

243
203



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**

**LA LIBERTAD PROVISIONAL Y LA SUSPENSION
DE LA PRIVACION DE LA LIBERTAD**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

RAFAEL RIOS OROZPE

SANTA CRUZ ACATLAN, EDO. DE MEX.

1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

págs.

Introducción	4
Capítulo I.- MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.	
a) Reseña histórica de la libertad provisional en las diversas Constituciones.	10
b) Estudio de la libertad provisional en el derecho comparado, para verificar el grado de evolución en el derecho mexicano.	26
c) Requisitos constitucionales y reglamentarios para conceder la libertad provisional (Constitución art.20-I y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).	42
d) Modos de garantizar la libertad provisional. Criterio cuantitativo tratándose de delitos patrimoniales.	53
Capítulo II.- LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LOS DELITOS CUYO TERMINO MEDIO ARITMETICO EXCEDE DE 5 AÑOS.	
a) La norma secundaria puede contener ampliación a las garantías individuales contenidas en la constitución.	64
b) La "ratio legis" de la reforma procesal. Razón jurídica a un problema de seguridad social o de hecho por sobrepoblación.	74
c) Requisitos legales. Garantía de la reparación del daño, que no haya temor de que se sustraiga de la acción de la justicia, que no constituya un grado de peligrosidad social a juicio del juez.	83
d) Causas de la revocación de la libertad provisional.	103

Capitulo III.- LA SUSPENSION EN EL JUICIO DE AMPARO COMO MEDIO PARA EVITAR LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD.

a) Suspensión provisional en materia penal en el juicio de amparo. Requisitos para concederla.	112
b) La suspensión de oficio y la suspensión a petición de parte.	123
c) La suspensión en el juicio de amparo tratándose de delitos mayores de cinco años del término promedio aritmético.	134
d) Las formas de asegurar al quejoso tratándose de delitos mayores de cinco años del término promedio aritmético y la compatibilidad con las reformas penales con la consecuente garantía.	141

Capitulo IV.- LA LIBERTAD POSTERIOR AL DICTADO DE LA SENTENCIA.

a) Libertad condicional.	150
b) Libertad conmutativa-alternativa	158
c) Libertad preparatoria.	162
 CONCLUSIONES	 171
 BIBLIOGRAFIA	 189

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

El desarrollo que ha tenido una de las instituciones más importantes en el Derecho, tal es, la figura de la Libertad provisional bajo caución, así como la eterna problemática que enfrentan los individuos sometidos a los actos de autoridad, ya sea en forma legal, o ilícita y arbitrariamente, a quienes se les restringe su derecho a la libertad, ya de manera temporal e indefinida mediante prisión preventiva, o bien, en forma breve por simple detención; con mayor inquietud, cuando el inculpado, después de enfrentar estas situaciones, es reconocido por la autoridad como inocente; constituyen las causas motivadoras del presente estudio.

Es inobjetable que el designio de la garantía de la libertad individual es la de no someter a un acusado a vejámenes innecesarios cuando no se ha determinado su plena responsabilidad en la comisión de un acto ilícito, atendiendo también al principio de "in dubio pro reo" pues como sucede y ha sucedido siempre y constantemente a muchos acusados, en las sentencias se les absuelve después de haber estado privados de su libertad durante un largo tiempo sin que exista un basamento real para tal privación.

Se hace necesario el aseguramiento de la persona del imputado para el cumplimiento de los fines procesales, no obstante cuando los perjuicios que causa son superiores.

Esta libertad provisional es una medida cautelar restrictiva de la libertad encaminada a garantizar la presencia del imputado en el proceso y los fines del proceso mismo. Por tanto, si bien supone una limitación de libertad, ésta es menos intensa y grave que la prisión provisional.

El fundamento de la libertad provisional se encuentra en el respeto que inicialmente debe merecer la libertad natural.

En este sentido, la libertad provisional se genera por la necesidad y conveniencia de sustituir la detención o prisión provisionales por otras medidas procesales que garanticen los fines instrumental y teleológico del proceso penal.

Al inicio del presente estudio, se presenta un análisis del marco constitucional de la libertad provisional, para mostrar lo que ha acontecido en su devenir histórico, al través de su paso por las diversas constituciones que ha tenido nuestro país, así como, su estudio en el derecho comparado y conocer su grado de evolución en el derecho mexicano. Acto seguido, se propone el estudio de esta figura jurídica, en especial por lo que hace a su problemática en tratándose de delitos cuyo término medio aritmético excede de cinco años, haciendo un análisis concreto de

los alcances de la concesión de la libertad provisional ampliada; para continuar en otro capítulo, con otra face en la suspensión de la privación de la libertad, precisamente con el estudio de la suspensión provisional en materia de amparo, como medio para evitar la restricción de la libertad. Como parte final del presente estudio, se presenta a la libertad en otra de sus faces, tal es, cuando esta es posterior al dictado de la resolución definitiva en un juicio del orden criminal.

Señalado el camino que seguirá el presente estudio, debo mencionar que el objetivo del mismo consiste en establecer los elementos que permitan sustentar la hipótesis de que la libertad provisional, entendida no solo como garantía individual, sino también como beneficio procesal, debe ser concedida en el juicio de garantías, en tratándose de delitos con penalidad tanto inferior como superior al término medio aritmético de cinco años, en virtud de la reunión de condiciones y requisitos que enmarca la propia ley de amparo, y fundamentalmente en la necesidad de que el juicio de garantías cumpla con su razón de ser, como instrumento que posibilita la protección de las garantías del ciudadano, manteniendo viva la materia que le da lugar, hasta agotar el estudio de la legalidad y constitucionalidad del acto reclamado.

Lo anteriormente expuesto, no tendría mayor trascendencia, sino fuera porque nuestro sistema jurídico penal, ha venido sufriendo importantes transformaciones, particularmente, en

cuanto a la figura de la libertad provisional ampliada y a los alcances de las nuevas políticas que afectan directamente a la institución de la prisión preventiva, como medida de aseguramiento del inculpado; políticas que de una u otra forma, ponen un freno al serio incremento en la población de las cárceles mexicanas.

Además, confirman la necesidad de un estudio de tal naturaleza, las recientes reformas hechas a nuestra Carta Magna, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de septiembre del año en curso (Que entrarán en vigor a partir de septiembre de 1994), y precisamente en lo que respecta a esta figura; lo que actualiza el tema, a través de la modificación que se hace de la fracción I, del artículo 20, entre otras más.

El estudio nos permitirá concluir que, la indebida aplicación de las disposiciones normativas constitucionales y procesales que regulan la libertad y su posible restricción, implica la manifiesta conculcación a las garantías individuales y a los beneficios concedidos en favor de los gobernados.

Por otra parte, no obstante su divergencia con la naturaleza jurídica de la libertad provisional, haré algunas reflexiones respecto de la libertad preparatoria, con el fin de no dejar pasar la oportunidad de comentar su contradicción con el espíritu de las reformas aludidas, además de la consideración de su aspecto económico.

LA LIBERTAD PROVISIONAL

Y LA SUSPENSION DE LA PRIVACION

DE LA LIBERTAD

CAPITULO I

MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

- A) RESEÑA HISTORICA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LAS DIVERSAS
CONSTITUCIONES.**

El estudio de la libertad provisional a través de su desarrollo en las diversas constituciones de nuestro país, debe partir de la aceptación de un concepto singular y claro, que nos permita (al hacer referencia del mismo) tener la certeza de todas las implicaciones de este tema.

Respecto al instituto jurídico que nos ocupa, sin discutir su naturaleza, podemos decir que se emplean varias formas para titularlo y así encontramos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos lo llama "libertad provisional bajo caución" (artículo 20 fracción I), casi íntegramente las leyes adjetivas penales mexicanas usan ese mismo rubro.

La doctrina y legislaciones extranjeras utilizan acepciones como: excarcelación, libertad bajo fianza, libertad provisoria, libertad limitada, etcétera.

Comúnmente a las palabras caución y fianza se les atribuye el mismo significado. Sin embargo, puede apreciarse con claridad que la caución denota garantía (obligación de presentarse ante la autoridad), mientras que la fianza es una forma de aquélla, pues caución es el género y fianza la especie.

Bajo el nombre de libertad provisional bajo caución (garantía constitucional, ahora también procesal) se conoce dentro de la averiguación y en el procedimiento, a la

libertad que con carácter temporal se concede a un detenido por el tiempo que dura la tramitación del proceso, previa la satisfacción de determinadas condiciones estatuidas en la constitución y en la ley penal adjetiva. Por lo que hace a esta última, se comprende a la libertad provisional como a la medida cautelar que evita o suspende la privación de la libertad de un imputado, ordenada por autoridad competente, mediante el otorgamiento de una garantía, sujetándolo a diversas obligaciones.

