplan con los requisitos.

Esta fracción le otorga la facultad al juzgador de conceder la suspensión de la ejecución de la pena, de forma potestativa, dejando a la discrecionalidad del juzgador el concederla si no se la solicitan, por tanto, esta fracción debería ser reformada para contemplar la obligación de conceder la condena condicional si se cumplen con los requisitos, para quedar en los siguientes términos:

I.- El juez o tribunal, en su caso, al dictar sentencia de condena o en la hipótesis que establece la fracción X de este artículo, deberán suspender motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren estas condiciones:

a) Que la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de cuatro años de prisión.

b) Que sea la primera vez que el sentenciado incurre en delito intencional y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible; y,

c) Que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir;

d) En el caso de los delitos previstos en el título décimo de este Código, para que proceda el beneficio de la condena condicional se requiere que el sentenciado satisfaga el daño causado en los términos de la fracción III del artículo 30 u otorgue caución para satisfacerla.

Así pues, decíamos que es una facultad discrecional del juzgador conceder la condena condicional, en este sentido se han pronunciado diversas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como a continuación se enuncia:

Tesis Jurisprudencial número 451, visible a foja 790 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, a la letra dice:

"CONDENA CONDICIONAL. ARBITRIO JUDICIAL. En tanto la condena condicional no constituye un derecho establecido por la ley en favor del sentenciado, sino un beneficio cuyo otorgamiento queda al prudente arbitrio del juzgador, la negativa de tal beneficio no puede trascender a una violación de la ley que amerite la concesión del amparo, por no afectarse derecho alguno del inculpado".

El mismo criterio se contiene en la tesis visible a fojas 13, Volumen XIV, Séptima Epoca del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación que dice:

"CONDENA CONDICIONAL Y LIBERTAD PROVISIONAL. DIFERENCIAS.- Los institutos de la libertad provisional y de la condena condicional, ni siquiera pueden considerarse instituciones paralelas, pues difieren tanto por su fuente como por la finalidad que persiguen; mientras que la libertad provisional tiene rango constitucional y procura el relativo aseguramiento del favorecido para evitar su detención material mientras se decide en definitiva si es o no responsable del hecho que se le imputa, el beneficio de condena condicional se origina en la ley penal, que resulta secundaria en relación con la constitución. Mientras que la libertad provisional es una garantía y, por ende, no queda al arbitrio del juez su concesión, la condena condicional es un beneficio que el juez puede o no conceder atentas ciertas condiciones, las que incluso llenadas formalmente pueden no inclinarla a la concesión de referencia (peligrosidad manifiesta entre otras). Mientras que la garantía que se otorga en la libertad provisional lo es para el relativo aseguramiento del acusado a fin de que comparezca al juicio, la que se fija en la condena condicional busca asegurar su

presentación periódica ante la autoridad y el logro de las demás finalidades previstas en la ley penal. Se trata, en consecuencia, de institutos diferentes, al grado de que la fianza en la libertad provisional garantice la comparecencia al juicio, en cambio en la condena condicional está garantizando la sujeción del beneficiado a la autoridad por un término de tres años, y en relación con una sanción ya impuesta; de ahí que no tenga porque afirmarse que las fianzas a otorgar para una y otra situación deben de corresponderse.

Precedentes:

D. 714/67.- Armando Leyva Guerra.- 13 de febrero de 1970.- Unanimidad de 5 votos.-

Ponente: Abel Huítrón A.

Sexta Época, Volumen LXII, Segunda Parte, pág. 44.

El objeto de la reforma que se propone es precisamente el estudio de la procedencia de la condena condicional al dictarse la sentencia, y no dejar de conceder el beneficio en ningún caso, al contemplarse con una obligación si se cumplen con los requisitos que establece la fracción I, incisos a), b), c), y e), que son:

- 1.- Que la pena de prisión a la que fue condenado no exceda de cuatro años;
- 2.- Que sea la primera vez que el sentenciado incurre en delito intencional y haya evidenciado buena conducta antes y después del hecho punible;
- 3.- Se presuma por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del

delito de que no volverá a delinquir y que 4.- Satisfaga el daño patrimonial causado y otorgue caución para satisfacerla.

Una vez cumplidos los requisitos se deberá otorgar el beneficio.

b).- Operatividad Constitucional.

El artículo 20 Constitucional contempla las garantías del acusado, la única forma de obtener la libertad que está elevada al rango de garantía individual durante el proceso, es la libertad provisional bajo caución, que procede ser concedida hasta que cause ejecutoria la sentencia.