En relación a la naturaleza jurídica de la libertad provisional son de señalarse sus características de ser una medida cautelar precautoria, de seguridad jurídica procesal, de índole personal, que además encierra un derecho subjetivo público, porque como apunta Ignacio Burgoa "Se impone al estado y a sus autoridades, las que como sujetos pasivos de la relación que implica la garantía individual están obligados a respetar su contenido, el cual como ya advertimos se constituye por las prerrogativas fundamentales del ser humano".¹

Siguiendo al tratadista citado, es de observarse que se trata de un derecho subjetivo absoluto, pues se autolimita al estado en su relación jurídica con el gobernado, lo que confirma al decir "Así vemos que la potestad del gobernado de exigir a las autoridades estatales y, por ende al estado, el mencionado

1 Las garantías individuales, 5a. ed., p. 163

respeto, la indicada observancia, no es eludible en su cumplimiento por la voluntad estatal".²

La libertad provisional en cuanto a sus efectos tiene el de evitar que el acusado a quién se concedió siga recluso en el establecimiento carcelario, privado de su libertad personal, aunque subsista su sujeción al resultado del proceso, es decir que desaparecen las restricciones que para la libertad individual suponen la detención y la prisión, quedando la libertad del individuo sólo vinculada a los fines del proceso, con la consiguiente obligación de comparecer ante las autoridades en los días que le fueren señalados y cuantas veces sea necesario.

Ahora, con base en esas consideraciones, nuestro tema de la reseña histórica de la libertad provisional para los fines del presente trabajo ha de partir de la indudable influencia que la Constitución de Cádiz de 1812 tuvo en las posteriores constituciones del México independiente, mediante la cual se impone como garantía individual, el derecho de todo acusado de evitar el arresto o los efectos de la prisión preventiva mediante el otorgamiento de fianza, al señalar en su artículo 295 "no será llevado a la cárcel el que dé fiador en los casos en que la ley no prohíba expresamente que se admita fianza"³, y el artículo 296 "en cualquier estado de la causa que aparezca que no puede -----

2 *Ibíd.*

3 Escalona Bosada, Teodoro, *La libertad provisional bajo caución*, edit. Libros de México, ed. 1969, p. 29

imponerse al preso pena corporal se le pondrá en libertad, dando fianza"⁴.

Estos dispositivos comprenden dos hipótesis a saber: la primera, donde su aplicación se remite a las leyes comunes, obligando a la autoridad a que conceda la libertad bajo fianza a todo acusado, salvo el caso en que no se admita fianza, y la segunda, que establece ya en la causa, que cuando no pueda imponerse al preso pena corporal, debe concederse el beneficio estudiado.

Desprendiéndose que sólo en el supuesto de no ameritar pena corporal o de prohibición expresa podía obtenerse dicha libertad provisional.

El mencionado artículo 296, en lo que se refiere a la libertad bajo caución, cuando el delito no amerite pena corporal, sirvió de fundamento a la constitución de 1857, ya que tal precepto es idéntico como se verá más adelante.

La garantía concedida en esta constitución era absoluta, con la excepción que estableció el primer artículo mencionado, o sea cuando la ley prohibiera expresamente la concesión de la garantía, distinto de lo que acontece en la constitución de 1857.

4 Ibidem.

En opinión del tratadista Fernando Barrita⁵, estas disposiciones constituyen el primer antecedente constitucional de lo que el llama "libertad condicional a través de fianza", considerando como rasgo característico de tal derecho para que se concediera el beneficio de la libertad provisional que no se pudiera imponer al preso pena corporal, " reiterándose esa idea el voto particular de la minoría de la comisión constituyente de 1842 (artículo 5, fracción X)."

Por lo que hace al Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 18 de diciembre de 1822, cabe mencionar que el artículo 74 disponía la libertad bajo fianza como sigue: "nunca será arrestado el que dé fiador; y éste recurso quedará expedito para cualquier estado del proceso en que conste no haber lugar a la imposición de la pena corporal".⁶

En igual forma, en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856, el artículo 50 señalaba que "en los delitos que las leyes no castiguen con pena corporal, se pondrá al reo en libertad bajo fianza"⁷.

Como se observa, en dicho ordenamiento se contienen los mismos principios a que se refiere la Constitución de 1812, pero

5 Barrita López, Fernando A., *Prisión preventiva y ciencias penales*, edit. Porrúa, ed. 1990, p. 175

6 Escalona Bosada, *op. cit.*, p.30.

7 *Idem*, p.31

ahora en un sólo precepto, con lo que derivan las mismas consecuencias jurídicas antes expuestas.

En segundo orden, pero ya con un ordenamiento cuya aplicación específica regularía la libertad provisional en la República Mexicana, el 11 de marzo de 1857, bajo la presidencia de Ignacio Comonfort, se promulgó la Constitución que previamente fue jurada el 5 de febrero del mismo año, de gran importancia en el estudio del derecho constitucional en virtud de su influencia en la Constitución de 1917.

No obstante, dicha constitución a través de su artículo 18 no hizo otra cosa mas que seguir el rubro de los antecedentes arriba mencionados, más específicamente con relación al artículo 296 de la Constitución de Cádiz de 1812, al señalar el mencionado artículo 18 que " 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...".⁸

En ese sentido, la libertad provisional fue limitativa por lo que se refiere al citado ordenamiento, pues claramente dicha garantía se circunscribe al supuesto generado ya dentro del

⁸ *Idem*, p. 32

proceso, aunque la apariencia fuera que mientras no hubiera señalamiento expreso de los delitos que merecieran pena corporal procediera su libertad provisional del acusado. Por lo que resulta, que tanto la constitución de 1812 como el reglamento interior, dispusieron una protección legal mayor, al ciudadano acusado de un hecho delictuoso, otorgando más amplitud a la garantía que la misma constitución de 1857.

La diferencia se reduce entonces a que inicialmente resguardaba la libertad individual del acusado, como una garantía absoluta que derivaba del hecho de no verse sometido a un proceso, sin precisarse previamente el derecho a ese beneficio, mientras que en la constitución de 1857, se precisó que ese beneficio dependería de la determinación que se hiciera dentro del proceso.

Por lo anterior considero que en sentido contrario a lo que establece el tratadista Teodoro Escalona Bosada al señalar que la constitución de 1857 "omitió insertar como garantía el beneficio"⁹de la libertad provisional, solo existe la diferencia comentada en el párrafo anterior, por lo que hace al momento en que procedía este beneficio.

Sin embargo, la evolución de la libertad provisional no alcanzó su mayor y mejor expresión como verdadera garantía

9 *Idem*, p. 37

individual, sino hasta su delimitación en la Constitución de 1917. Cuando el proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza al Constituyente, la libertad provisional bajo caución apareció en el artículo 20 de la siguiente manera: "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: Fracción I.- Será puesto en libertad, inmediatamente que lo solicite, bajo de fianza hasta de \$10,000.00, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión, y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal, bastante para asegurarla..".¹⁰

En tal disposición, su evolución se hizo patente, pues se elevó al rango de garantía constitucional la concesión del beneficio de la libertad provisional bajo caución, estableciendo simultáneamente las condiciones y el término a que se sujetaría su procedencia, para con ello evitar que ese beneficio quedara sujeto al libre arbitrio del juez; dado que hasta entonces era una facultad sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces, quienes antes podían negarlo, con el pretexto de decir que existía temor de que el acusado podía fugarse y sustraerse a la acción de la justicia.

¹⁰ *Idem*, p. 43

Respecto al análisis comparativo del último ordenamiento con el de 1857, pueden señalarse primordialmente como mejoras el hecho de que se le considere ya como una garantía individual en forma absoluta, que será disfrutada por todo acusado en un juicio criminal y como punto cardinal, que será concedida sin importar si la penalidad contemplaba pena corporal; siendo que por el contrario la constitución de 1857 sólo reconocía a la libertad provisional como un mero beneficio.

Se soslaya la importancia de que el acusado pudiera disfrutar de esta garantía siempre que el delito no fuere sancionado con una pena mayor de cinco años de prisión, porque aun y cuando la ley adjetiva penal lo contemplaba de manera similar (código de procedimientos penales de 1894, vigente hasta 1929), pues en este el término era mayor, considerando hasta la penalidad de siete años de prisión. Pero el hecho de elevar a nivel constitucional como requisitos de procedibilidad, tanto las condiciones como el término, es lo sobresaliente, dado que gracias a ello se erigen en el complemento de toda una garantía individual que no podía subsistir como mera facultad dejada al libre arbitrio judicial.

A pesar de los debates, dicho proyecto, por lo que se refiere al artículo en estudio fue aprobado el 4 de enero de 1917.

El ordenamiento en comento, que establece como garantía individual el derecho de todo acusado de alcanzar su libertad bajo caución, con las condiciones antes mencionadas, ha sido objeto de reformas que merecen atención especial a virtud de ser sustanciales por regular la institución que constituye el punto medular de este trabajo. La primera de estas reformas acontece el 2 de diciembre de 1948, siendo presidente de la República Miguel Alemán, remite una iniciativa que modifica dos aspectos de la garantía que consagra la fracción I del artículo 20 de la Carta Magna, a saber, el primero para modificar el monto de la fianza, aumentando la cantidad a que puede ascender, y el segundo, relativo al término en la penalidad a considerar para establecer la procedencia en la concesión de la garantía, estableciendo en lugar de un máximo de la pena correspondiente al delito imputado, el término medio aritmético de dicha pena, quedando de la siguiente manera:

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

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

La segunda reforma y última hasta nuestros días es la publicada el día 14 de enero de 1985, mediante la cuál se modifica no sólo en cuanto a la determinación de la caución en días de salario mínimo, sino que también es adicionada con dos párrafos para quedar como sigue: " Artículo 20. En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años de salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo general 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 o perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

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

De manera que la libertad provisional en su devenir histórico, en su paso por las diversas disposiciones constitucionales ha dibujado elementos que gráficamente aparecen así:

La libertad provisional bajo caución se preveía en los casos de delitos no sancionados con pena corporal; posteriormente se concedía aún cuando el delito fuere sancionado con pena de prisión, pero que no fuere ésta mayor de cinco años; para por último proceder la libertad en tratándose de delitos no graves, siempre en atención a que los delitos que se imputan no rebasen el término medio aritmético de cinco años. Agregándose las condiciones de fondo y forma relativas a la gravedad y trascendencia del delito, la peligrosidad del acusado y por último el peligro de fuga, así como a las consideraciones de carácter económico que serán analizadas con detenimiento en un capítulo subsecuente.

De gran relieve, sobre todo por la confirmación de la nueva posición de la libertad provisional en nuestro sistema penal jurídico, resulta la reforma de la fracción I del artículo en comento, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre del año en curso, que aun y cuando entre en vigor hasta septiembre del año próximo, exige análisis su nueva redacción:

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

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

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

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

Se aprecia claramente del texto que se reproduce, que los legisladores, al suprimir la base para la cuantificación de la gravedad de un delito, relativa al término medio aritmético, no hace sino actualizar las reformas penales respecto de los códigos procesales, además, dejando ahora la determinación del carácter de gravedad a las leyes secundarias, que más adelante estudiaremos. También, se suprime todo lo relativo a la cuantificación de la caución y su estimación, hasta por tres tantos, tratándose de delitos patrimoniales.

Las modificaciones a la ley secundaria escapan desde luego a estas consideraciones meramente constitucionales, sin embargo considero de importancia comentar que por lo que corresponde a la libertad provisional en su inicio dentro de la codificación adjetiva penal de 1880, se erigió de manera independiente a la figura de la caución, empero representó una similitud con lo que después fue la libertad por desvanecimiento de datos, en una mezcla confusa con la libertad protestatoria." Era procedente en cualquier etapa del proceso en que se hubiesen desvanecido los fundamentos que sirvieron para decretar la detención o la prisión preventiva".¹¹

En ese sentido, y de manera generalizada a la libertad provisional se le relaciona con la prisión preventiva, constituyéndose ésta última por su aplicación en la regla general, cuando por la importancia de la garantía, debería ser la excepción; es decir, que la libertad bajo caución se tomara como regla general en virtud de la presunción de inocencia que como principio rige en una diversidad de legislaciones extranjeras, a fuerza de ejemplo.

La tendencia para armonizar el interés de la sociedad consistente en no privar injustamente de la libertad a los individuos y al mismo tiempo el de no dejar sin sanción una

¹¹ González Bustamante, Juan José, *Derecho procesal penal mexicano*, edit. Porrúa, 9a. ed., p. 305

conducta punible. A fin de no privar de la libertad a una persona acusada y al mismo tiempo asegurar que quede sujeta a la acción de los tribunales.

CAPITULO I

MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

- B) ESTUDIO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EL DERECHO COMPARADO,
PARA VERIFICAR EL GRADO DE EVOLUCION EN EL DERECHO MEXICANO.**

En el derecho comparado se presentan distintos estudios de la institución objeto del presente trabajo, que ofrecen un panorama general acerca de su naturaleza y alcances reales en su ejecución práctica, por ende, comenzaremos por analizar la legislación comparada de algunos países europeos, continuando con otros países de Sudamérica y Norteamérica, para terminar con España, pues merece sin duda alguna mayor atención debido a la forma especial en que es concebida esta figura jurídica a diferencia de la institución en nuestra legislación.

Alemania

Es a través del código de enjuiciamiento criminal alemán, actualizado al 17 de septiembre de 1965, que bajo el capítulo IX de la detención y arresto preventivo, se comprende una figura análoga a nuestra libertad provisional. Los siguientes artículos nos dan la idea clara en lo referente:

"113. Cuando por el delito cometido amenazare solamente una pena privativa de libertad de hasta seis meses o sanción financiera, solas o conjuntas, la detención no debe dictarse.

115. Si resultare de la toma de declaración que se debiera levantar la orden de detención, o el arresto no fuere indicado en dicha orden, se le pondrá en libertad.

116. Serán aplicables especialmente las siguientes: depósito de caución proporcional por el inculpado u otra persona".¹²

12 Escalona Bosada, *op. cit.*, p. 51

En la legislación alemana la caución puede consistir en depósito en efectivo, caución hipotecaria o fianza de personas determinadas. La aplicación de la fianza compete al juez a quien se concede amplio arbitrio. Siendo característica esencial del derecho alemán, la amplia facultad concedida a los tribunales para resolver sobre la procedencia o no de la libertad provisional. Aunada la circunstancia de que su ley fundamental no la regula como garantía individual.

La libertad provisional no es, en la República Federal de Alemania, una alternativa a la prisión provisional, sino que necesariamente la prisión provisional debe haber sido acordada con anterioridad y sólo puede suspenderse el auto de ejecución de la prisión provisional, mediante distintas medidas coercitivas.

Francia

Pasando al estudio del código de instrucción criminal francés de 1808, se encuentran semejanzas con la libertad provisional, con respecto a su denominación se le reconoce como libertad provisoria facultativa, reglamentada por los artículos 113 y 116 de dicho código, reformado en el año de 1939, "libertad provisoria facultativa. En principio ella es admisible en cualquier materia y estado de la causa".¹³

¹³ *Idem*, p.65

El medio de obtener la libertad provisoria según el artículo 114 del código citado, se puede condicionar al otorgamiento de una caución, la que deberá garantizar la presentación del inculpado durante los actos del procedimiento y la ejecución de la sentencia. En cuanto a su revocación puede darse en los siguientes casos: a) Por rebeldía, cuando el imputado no comparece al llamado judicial, b) Si nuevas y graves circunstancias vuelven necesaria esta medida y c) cuando se dicta sentencia definitiva y el reo debe cumplir la pena.

Existe en Francia, lo que sustituye a la prisión preventiva, el control judicial. Control que es ordenado por el juez de la instrucción, obligando al inculpado entre otras cosas a: No salir de los límites territoriales determinados por el juez; no ausentarse de su domicilio o residencia fijada por el juez sino bajo las condiciones señaladas por aquél; informar cualquier desplazamiento más allá de los límites determinados; presentarse periódicamente ante las autoridades designadas; entregar todos los documentos de identidad; abstenerse de recibir, entrevistarse o relacionarse con ciertas personas señaladas por el juez de la instrucción; y proporcionar fianza cuyo monto y plazos de entrega son fijados por el juez, tomando en cuenta especialmente los recursos del inculpado.

Inglaterra

En Inglaterra la figura jurídica de la libertad provisional se consagra de manera muy amplia en las disposiciones

más importantes en gran cantidad de estatutos, conocidos bajo Common Law. Aquí aparece como una facultad concedida al juez o como un derecho del inculgado, siendo los casos de este derecho los más numerosos. cuando se trata de ciertos delitos muy graves el juez de paz o de policía, está facultado para conceder o negar la libertad provisional; a este efecto, deberá tomar en cuenta si es de temerse la fuga del detenido, las características del delito, la calidad del acusado y el monto de la caución.

Resultando que salvo el caso de que se trate de un delito muy grave, la libertad en Inglaterra es un derecho y es la regla que se aplica en ese lugar.

La forma de constituir la caución es similar a la usada en el legislación mexicana ya que puede ser depósito o fianza personal.

En cuanto a la fijación del monto se otorga al juez una amplia facultad según las condiciones del demandante, la naturaleza de la infracción, etcétera. Y si el monto es excesivo, la legislación inglesa permite que mediante el "Hábeas corpus" se reclame su fijación.

Italia

En el capítulo II, título primero, libro segundo, sección cuarta y con el nombre "de la libertad provisoria", se halla

reglamentada en el código de procedimiento penal italiano de 1930 la garantía que estudiamos.

La libertad provisional en Italia se concede para todos los delitos que estén sancionados con pena corporal . Sin embargo los jueces están facultados para negarla a aquellas personas que carecen de ocupación lícita, a los vagos o mendigos y a cualquier persona sospechosa, gozando con atribuciones discrecionales para decretar o no la prisión preventiva.

Sobresale el hecho de que el juez tenga facultad de conceder o negar la libertad provisional cuando la concesión de la misma sea de tal naturaleza que cause mal efecto en la opinión pública.

El decreto que conceda o niegue la libertad es impugnable por el acusado o por el Ministerio Público. La garantía que puede imponer el juez, o la autoridad facultada, puede consistir en caución o fianza, que tiene como finalidad asegurar que el imputado cumpla con las obligaciones del artículo 282 y obedezca las órdenes de la autoridad judicial, y se someta a la ejecución de la sentencia. Según el artículo 283 la garantía puede estribar en depósito de dinero, en la caja de multas, o bien en la inscripción de hipotecas sobre inmuebles idóneos. Al igual que lo hace el derecho mexicano, en Italia, las órdenes para que comparezca el inculcado, deben entenderse con el fiador (artículo 289), éste puede ser sustituido y en caso de revocación de la

libertad cuando el beneficiario viole las obligaciones impuestas, o se tema su fuga, se hará efectiva la garantía(artículos 291 y 292).¹⁴

Los indigentes, en delitos leves, están relevados de otorgar fianza, siempre que demuestren tener hábitos de moralidad y buena conducta.