La condena condicional es también una forma de obtener la libertad, pero una vez que se ha dictado sentencia condenatoria, sin que por ello se quiera decir que se traten de instituciones iguales, ya que su naturaleza jurídica es distinta, mientras la libertad provisional bajo caución es una medida cautelar tendiente a proteger la libertad del inculcado, la condena condicional suspende la ejecución de la sentencia, dejando en libertad al condenado.

Tomando en consideración que propongo la reforma a la fracción I del artículo 90 del Código Penal, referente a

que el juzgador debe obligatoriamente de oficio o a petición de parte conceder la condena condicional si se cumplen con los requisitos del propio artículo, también debería existir una protección constitucional tendiente a proteger la suspensión de la ejecución de la sentencia en relación con la reforma que propuse.

Considero necesario adicionar a la fracción X del artículo 20 Constitucional, lo referente a la condena condicional en los siguientes términos:

Art. 20.. ...

X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención y tendrá

derecho el condenado a la suspensión de la ejecución de la pena, mediante la condena condicional, si cumple con los requisitos previstos en la ley secundaria.

La adición que propongo al artículo 20 Constitucional, en la que se eleva al rango de garantía individual la condena condicional tiene por objeto:

1.- Que el sentenciado con derecho a condena condicional conforme a la ley secundaria, siempre se le otorgue, atento al principio jurídico: "Trato igual a los iguales y desigual a los desiguales".

2.- Tiene por objeto que todo sentenciado que reúna los requisitos previstos por el artículo 90 del Código Penal, necesariamente debe gozar de ese beneficio y el juzgador así lo debe reconocer en su sentencia, aun cuando no lo solicite aquél, porque al estatuirse no como una facultad discrecional si no en forma obligatoria, el juzgador debe acordar lo que corresponda. Y de ser omiso sobre el particular, el fallo resulta ilegal y debe reclamarse la violación en apelación o en amparo directo contra la sentencia definitiva.

CONCLUSIONES

I. La pena de privación de la libertad en la antigüedad, especialmente en el Derecho Romano, solía considerarse no como pena en sí, sino como un reclutamiento o detención provisional mientras el individuo era juzgado y se le imponía una pena definitiva a través de la sentencia; la prisión sólo se utilizaba en caso de excepción.

Los cambios procesales a lo largo de la historia obedecen a la búsqueda de la verdad para la aplicación de sanciones más justas y al reconocimiento por parte del derecho positivo de la necesidad de respeto a la dignidad humana y a la protección de la libertad física del individuo, culminado con la implantación de las Garantías Individuales en las distintas constituciones que han existido en México.

II. La pena se puede definir como la sanción impuesta por el Estado al sujeto que actualiza la conducta ilícita, prevista en la norma y contenida en la ley penal. Las penas a imponer son las contempladas por la legislación, clasificándose en: 1.- Privativas de la vida; 2.- Privativas de la libertad; 3.- Restrictivas de libertad; 4.- Privativas de Derecho y 5.- Pecuniarias.

El artículo 24 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal contempla un catálogo de penas, enunciando en primer término la privativa de libertad, llamada por este ordenamiento prisión y los artículos 25 y 51 del mismo ordenamiento establecen los límites de su duración y aplicación.

III. La prisión constituye en nuestros tiempos un medio para combatir el delito, por ello, han existido diversos estudios por parte de los juristas y filósofos que buscan el fundamento de la pena de privación de la libertad, lo cual se justifica si se cumplen con determinados fines: 1.- Proteger a la sociedad de sujetos peligrosos; 2.- Disminuir el índice de criminalidad; 3.- Readaptar al individuo; 4.- Lograr el equilibrio entre la pena y el delito cometido y 5.- Si se actúa conforme al principio: "Nullum crimen, nulla poena sine previa lege".

IV. La imposición de las penas corresponde al órgano judicial y es necesario llevar a cabo el procedimiento penal que inicia desde la presentación de la denuncia o querrela y culmina cuando la sentencia causa ejecutoria. Durante la secuela del procedimiento intervienen el acusado y

su defensor; el ofendido, el juzgador, el Ministerio Público y los órganos auxiliares en la administración de justicia.