Checoslovaquia

En todo proceso la libertad provisional constituye la regla y por lo que hace a la prisión preventiva sólo de manera excepcional puede decretarse cuando se trate de casos de extrema gravedad o cuando el inculpado carece de domicilio fijo, pudiendo otorgarla el juez de la instrucción o el procurador general de la república.

Ginebra

En Ginebra es obligatoria la libertad bajo fianza en los delitos castigados con pena privativa de libertad inferior a un año y se deja al arbitrio judicial el conceder o no la libertad con fianza para los supuestos hechos que estén castigados con una pena mínima de un año o superior.

Argentina

Existen una diversidad de legislaciones locales que regulan esta institución jurídica produciendo en consecuencia una

¹⁴ *Idem*, p. 71

seria discordancia con respecto a su constitución federal que como ha quedado confirmado efectivamente prevé tal beneficio con el carácter propio de una garantía.

De manera genérica su código de Obarrio de 1889 establece que "podrá decretarse la libertad provisoria del procesado no reincidente, bajo alguna de las cauciones determinadas en este titulo, en los siguientes casos: 1) cuando su prisión preventiva se hubiese decretado con relación a un hecho único, aunque cayere bajo más de una sanción penal, si al mismo no correspondiera pena privativa de libertad cuyo máximo fuere superior a seis años; 2) cuando su prisión preventiva se hubiese decretado con relación a uno o más hechos independientes, aunque a estos correspondiera pena privativa de libertad cuyo máximo fuese superior a seis años, si por las características particulares de los mismos y las condiciones procesales del procesado, pudiera corresponder a primera vista , condena de ejecución condicional."¹⁵

Brasil

El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos del Brasil decreta "Nadie será llevado a prisión o detenido en ella si presta fianza permitida por la ley."¹⁶

15 *Idem*, p.53

16 *Idem*, p.57

Si bien la libertad provisional bajo caución es elevada al rango de garantía constitucional en dicha ley, también lo es que se deja a las leyes secundarias la determinación de la procedencia de la misma. Es así que el código del proceso penal de Brasil refiere que se otorgará la libertad bajo fianza, cuando la infracción no amerite pena privativa de la libertad, cuando el máximo de la pena, aislada, acumulativa o alternativamente conminada no exceda de tres meses.

El mismo ordenamiento establece que la caución podrá consistir en dinero, piedras, objetos y metales preciosos, títulos de la deuda federal, estatal o local. También se menciona que tanto la autoridad judicial como la administrativa e inclusive la policíaca podrán otorgar ese beneficio.

Estados Unidos de Norteamérica

En dicho país la libertad provisional bajo caución se le designa con la palabra "bail", misma que según la constitución norteamericana se puede otorgar en la generalidad de los casos, excepto en los de asesinato, pero aun en estos la Suprema Corte o un juez de una corte de distrito de los estados Unidos, puede conceder la fianza, aunque el castigo fijado por la ley al delito imputado, sea la pena de muerte. "En los delitos leves no se requiere que el interesado en obtenerla constituya garantía

pecuniaria, el inculpaado queda libre con cita de comparecencia en una restricci3n m3nima de su libertad."¹⁷

Estas reglas constitucionales rigen en toda la uni3n americana, independientemente que por el sistema federal que priva en ese pa3s, cada entidad federativa reglamenta el derecho en forma diferente, pero sin apartarse de los principios generales que dicta la constituci3n.

Las reglas federales de procedimiento criminal detallan los factores que debe considerar la autoridad, al fijar la fianza en la siguiente forma: la naturaleza y las circunstancias del delito imputado, el peso de la prueba en su contra, la capacidad financiera del acusado para otorgar fianza y la personalidad del acusado.

Espa3a

Bajo la ley de enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882, al procesado por delito con penalidad inferior a la prisi3n correccional, puede concederle la libertad provisional, si por sus antecedentes o circunstancias personales no existe presunci3n de que desobedecer3 a las citas de comparecencia. El juez puede decretar dicha libertad con o sin garant3a, quedando a su arbitrio la determinaci3n de la cantidad y calidad de la fianza.

¹⁷ Gonz3lez Bustamante, *op. cit.*, p.303

Por su parte el artículo 520 fracción segunda de esta ley de enjuiciamiento criminal, reformada en 1984, dispone que la libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar su persona e impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa. "Llegando así, a la aplicación del criterio de la excepcionalidad y de la restrictiva imposición de la prisión provisional."¹⁸

El derecho español, por regla general, acuerda la procedencia de la libertad provisional, cuando:

Consta en la causa la existencia de un hecho delictivo; éste tuviere señalada pena de prisión menor o inferior; no estuviere comprendido en la fracción tercera del artículo 492, ni haya sido decretada su prisión provisional; Indicios racionales de criminalidad le hagan sospechoso de haber cometido el hecho delictivo(cuando se ha dictado previamente el auto de procesamiento contra el mismo).

Así mismo puede acordarse la libertad provisional no dándose los presupuestos señalados en el anterior artículo 529, de conformidad con la fracción segunda del artículo 504 " Podrá decretar la libertad del imputado, aunque el delito tenga

¹⁸ Barona Vilar, Silvia, Prisión provisional y medidas alternativas, edit. Librería Bosch, ed. 1987, p. 176

señalada pena superior a la de prisión menor si se dan las siguientes circunstancias:

- Que el imputado carezca de antecedentes penales o éstos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse de la acción de la justicia
- Que el delito no haya producido alarma
- Que el delito no sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el juez o tribunal que conoce de la causa ejerce su jurisdicción."

"En este supuesto excepcional la libertad del imputado está supeditada, en todo caso, a la necesidad de fianza."¹⁹

Como se desprende, el derecho comparado permite establecer parámetros que llevan a identificar a nuestra legislación como una de las más completas en esta materia, así como el que nuestra norma suprema consigne de manera clara y absoluta, una garantía que pocas legislaciones del mundo pueden presentar con el carácter de una verdadera garantía constitucional del individuo.

Asimismo, el observar que del estudio a lo largo de la libertad provisional en las diversas codificaciones extranjeras, nuestras leyes regulan con mayor detalle tanto la institución en mérito como las variables que surgen al su alrededor.

¹⁹ *Idem*, p. 197

Sin embargo, cabe destacar que así como se da esta situación especial sobre la libertad provisional, también debe señalarse que en su concepción legal no ha dejado de ser una excepción a la regla, aunque venturosamente sea una excepción ampliada si consideramos las últimas reformas relativas al código de procedimientos penales de nuestro país.

El grado de evolución resulta evidente, bajo las consideraciones arriba indicadas, siendo importante mencionar que al igual que en el derecho comparado, nuestra legislación establece una regulación de esta figura utilizando muchos de los elementos que comunes a este; entre los que se refieren a la determinación de un término medio aritmético que permite la procedencia del beneficio de la libertad provisional; en el mismo sentido, el que el juzgador entre al estudio de las circunstancias personales del acusado y a la gravedad del delito que se le imputa para determinar la procedencia del beneficio en comento.

Aun mas, la libertad potestatoria regulada en nuestra ley adjetiva, demuestra la benevolencia para atender los casos en que al inculcado se le impute un delito de hasta 4 años de prisión si es de escasos recursos, con lo cual esta medida concede un beneficio que bajo otras legislaciones extranjeras aparece aun como libertad provisional bajo caución, como la brasileña o la de Ginebra.

Es discutible "la máxima de que toda persona se presume inocente mientras no se demuestre que es culpable"²⁰ supuestamente desprendida del artículo 21 constitucional, puesto que la regla general de todo inculcado sujeto a juicio comienza por detención o aprehensión y en caso de proceder, posteriormente se le concede el beneficio de la libertad provisional, convirtiéndose su prisión preventiva en una pena anticipada.

Y lo anterior lo confirma el propio autor al señalar "dicho principio se ve seriamente cuestionado en cuanto a su aplicación en la cotidiana administración de justicia por la institución de prisión preventiva y su dama de compañía, la libertad caucional."²¹

Otro signo distintivo, lo es que en diversas legislaciones la libertad provisional se deja a la facultad o potestad del órgano jurisdiccional, lo que no sucede al tratarse de la libertad bajo caución reconocida en el derecho mexicano como una garantía individual que satisfechos ciertos requisitos debe concederse sin depender de la voluntad del juzgador.

Para finalizar con estas consideraciones, me parece ineludible el expresar la importancia que reviste esta figura dentro del derecho español, que bien podría servir de referencia

20 Barrita López, *op. cit.*, p. 186

21 *Ibidem.*

no solo a reformas futuras en nuestra legislación, sino también ser dignas de tomar en cuenta por organismos internacionales vinculados a la materia de los derechos humanos.

Esto no implica alejarnos del tema, sino que mejor aun, constituye este punto su material refuerzo.

Se plantea en dicho derecho español que la libertad provisional constituye una medida cautelar que supone una situación intermedia entre la prisión provisional y el normal estado de libertad ciudadana del no inculpado. Esta libertad provisional es una medida cautelar restrictiva de la libertad encaminada a garantizar la presencia del imputado en el proceso y los fines del proceso mismo. Por lo tanto, si bien supone una limitación de libertad, ésta es menos intensa y grave que la prisión provisional. Por lo que en el ordenamiento jurídico español la libertad provisional cumple una función cautelar, lo que no acontece con las demás legislaciones ya estudiadas y ni siquiera la nuestra.

Al respecto la tratadista Silvia Barona menciona "la libertad provisional por el contrario, es una medida cautelar que supone un estado en el que se encuentra el imputado, estado alternativo a la prisión provisional que cumple los mismos fines que la prisión, pero que supone una menor gravedad para la figura del imputado, en la medida en que garantiza un respeto mayor a la libertad natural, por lo que, en tanto en cuanto los fines del

proceso y eventual sentencia condenatoria estén asegurados, debe ser mantenida dicha medida cautelar."²²

Lo que se decreta, concurriendo los presupuestos legales, no es tanto la libertad (estado en que se encuentra el sujeto por naturaleza) sino que se decretan las limitaciones a la libertad.

"El estado de libertad preexiste al posible decretamiento del órgano jurisdiccional. Este solo hace que mantener al sujeto en libertad provisional, estableciendo unas limitaciones al estado normal de libertad, con el fin de asegurar que el imputado comparezca ante el juez o tribunal y que no se sustraiga a la posible ejecución de la pena."²³

En ese orden de ideas, el estado normal del procesado deberá ser el de libertad provisional, siendo la prisión lo excepcional, ya que deberá decretarse cuando no haya otro remedio.

En aquella legislación, la libertad provisional no aparece como un beneficio o derecho del imputado sino como el estado normal en el que, por regla general, se encuentra el sujeto imputado.

22 Barona Vilar, *op. cit.*, p. 179

23 *Idem*, p. 180

CAPITULO I

MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

C) REQUISITOS CONSTITUCIONALES Y REGLAMENTARIOS PARA CONCEDER LA LIBERTAD PROVISIONAL (ARTICULO 20 FRACCION I Y CODIGO ADJETIVO PENAL) .

La libertad es un derecho natural del hombre, que le es inherente a su propia naturaleza desde el momento en que nace, por tanto, la ley solo la reconoce, no la concede. En nuestro país, cuando la libertad personal sufre restricciones, se puede restituir ese derecho en los términos que la ley dispone, pero su naturaleza será diferente y su ejercicio estará condicionado a las limitantes que se señalen por el órgano público que la brinde (que puede serlo también el M.P.).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha resuelto:

"LIBERTAD PERSONAL. El derecho que a ella tiene el hombre, le es propio, viene de su naturaleza, y la ley no se lo concede, sino que se lo reconoce; pero si por los motivos previstos en la ley, es privado de esa libertad, nace entonces el derecho de estar libre mediante ciertos requisitos."²⁴

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos da nacimiento a la libertad provisional y la establece como una garantía individual, de naturaleza procesal, que beneficia a todos los individuos que habitan en el territorio nacional y que se encuentran sujetos a proceso criminal. Este principio se contiene en el artículo 20, fracción I de la Constitución que dice:

24 Ejecutoria visible en el tomo XIII, pág. 317, bajo el rubro: amparo penal en revisión, Talavera, Carlos, 28 de agosto de 1923.

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

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

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

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

Es una garantía individual, porque es la calidad jurídica que le brinda la Constitución.

De naturaleza procesal, porque sus beneficios sólo se dan en los juicios del orden criminal, para restituir al acusado en su derecho de libertad afectado por un acto de autoridad.

Es una libertad de efectos provisionales, porque su duración existe en tanto la sentencia que dará fin al proceso adquiere la

calidad de ejecutoria y sus términos obligan en forma impostergerable.

En base a estos elementos es posible señalar el primero de los requisitos de procedencia para alcanzar los beneficios de la libertad provisional bajo caución, mismo que consiste en ser una figura jurídica sólo aplicable a favor de los procesados y no de los reos.

Es este el sentido en que se manifiesta la Suprema Corte de Justicia de la Nación al decir:

"LIBERTAD CAUCIONAL". La garantía constitucional relativa a ella ha sido establecida a favor de los procesados y no puede aplicarse a los reos que han sido sentenciados, independientemente de que la pena impuesta sea mayor o menor que la fijada por el artículo 20 constitucional."²⁵

Cabe aclarar que esta situación no acontece mientras el acusado que sea sentenciado con pena inferior al término de los cinco años de prisión, en forma simultánea a la interposición de recursos, tiempo en que a dicha resolución no se le considerará ejecutoriada, podrá disfrutar del beneficio de esta garantía.

La libertad provisional al ser concedida no afecta al interés social, porque no disminuye la seguridad de reprimir los

25 Ejecutoria visible en el tomo XI, pág. 633, bajo el rubro: queja en amparo penal, Amaya, Benito, 30 de agosto de 1922.

delitos cometidos dentro de la sociedad, mas todavía, si las constancias de la causa penal no sufren alteración alguna.

Congruente con lo anterior, es la persona que con el carácter de acusado y a su inmediata petición, proceda la autoridad a su liberación: "Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad".

En este orden de ideas, y de acuerdo con las reformas habidas en materia procesal, la posibilidad se amplía inclusive para los indiciados en una averiguación previa, donde en tratándose de delitos imprudenciales, como en el caso de DPA por tránsito de vehículos, siempre que éste no se encuentre bajo la influencia del alcohol, psicotrópicos o estupefacientes, procede bajo la responsabilidad del Ministerio Público acordar su libertad provisional bajo caución.

La determinación de una caución como garantía para que proceda la libertad, constituye el siguiente requisito que se observa en este ordenamiento y que permite definir la naturaleza de esta figura jurídica conocida como "libertad provisional bajo caución". La exhibición de una caución para que proceda dicha libertad, reviste una situación de carácter esencialmente económico que se deduce textualmente en la mención: "sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla". Al decir, otra caución, sigue existiendo el factor

económico, pues la suma de dinero fijada como garantía servirá de referencia para estimar una caución bastante, como pueden ser la fianza o hipoteca.

Respecto del monto de la caución éste ordenamiento constitucional establece máximos para su fijación con el fin de permitir el goce de la libertad provisional, así tenemos que: la garantía económica no excederá de la cantidad equivalente a dos años del salario mínimo general vigente en el lugar donde se realizó la conducta delictiva, monto que podrá elevarse hasta cuatro años, si el ilícito es considerado por el juez como de especial gravedad y por las circunstancias personales de quien la instrumentó o de la víctima. En cuanto a los casos que dejen un beneficio económico para el acusado o produzcan un daño o perjuicio al supuesto ofendido, el monto de la caución no podrá ser inferior al triple del beneficio obtenido o de los daños y perjuicios causados, salvo en los delitos preterintencionales o imprudenciales (éstos son aquellos en que el resultado rebasa el efecto que se propuso el autor sin el concurso de su voluntad), en los que basta garantizar la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales.

Otro requisito, en orden consecuente, se basa en el tipo de autoridad a la que corresponde la determinación del monto de la garantía para conceder la libertad provisional bajo caución. El artículo en estudio establece con meridiana claridad, que es el juez, y en este caso lo será el de la causa, a quien corresponde

fijar el monto de la caución, pero teniendo presente las circunstancias personales del inculcado y la gravedad del delito.

A este nivel constitucional, la determinación de la garantía económica, es una facultad discrecional que no podrá desbordar los máximos que se han indicado y dentro de ese espacio el juzgador determinará la caución.

En consecuencia, la garantía económica podrá brindarse potestativamente por el procesado en la forma que más le beneficie, pues es un derecho que integra su esfera jurídica de libertad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha determinado:

"LIBERTAD CAUCIONAL, QUE GARANTIA DEBE EXIGIRSE PARA CONCEDERLA. El artículo 20, fracción I, de la Constitución federal, determina que el acusado debe ser puesto inmediatamente en libertad bajo fianza, hasta por \$10,000.00 siempre que el delito no merezca más de cinco años de prisión y sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla; de manera que el requisito de ese precepto constitucional, se llena por el interesado, dando cualquiera de las garantías mencionadas siempre que sean a satisfacción del juez y por lo mismo, es ilegal la exigencia de una de esas garantías precisamente, porque la ley no concede al juez facultades para optar por alguna de ellas y es racional entender que el derecho de opción corresponde al acusado."²⁶

26 Ejecutoria visible en el tomo LV, pág. 3146, bajo el rubro: amparo penal en revisión 8076/37, Díaz Arturo y coag., 30 de marzo de 1938.

Se desprende de la interpretación jurídica que se ha citado, que el juez tiene la facultad de fijar el monto de la caución; pero no de indicar la forma de garantizarse. De tal manera, que cualquiera exigencia que formule la autoridad judicial en ese sentido, constituye una violación a la garantía individual sin que obste que el acto de autoridad se funde en la ley procesal aplicable.

Por último, pero no menor en importancia, aparece el requisito constitucional vinculado a la penalidad atribuible al o a los supuestos delitos cometidos por el acusado, de cuya estimación procede o no la libertad provisional de éste.

El artículo en mérito señala en forma literal que el acusado será puesto en libertad siempre que el delito que se le impute, incluyendo sus modalidades, "merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión".