V.- El procedimiento penal conforme al artículo 10. del Código Federal de Procedimientos Penales tiene 5 etapas: La averiguación previa, la preinstrucción, la instrucción, el juicio y la ejecución; además está dotado de las características de formalidad y autonomía; su sistema de expresión es oral y escrito; es de carácter público y de derecho interno y sus normas son adjetivas.

VI.- Del análisis de las formas de privar la libertad se desprende lo siguiente: que existen dos vías legales para la detención del inculpado: El delito flagrante y la orden de aprehensión, siendo estos los únicos medios apegados a la ley por los que el individuo pierde su libertad física.

Se entiende por delito flagrante el que se está cometiendo actualmente, y ello da lugar a la consignación con detenido ante la autoridad judicial. En lo que respecta a la orden de aprehensión, se le ha considerado como la resolución judicial que ordena la captura de un sujeto que se reclama por la conducta o hechos delictuosos atribuidos; se solicita

por el Ministerio Público al ejercitar la acción penal sin detenido.

VII.- Existen decisiones del juzgador que tienen relevancia en la situación jurídica del inculcado y trascienden, porque el individuo continua privado de su libertad. Estas resoluciones son: el auto de formal prisión por el que se inicia el proceso y la sentencia condenatoria, mediante la cual se llega a imponer la pena de prisión.

Estos son los únicos casos por los que el infractor debe continuar privado de su libertad después de ser consignado ante las autoridades judiciales, ya sea en prisión preventiva si se dicta auto de formal prisión y no se tiene derecho a la libertad provisional bajo caución, o bien, en las penitenciarías o centros de readaptación social que están a cargo del Poder Ejecutivo si se dicta sentencia condenatoria que haya causado ejecutoria y no se tiene derecho a ningún beneficio sustitutivo de pena.

VIII.- Los acusados dentro del procedimiento penal tienen derechos protegidos por la Constitución, los cuales están comprendidos dentro de las garantías del gobernado, es significativo la importancia que tienen éstas respecto a las formas de privar de la libertad e imposición de la pena de

prisión; han sido clasificadas como garantías de seguridad jurídica por Ignacio Burgoa y de orden jurídico por Juventino V. Castro, puesto que significa la protección a la libertad de la persona humana y sólo las autoridades pueden afectar los derechos del individuo con estricto apego a los requisitos constitucionales.

IX.- Tienen relevancia para el presente estudio las garantías consagradas en los artículos 14, 16 y 19, ya que en ellos se contienen los actos y resoluciones que conforme a la Constitución son válidos para privar de la libertad al individuo en el Procedimiento Penal Mexicano, así pues, el artículo 14 se refiere al cumplimiento de las formalidades del procedimiento regulado por los códigos de nuestra materia y a la aplicación exacta de las penas comprendidas en las leyes aplicables al delito de que se trata al dictarse la sentencia, el artículo 16 Constitucional establece los requisitos y circunstancias bajo las cuales debe dictarse la orden de aprehensión y existe la flagrancia en el delito y el artículo 19 Constitucional contempla los requisitos indispensables para dictar el auto del término constitucional.

X.- Se analizó la libertad provisional bajo caución que establece la fracción I del artículo 20 Constitucional,

puesto que es una forma de obtener la libertad en el procedimiento penal que contempla nuestra Carta Magna, tomando en consideración que se trata de un derecho que sustituye a la detención en la prisión preventiva durante el proceso, cuando se satisfacen los siguientes requisitos: 1).- Que el término medio aritmético del delito de que se trata, incluyendo sus modalidades, no exceda de cinco años de prisión; 2).- Se otorgue la garantía que fije el Ministerio Público o el Organo Jurisdiccional y 3).- Que la solicite el indiciado, procesado o su detenso, lo cual puede realizarse en cualquier fase del procedimiento.

XI.- Se propone la reforma a la fracción I del artículo 20 Constitucional, para ser concordante con las reformas adiciones a los artículos 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, por Decretos del Ejecutivo Federal de fecha 22 de diciembre de 1990 y 16 de diciembre de 1991, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 8 de enero y 30 de diciembre de 1991 respectivamente, puesto que se abre la posibilidad de obtener la libertad provisional bajo caución cuando el término medio aritmético de la pena prevista para el delito excede de cinco años de prisión, si se reúnen los requisitos a que hacen referencia los citados artículos.

La razón de la reforma que se plantea es porque considero que la libertad provisional ampliada, supera los límites establecidos en la fracción I del artículo 20 Constitucional.