En este supuesto, existen dos facetas para determinar la libertad provisional bajo caución, y con las que está conforme Alberto Mancilla Obando²⁷:

Primera.- Dentro del término constitucional la base para determinar el delito por el que se juzga al procesado y su -----

²⁷ *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*, edit. Porrúa, ed. 1988, pp. 161-162.

penalidad, se sustenta en la acusación del Ministerio Público. Serán sus dictados, los que permitan examinar la procedencia de la libertad caucional que se solicite.

Segunda.- Transcurrido el término de las setenta y dos horas, será el auto de formal prisión el que precise la situación jurídica del inculpado; sus dictados, señalarán porque delito sujeta a proceso al acusado, y sus agravantes, de tal manera que permitirá determinar la penalidad mínima y máxima, y el término medio aritmético que corresponda.

La libertad caucional puede solicitarse y obtenerse en términos del artículo en estudio, en primera y segunda instancias del proceso penal. El tribunal que tenga competencia en el proceso será el facultado para examinar la procedencia de la solicitud y brindará los beneficios de la garantía constitucional.

Cuando se ha dictado sentencia en la primera instancia, los términos que servirán para analizar la procedencia de la libertad caucional, serán la penalidad impuesta como sanción y no el término medio aritmético que correspondería en abstracto. En los casos que, en la primera instancia por virtud de que el medio aritmético excedía de cinco años el procesado no alcanzó su libertad provisional, si la sentencia le impone una sanción de hasta cinco años de prisión, estará en posibilidad de gozar los beneficios que la figura constitucional otorga.

Dictada la sentencia en la primera instancia, y hasta el momento en que se tiene por admitido el recurso de apelación, la jurisdicción corresponde al juez de la causa criminal y será este órgano judicial el que examine la procedencia de la libertad caucional que se solicite en términos de la sanción impuesta.

Interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia y al ordenarse que se remitan las constancias del juicio ante el tribunal superior, el juez de primera instancia deja de tener jurisdicción en el proceso. admitido el recurso ante el tribunal de alzada, el juzgador de apelación será el competente para resolver sobre la procedencia de la libertad caucional que se pida, hasta el instante en que se dicte la sentencia de segunda instancia.

Y como es conocido, procede conceder la libertad provisional bajo caución, aun después de haberse pronunciado sentencia por el tribunal de apelación, si ésta ha sido impugnada en la vía directa de amparo. También, como se estudiará mas adelante en la suspensión provisional cuando se trate del amparo indirecto.

Por lo que hace a los requisitos reglamentarios de la garantía constitucional de la libertad provisional bajo caución, mencionaremos en forma breve los establecidos por el artículo 556 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal, puesto que serán estudiados en un capítulo subsecuente y de manera más detallada.

Bajo dicho ordenamiento se establecen dos supuestos en los cuales puede decretarse la procedencia de su otorgamiento, referidos a aquellos delitos cuya penalidad no sea superior al término medio aritmético de cinco años; y el segundo, cuando la pena del delito imputado rebase dicho término.

En ambos, el juzgador deberá considerar para la determinación de su procedencia: que se garantice debidamente la reparación del daño; que su concesión no constituya un grave peligro social; que no exista riesgo fundado de que el inculpado evada la acción de la justicia; y vinculado al anterior, que por reincidencia o habitualidad se presuma que el inculpado evada la acción de la justicia.

CAPITULO I

MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

D) MODOS DE GARANTIZAR LA LIBERTAD PROVISIONAL.

CRITERIO CUANTITATIVO TRATANDOSE DE DELITOS PATRIMONIALES

El beneficio contenido en el ordenamiento objeto de nuestro estudio en este capítulo, consiste en que por virtud de la exhibición de una garantía como lo es la caución pueda alcanzarse la libertad provisional del acusado. Así queda consignado por la disposición normativa al decir que el acusado inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional "bajo caución".

Tal caución, al decir del mismo dispositivo, implica obtener la concesión de la libertad provisional, sin más requisito que poner la suma de dinero a la disposición de la autoridad judicial u otorgar otra caución bastante para asegurarla, satisfechos los demás requisitos legales.

Sin duda, ésta garantía presenta un carácter de esencia económica, de manera que el acusado para garantizar su comparecencia y sujeción al proceso puede exhibir una caución, que aparece en nuestro derecho constitucional bajo diversas modalidades. Esta puede consistir en el depósito de una cantidad de dinero o el establecimiento de una hipoteca sobre un bien inmueble; o bien una fianza, que es la forma más común, consistente en que un tercero que se constituye en fiador, responda por el acusado y en caso de que éste se sustraiga a la acción de la justicia, cubra por él la cantidad fijada. Existe también la posibilidad de establecer la garantía prendaria que

consiste en depositar un objeto cuyo valor se constituye en fórmula de aseguramiento.

De la frecuencia del empleo de la fianza, en términos comunes se denomina también a esta forma de libertad provisional como "libertad bajo fianza", sinónimo de libertad bajo caución.

El artículo 562 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal, que reglamenta la disposición constitucional que antecede, permite entender los distintos modos de garantizar la libertad provisional:

"Artículo 562. La caución podrá consistir:

I.- En depósito en efectivo, hecho por el reo o por terceras personas, en la institución de crédito autorizada para ello. El certificado que en estos casos

se expida, se depositará en la caja de valores del tribunal o juzgado, tomándose razón de ello en autos. Cuando por razón de la hora o por ser día inhábil, no pueda constituirse el depósito directamente en la institución mencionada, el juez recibirá la cantidad exhibida y la mandará depositar en la misma el primer día hábil.

Cuando el inculcado, no tenga recursos económicos suficientes para efectuar en una sola exhibición el depósito en efectivo, el juez podrá autorizarlo para que lo efectúe en parcialidades, de conformidad con las siguientes reglas:

A) Que el inculcado tenga cuando menos un año de residir en forma efectiva en el Distrito Federal o en su zona conurbada, y demuestre estar desempeñando empleo, profesión u ocupación lícitos que le provean medios de subsistencia.

B) Que el inculcado tenga fiador personal, que a juicio del juez, sea solvente e idóneo, y dicho fiador proteste hacerse cargo de las exhibiciones no efectuadas por el

inculpado. El juez podrá eximir de esta obligación, para lo cual deberá motivar su resolución.

C) El monto de la primera exhibición no podrá ser inferior al 15 % del monto total de la caución fijada, y deberá efectuarse antes de que se obtenga la libertad provisional.

D) El inculpado, deberá obligarse a efectuar las exhibiciones por los montos y en los plazos que le fije el juez.

II. En hipoteca otorgada por el reo o terceras personas, sobre inmuebles cuyo valor fiscal no sea menor que el monto de la caución más la cantidad necesaria para cubrir los gastos destinados a hacer efectiva la garantía en los términos del artículo 570 del presente código.

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

IV. En fianza personal, que podrá constituirse en el expediente."

Este precepto fue reformado el 30 de diciembre de 1991, en cuanto a que el depósito en efectivo podrá hacerse mediante su exhibición en diversas parcialidades; señalando las reglas para ese efecto, en las que se advierte una restricción inexplicable respecto a que la residencia del inculpado deba ser dentro del territorio del Distrito Federal o zona conurbada, pues para el caso de que un inculpado con residencia fuera de los límites de este espacio, pero con indudable cercanía no pueda por ese sólo hecho, no obstante su paupérrima condición económica, alcanzar el beneficio que sin duda alguna trajeron tales reformas; aún cuando el inculpado, por sus necesidades haya sido obligado a desempeñar su trabajo dentro del espacio de aplicación para tal beneficio.

También, a consecuencia de tales reformas, el mismo precepto fue adicionado en forma atinada, por otra modo de garantizar dicha garantía, tal es la exhibición de un bien mueble en prenda.

Cuando se trata de hipoteca otorgada por el "reo" o por terceras personas, debe ser sobre "inmuebles que no tengan gravamen alguno y cuyo valor fiscal no sea menor al monto de la caución más los gastos necesarios para hacerla efectiva. Presentando el certificado de libertad de gravámenes, con la escritura que acredite la propiedad, en el juzgado se constituye la hipoteca, debiéndose anotar en la escritura el gravamen.

En la fianza personal, cuando la caución exceda del equivalente a cien veces el salario mínimo general vigente, el fiador debe comprobar tener bienes raíces, inscritos en el Registro Público de la Propiedad, cuyo valor no sea menor al monto de la caución, más los gastos necesarios para hacerla efectiva.

Las compañías afianzadoras legalmente constituidas y autorizadas, no necesitan acreditar su solvencia.

En cuanto a los elementos a considerarse para fijar la caución, nuestra Constitución establece en el texto vigente que el juzgador deberá tomar en cuenta las circunstancias personales del imputado entre ellas, por supuesto, su situación económica a fin de que la caución resulte equitativa. Pero además se

establece un límite general que es el equivalente a dos años de salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometiere el delito.

Para garantizar también el interés de la sociedad en cuanto a que no se burle la acción de la justicia, en casos de particular gravedad del delito o de circunstancias del imputado (como puede ser su carácter de reincidente o de delincuente habitual), o bien, por las condiciones específicas de la víctima que pueden mostrar una mayor peligrosidad o crueldad de parte del autor, se permite al juzgador elevar la cuantía de la caución hasta el equivalente a cuatro años de salario mínimo vigente.

Esta forma de aplicar la caución, con base en el salario mínimo, permite que la misma se adecúe a las condiciones económicas cambiantes.

De los párrafos anteriores se desprende, que a nivel constitucional, la determinación de la garantía (caucional, o económica como quiera que sea), es una facultad discrecional que no podrá rebasar los máximos establecidos. De manera, que dentro de las circunstancias personales del inculpado adquiere especial importancia la situación económica de quien solicita la libertad caucional, las cuales son factor que determinan el monto de la garantía, para que no se haga nugatorio el ejercicio de ese derecho procesal.

Así lo confirma el criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al dictar la siguiente tesis de jurisprudencia:

"SITUACION ECONOMICA DEL ACUSADO (FIANZA CARCELERA). Si al procesado se le señala, para gozar de la libertad caucional, una garantía, teniéndose únicamente en cuenta para ello la gravedad del delito que se le imputa, sin considerar su situación personal y sus condiciones económicas en el momento de delinquir, se vulnera en su perjuicio, la garantía que otorga el artículo 20, fracción I, de la Constitución Federal."²⁸

En ese mismo tono, el artículo 560 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal, que reglamenta la disposición constitucional sometida a análisis, define a las condiciones económicas del acusado como un elemento indispensable para la determinación de la garantía. El cual de forma literal aclara qué elementos serán tomados en consideración:

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

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

28 Tesis visible en el apéndice al semanario judicial de la federación 1917-1965, segunda parte, primera sala, bajo el número 276, pág. 550.

La parte última que se describe, constituye un exceso en sus atribuciones del legislador ordinario, pues señala requisitos que la constitución no prevé y brinda facultades al juzgador de carácter subjetivo, que puede hacer caprichoso el otorgamiento de la libertad provisional en el proceso pues basta que la autoridad crea que hay intención de fugarse para que no se conceda la libertad caucional.

Existe un criterio cuantitativo tratándose de delitos patrimoniales, cuya eficacia práctica en su aplicación enfrenta obstáculos independientemente de la situación económica del acusado, como veremos más adelante.

En los delitos con efectos económicos en los que el autor obtiene un beneficio o causa un daño patrimonial, se prevé la aplicación de un criterio o regla distinta en cuanto al límite de la caución, pues de no ser así ésta podría resultar significativamente menor al beneficio obtenido o a los daños o perjuicios causados. Por eso se indica que en este caso, siempre que el delito sea intencional, el monto de la caución será por lo menos tres veces mayor que los beneficios o los daños o perjuicios producidos. Se da un tratamiento diferente en los casos de delitos cometidos por imprudencia o preterintencionalmente (aquellos en que el resultado rebasa el efecto que se propuso el autor sin el concurso de su voluntad), pues se considera que sería demasiado severo aplicar el mismo criterio de triplicar los efectos económicos y por eso se

establece que bastará con que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales.

La regulación constitucional de esta garantía la establece el código de procedimientos penales para el Distrito Federal en la parte final del artículo 560 al disponer "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 y perjuicio causado y quedará sujeta a la reparación del daño y perjuicio que, en su caso se resuelva."

Cuando a una persona de escasos recursos, si al fijarle el monto de la caución sobre la base de tres veces el monto del supuesto beneficio obtenido o del daño y perjuicio causado, no le es posible exhibirla, deviene la medida cautelar alternativa consistente en su prisión preventiva, derivada aun en su concepto de presunto responsable o indefinición de su culpabilidad, en la aplicación material de la pena, en virtud de ni siquiera haberse allegado la suma que se le atribuye haber dispuesto en el delito que se le imputa.

Sirva otro ejemplo de la falta de eficacia práctica de la aplicación de la regla de tres veces el beneficio causado, el conocido por mi parte, en una causa derivada de la supuesta comisión del ilícito conocido como abuso de confianza, derivado de una supuesta "retención indebida de dividendos decretados en

asamblea general de accionistas, de una empresa conocida como importante controladora en el medio industrial, supuestamente cometido por los miembros del consejo de administración de la misma, y a consecuencia de la responsabilidad administrativa y penal en que incurrieron los anteriores administradores de la sociedad", sucediendo que privado que fue de su libertad uno de los consejeros, en su presunta conducta ilícita le fue fijada como caución la cantidad de \$50'000,000.00 de nuevos pesos, suma aproximada al monto real de los dividendos decretados y supuestamente retenidos. En dicha determinación de la caución, resultó obvio que el juzgador no consideró la regla de tres veces el beneficio obtenido, primera evidencia de la inaplicación de la misma regla, que no es de lamentarse en la causa comentada, pues es de considerarse que para cualquiera, por más solvencia que se tenga, lo difícil que resultaría cubrir dicho monto en depósito en efectivo (tan rápido como sea posible para reducir al mínimo la privación de su libertad). Mucho más resultaría si el juzgador no le permitiera la naturaleza de la caución, por otra que le depare un menor perjuicio, beneficio que le concede el propio código de procedimientos penales en su artículo 561, al disponer "la naturaleza de la caución quedará a elección del acusado".

Si el monto de la fianza fijada por la autoridad judicial es excesivo, aun cuando se consideren la situación económica real del acusado y la gravedad del delito que se le imputa, y si la modalidad de la misma caución, es impuesta por un juzgador arbitrario, se hará nugatorio su derecho constitucional, además

de resultar en consecuencia una violación clara a la Constitución.

También, debe advertirse la validez que tiene el considerar la situación del reo, sobre todo si se trata de alguien que evidencia sus bajos recursos, lo anterior desde luego con la finalidad de no hacer nugatorio el derecho constitucional, aun cuando, de esta aplicación, se incurra en su posible violación, por no observarse éste límite de tres veces el daño patrimonial.

Una vez que el juez estime que la garantía otorgada reúne los requisitos de ley debe decretar inmediatamente la libertad provisional bajo caución. Esta libertad surte los efectos de suspender la prisión preventiva y obligar al indiciado o procesado a presentarse ante el juez cuantas veces sea requerido para ello, a comunicar al juzgado los cambios de domicilio y a presentarse al propio juzgado todas las semanas en el día que le sea señalado.

CAPITULO II

LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LOS DELITOS CUYO TERMINO MEDIO
ARITMETICO EXCEDE DE CINCO AÑOS.

A) LA NORMA SECUNDARIA PUEDE CONTENER AMPLIACION A LAS GARANTIAS
INDIVIDUALES CONTENIDAS EN LA CONSTITUCION.

Las reformas sufridas por el código de procedimientos penales y publicadas el día 8 de enero de 1991, fueron sin duda alguna, motivo de serias controversias respecto de su carácter de norma secundaria que amplía garantías individuales contenidas en la Ley Suprema, de ahí la importancia de dilucidar los siguientes cuestionamientos.

Es preciso señalar, siendo el tema central del presente inciso, que lo que se amplió fue la garantía de libertad provisional bajo caución, en el ámbito de las hipótesis para su otorgamiento. A nivel constitucional, para los delitos con penalidad de cinco años de prisión en su término medio aritmético, o inferior; a nivel ley secundaria, inclusive para algunos delitos con penalidad media aritmética superior a los cinco años.

Después de la vida, la libertad personal es uno de los bienes más preciados del ser humano. Esto explica el porqué todos los sistemas jurídicos del mundo se esfuerzan por rodearla de toda una serie de garantías fundamentales encaminadas a su protección. Consecuentemente, las constituciones y los códigos de procedimientos penales de los diferentes países del mundo y desde luego en nuestro país y en sus diferentes Estados, se establecen toda una serie de principios, condiciones y exigencias legales muy estrictas en cuanto al empleo de la detención preventiva, y al mismo tiempo reconocen numerosos derechos a las personas

susceptibles de esta medida, estando entre los más importantes el de la libertad provisional bajo caución.

Para conceder la libertad caucional, deberá atenderse en forma exclusiva a la Constitución Federal; en ella se señalan los requisitos máximos para alcanzar el beneficio de esta garantía individual. Salvo en el caso de que las constituciones locales señalen condiciones más liberales para su otorgamiento, las que regirán el acto.

Así lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación al ordenar:

"LIBERTAD CAUCIONAL. Si bien es cierto que la Constitución no sólo tiene por objeto garantizar los derechos individuales, sino que persigue también fines netamente sociales, también lo es que la idea esencial que animó al legislador, al redactar el artículo 20 constitucional, fue garantizar la libertad de las personas sujetas a proceso y que sus propósitos no fueron coartar las facultades de las legislaturas locales para fijar condiciones más liberales en el otorgamiento de la libertad caucional: de manera es que si en los estados se establecen condiciones más amplias para obtener la libertad bajo fianza, esas disposiciones no contravienen los propósitos del artículo 20 constitucional."²⁹

Aunque quede implícito, debe señalarse que si los códigos procesales de las entidades federativas establecen mayores exigencias que la Carta Magna de la República, para hacer

²⁹ Ejecutoria visible en el tomo XX, pág. 169, bajo el rubro: Amaparo penal en revisión, Reséndiz, Amando y coags., 19 de enero de 1927.

procedente el goce de la libertad caucional, sus dictados no obligan a la autoridad judicial; y en términos del artículo 133 de la ley fundamental del país, sin que se formulen pronunciamientos sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición local, deberá sujetar sus actos a lo que dispone el artículo 20, fracción I de la Constitución Política nacional.