XII.- La condena condicional es la figura jurídica que consiste en la suspensión temporal de la ejecución de la pena dictada por el juez; si la condena no excede de cuatro años de prisión y se cumplan con los requisitos del artículo 90 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, el otorgamiento es una facultad discrecional del juzgador, por lo que se propone la reforma a la fracción I del artículo 90 del citado ordenamiento para contemplar la obligación del juzgador de conceder la condena condicional si se cumplen con los requisitos y aun cuando no se le solicite el beneficio, con lo cual se evitaría que se omitiese analizar este aspecto al momento de dictar la sentencia.

XIII. Se propone la adición a la fracción X del artículo 20 constitucional para elevar al rango de garantía individual la condena condicional, tomándose en cuenta que la libertad provisional bajo caución es la única forma de obtener la libertad que contempla el citado precepto

constitucional. Además, la reforma tiene por objeto que todo sentenciado que reúna los requisitos previstos en el artículo 90 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal debe gozar de este beneficio.

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

- 1.- Antoliesei, Francesco, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ed. Termis, Colombia, 1988.
- 2.- Arilla Bas, Fernando, El Procedimiento Penal en México, Editores Mexicanos Unidos, México, 1974.
- 3.- Barrita López, Fernando A., Prisión Preventiva y Ciencias Penales, Ed. Porrúa, S.A., México, 1990.
- 4.- Beccaria, César, De los Delitos y de las Penas, Ed. Porrúa, S.A., México, 1985.
- 5.- Bettiol, Guissepe, Instituciones de Derecho Penal y Procesal, Editorial Bosch, Barcelona, 1977.
- 6.- Burgoa, Ignacio, El Juicio de Amparo, Ed. Porrúa, S.A., México, 1973.
- 7.- Burgoa, Ignacio, Las Garantías Individuales, Ed. Porrúa, S.A., México, 1973.
- 8.- Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho Penitenciario, Cárceles y Penas en México, Ed. Porrúa, S.A., México, 1986.
- 9.- Castellanos, Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Ed. Porrúa, S.A., México, 1987.
- 10.- Castro, Juventino V., De, Lecciones de Garantía y Amparo, Ed. Porrúa, S.A., México, 1974.
- 11.- Claría Olmedo, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal I, Ed. Edial, Buenos Aires, 1960.

- 12.- Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, México, Ed. Porrúa, 1990.
- 13.- Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Bosch Casa Editorial, S.A., España, 1975.
- 14.- Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, S.A., México, 1983.
- 15.- Franco Guzmán, Vela Treviño y Otros, Manual de Introducción a las Ciencias Penales, Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social, Serie Manuales de Enseñanza 5, Secretaría de Gobernación, México, 1976.
- 16.- Franco Zepeda, Adrián, La Libertad Provisional, Universidad Autónoma de México, México, 1991.
- 17.- García Ramírez, Sergio, Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa, S.A., México, 1974.
- 18.- Giovanni, Leone, Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1963.
- 19.- González Bustamante, Juan José, Principios de Derecho Procesal Mexicano, Ed. Porrúa, S.A., México, 1971.
- 20.- Herrera Lasso, Eduardo, Garantías Constitucionales en Materia Penal, Cuaderno del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979.
- 21.- Huacuja Betancourt, Sergio, La Descripción de la Prisión Preventiva, Ed. Trillas, S.A., México, 1989.
- 22.- Iglesias, Juan, Derecho Romano Instituciones de Derecho Privado, Ed. Ariel, S.A., Barcelona, 1984.
- 23.- Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1979.

24.- Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Ed. Lozada. Buenos Aires, 1964, Tomo I.

25.- Lozano, José María, Tratado de los Derechos del Hombre, Estudio del Derecho Constitucional Patrio en lo Relativo a los Derechos del Hombre, Ed. Porrúa, S.A., México, 1972.

26.- Malo Camacho, Gustavo, Manual de Derecho Penitenciario Mexicano, Instituto Nacional de Ciencias Penales. Serie Manuales de Enseñanza 4, Secretaría de Gobernación.

27.- Mancilla Ovando, Alberto, Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Derecho Penal, Estudio Constitucional del Proceso Penal, Ed. Porrúa, S.A., México, 1989.

28.- Manzanera Rodríguez, Luis, La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de Prisión, Cuaderno del Instituto de Ciencias Penales 13, México, 1984.

29.- Márquez Piñero, Rafael, Derecho Penal, Parte General, Ed. Trillas, S.A., México, 1986.

30.- Montiel y Duarte, Isidro, Estudio sobre Garantías Individuales, Ed. Porrúa, S.A., México, 1983.

31.- Palacios, Ramón, La Cosa Juzgada, Publicaciones de la Universidad de Puebla, Ed. José M. Cajica, Puebla, 1951.

32.- Pallares, Eduardo, Prontuario de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, S.A., México, 1991.

33.- Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, S.A., México, 1978.

34.- Pina Vara, Rafael, Código de Procedimientos Penales Comentado, Ed. Herrero, México, 1961.

35.- Pont, Luis Marco, Del, Penología y Sistemas Carcelarios, Ediciones Palma, Buenos Aires, 1974-1975.

36.- Rivera Silva, Manuel, El Procedimiento Penal, Ed. Porrúa, S.A., México, 1973.

37.- Silva Silva, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, Ed. Harla, S.A., México, 1973.

38.- Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1978.

39.- Tena Ramírez, Felipe, Leves Fundamentales de México 1808-1982, Ed. Porrúa, S.A., México, 1989.

40.- Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, S.A., México, 1983.

41.- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988.

42.- Zamora Pierce, Jesús, Garantías y Proceso Penal, Ed. Porrúa, S.A., México, 1990, 4a. ed.

PUBLICACIONES:

43.- Castro, Juventino V., De, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Año 1, Número, 1, 1977, México, Distrito Federal.

44.- Castro, Juventino V., De, Criminalia, Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año XX, Número 11, 1o. de noviembre de 1954, México, Distrito Federal.

45.- Cervantes Ahumada, Raúl, Libertad Provisional en el Seminario sobre Prisión Preventiva y Libertad Caucional, Revista Mexicana de Justicia, Vol. III, No. 19, Julio-Agosto 1982, México, Distrito Federal.

46.- ¿ Cómo opera la Libertad Provisional en la acumulación de delitos ?, Ciencia Jurídica, Año 3, Tomo I, No. 3, Julio-Diciembre 1984, Los Mochis, Sinaloa, México

47.-Ramírez Hernández, Elpidio, La Libertad Provisional mediante caución y protesta en la Constitución Mexicana, Revista Mexicana de Justicia, Vol. III, No. 19, Julio-Agosto 1982, México, Distrito Federal.

48.- Revista Mexicana de Derecho Penal, 4a. Epoca, No. 20, Abril-Junio 1976, México, Distrito Federal.

49.- Labardini Menéndez, Fernando, La Acción Penal y el Auto de Formal Prisión, Revista Mexicana de Derecho Penal, Quinta Epoca, No. 1, Enero-Marzo 1927, México, Distrito Federal.

50.- Labardini Menéndez, Fernando, Condena Condicional y Libertad Preparatoria, Revista Jurídica Veracruzana, Tomo XXVI, No. 4, Octubre-Diciembre 1975, Xalapa, Ver, México.

51.- Labardini Menéndez, Fernando, La Organización Social, los Derechos Fundamentales en materia de Procedimiento Penal y su repercusión en la salud mental, Revista Mexicana de Derecho Penal, Cuarta Epoca, No. 17, Julio-Septiembre 1973, México, Distrito Federal.

52.- Labardini Menéndez, Fernando, Condena Condicional y Libertad Preparatoria, Tomo XXVI, No. 4, Octubre-Diciembre 1975, Xalapa, Ver., México.

53.- Compilación de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sustentada en sus ejecutorias pronunciadas desde el año de 1917 al de 1954, Tomo II, Semanario Judicial de la Federación, Imprenta Murguía, S.A., México, 1955.

54.- Memoria. Quinta Reunión Nacional de Magistrados de Circuito, Poder Judicial Federal, México, 1991.

ENCICLOPEDIAS:

55.- Enciclopedia Jurídica Omeba, Biblioteca Gráfica Omeba, Buenos Aires, Tomo XXV, 1980.

56.- Gran Enciclopedia Rialp, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1973.

57.- Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos Usuales en el Proceso Penal, Díaz de León, Marco Antonio, Ed. Porrúa, S.A., México, 1989, 2a. ed., Tomos I y II.

58.- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1970.

59.- Diccionario Jurídico Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983-1984.

LEGISLACION:

60.- Constituciones de México, Secretaría de Gobernación, Ed. Facsimilar, México, 1957.

61.-- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

62.- Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

63.- Código Federal de Procedimientos Penales.

64.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

65.- Lev Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

66.- Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.