Por exclusión, podemos afirmar que si los códigos procesales en materia penal establecen requisitos más benignos para alcanzar los beneficios de la libertad provisional bajo caución, sus dictados serán aplicables y no constituirán violación alguna a la garantía constitucional que se estudia.

Si en su ejecución práctica se desvincula el artículo 20 fracción I de la Constitución de los restantes textos constitucionales, aplicándosele de manera literal, sin hacer la más elemental interpretación, dejando a un lado el marco histórico, social, político, económico y cultural, olvidando que en las garantías constitucionales se tutelan derechos del individuo, que no deben ser interpretadas restrictivamente sino en forma más amplia y más benéfica, se desemboca en una prisión preventiva que constituye una de las expresiones más fuertes de la violencia estructural.

Por otro lado, una medida cautelar de tipo personal, como la de prisión preventiva, puede resultar superflua y, a veces,

injustificada. Y la gradación de las medidas en la Constitución hay que entenderla en el siguiente orden: libertad provisional-detención- prisión provisional, y no al revés; tal es la forma de orientación en el sistema jurídico español. De tal manera, que son constitucionalmente prioritarias las fórmulas que implican una menor restricción de la libertad.

No debe hacerse una aplicación indiscriminada de cualquiera de las medidas restrictivas de la libertad por el simple dato de que se cumplan los presupuestos legales exigidos. Existiendo medidas restrictivas de un derecho fundamental, debe meditarse adecuadamente la selección de la menos gravosa, de ser suficiente.

La libertad provisional no puede considerarse como una simple garantía procesal (como algunos tratadistas opinan), sino como toda una garantía individual, por lo que esta debe entenderse como una regla y no como una excepción, que deviene en cuanto a la detención provisional. La libertad provisional es una restricción a la libertad consagrada por la Constitución, que se adopta para garantizar la disponibilidad del imputado en relación con un proceso penal. Es la medida menos gravosa, y debe ser la regla general, si es que procede asegurar la sujeción del imputado al proceso.

Vale agregar que las circunstancias subjetivas del imputado pueden orientar favorablemente más que la fianza, la aplicación de las reformas procesales.

La ampliación de garantías individuales a través de una norma secundaria se basa en la tesis que dice que la Constitución señala un mínimo, señala garantías mínimas que deben ser cumplidas por las autoridades; pero de ninguna manera está expresando que cuando existan derechos, facultades o posibilidades de beneficiar a los gobernados, deban estos limitarse a esos mínimos de la Constitución.

Considerar que la ampliación de los derechos públicos subjetivos sólo puede hacerse en la misma Constitución, a través de reformas que explícitamente la definan y, sobre todo, legitimen; es contrario a la naturaleza de los derechos públicos subjetivos y contraviene el papel y la estructura del Estado de derecho.

En este aspecto, habrá que detenerse para analizar lo dispuesto por el artículo 10. de nuestra Constitución, precepto cardinal en lo que respecta al alcance de las garantías individuales:

"Artículo 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."

Se dice aquí lo que no se podrá hacer, o sólo se hará previa atención de los medios que la propia Constitución puntualiza: restringir o suspender garantías. Nada se opone en ese artículo, en cambio, a la ampliación de tales derechos subjetivos.³⁰

Corresponde ahora el estudio de las consideraciones de carácter constitucional contenidas en la exposición de motivos, para las reformas al código de procedimientos penales para el Distrito Federal, del día 18 de diciembre de 1990.

Se expresa que en dicha exposición de motivos, se tuvo presente que en materia jurídica no existe el convencimiento sobre si el legislador puede o no ampliar las garantías individuales consagradas en la Constitución. Sin embargo en la Iniciativa se advierte que dichas garantías constituyen derechos mínimos que se deben de respetar invariablemente, pero que no existe impedimento para desarrollar y ampliar tales garantías en las constituciones locales o en las leyes secundarias.

En igual sentido, en el dictamen de la Cámara de Diputados, la Comisión de Justicia encargada del estudio de dicha

30 En ese mismo sentido, se reproduce el tratadista Jesús Zamora Pierce, en su intervención en el Curso de Actualización organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en su ponencia bajo el título "Las garantías constitucionales son derechos mínimos que pueden ser ampliados. (citado por García Ramírez, Sergio, Proceso Penal y Derechos Humanos, edit. Porrúa, ed. 1992, p. 117)

iniciativa, "considera que las garantías individuales que consagra nuestra Carta Magna constituyen los derechos mínimos, pero no los máximos, que se establecen en favor del gobernado y frente al poder público."³¹

En lugar diverso manifiesta: "Con el mismo criterio de que las garantías individuales son expresiones mínimas de derechos básicos, es válido que estas puedan ampliarse como lo propone la iniciativa al permitir la libertad provisional bajo caución aun en delitos cuya pena exceda a los cinco años en su término medio aritmético."³²

Iniciado el debate en la Cámara de Diputados, al surgir el tema de la libertad provisional, se impugnó la ampliación a dicha garantía consignada en la fracción I del artículo 20 constitucional, por parte del diputado Juan Jaime Hernández, representante del Partido Auténtico de la Revolución Mexicana, basándose en los siguientes argumentos: "Las reformas propuestas rebasan el contenido del precepto constitucional en comento, en los siguientes aspectos: 1o. Cuando se le otorga facultad al Ministerio Público se invade la esfera competencial, puesto que la constitución señala que la autoridad judicial, esto es el juzgador será quien otorgue este beneficio, y cuando se le otorga

31 *Exposición de Motivos, reformas al código de procedimientos penales para el Distrito Federal, Dictamen de la Cámara de Diputados, 18 de diciembre de 1990, p. 115.*

32 *Ibidem*

esta facultad al Ministerio Público, se está contraviniendo el multicitado precepto constitucional. Cuando se señala que se puede conceder la libertad caucional, cuando se rebase el término medio aritmético de cinco años aun cuando se cumplan los requisitos y formalidades que se señalan en la pretendida reforma por mayor beneficio que resulte para el indiciado, no podemos ni debemos rebasar lo que con precisión señala la Constitución. Tal reforma volvemos a insistir tiene que proponer primero a los preceptos constitucionales y después proponerse y adecuarse a la ley secundaria."³³

La impugnación fue refutada por el diputado Hiram Escudero Alvarez, diciendo al respecto: " En que se restringe o que perjuicio le ocasiona a un inculpado por un delito el que el Ministerio Público le otorgue su libertad provisional bajo caución ?

Habrà algún inculpado, que solicite amparo por que se le han violado sus garantías individuales al habersele otorgado por el Ministerio Público la libertad provisional ?³⁴

En dicho debate, se pudo apreciar que el diputado que se postuló en contra de la reforma, lo hizo apoyándose en lo

33 *Idem*, p. 132

34 *Idem*, p. 141

dispuesto por el artículo 10. Constitucional, que dice que no podrán restringirse las garantías individuales.

Al termino de los debates respectivos, la iniciativa de estas reformas fue aprobada en lo general por 376 votos a favor, con tan solo nueve en contra.

Por todo lo anterior, es de concluirse que la Constitución, que estatuye como mínimo la garantía contenida en la fracción I del artículo 20, y la remisión a leyes federales o locales, debe entenderse, significando que a través de ellas se establezca cual es el término medio aritmético del delito imputado, a efecto de precisar o determinar si es operante o no la garantía individual que se estudia; claro está que si una Constitución o ley local o una ley federal amplían los límites de la fracción I del artículo 20, se deberá (en beneficio del inculpado) acatar aquellas, puesto que es un principio aceptado, que la ley fundamental instituye siempre, un mínimo de protección al ser humano, que se actualiza en las garantías individuales, que no puede rebasar el Estado, teniendo por el contrario, potestad para acrecentar ese confín de salvaguarda de los derechos subjetivos públicos mediante leyes secundarias.

CAPITULO II

LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LOS DELITOS CUYO TERMINO MEDIO
ARITMETICO EXCEDE DE CINCO AÑOS.

B) LA "RATIO LEGIS" DE LA REFORMA PROCESAL. RAZON JURIDICA A UN
PROBLEMA DE SEGURIDAD SOCIAL O DE HECHO POR SOBREPOBLACION.

Las reformas que motivan el estudio de la ampliación de garantías, sin duda son las mismas que ya han sido mencionadas en el punto precedente, publicadas en el diario oficial de la federación del día 8 de enero de 1993, y las mismas están referidas a la posibilidad ampliada de otorgar la libertad provisional bajo caución, aun en el caso de que al inculpado se le impute haber cometido delito sancionado con penalidad superior al término medio aritmético de cinco años de prisión; agregándose con las reformas a la misma codificación, publicadas en el diario oficial el día 30 de diciembre de 1991, y como otra excepción más, el delito de peculado.

Es fundamental tratar de esclarecer que motivos tuvo el legislador para efectuar tales reformas, para lo cual es relevante tomar en cuenta sus propios argumentos utilizados en la exposición de motivos que correspondieron a dichas reformas y que dieron lugar a la garantía ampliada de la libertad provisional, tal como la conocemos en la actualidad.

Pero, antes de escudriñar en el documento mencionado cuales fueron las verdaderas razones que motivaron al legislador, comenzaremos por referirnos al sentido que tiene implícito la figura jurídica de la libertad provisional bajo caución.

La necesidad de garantizar la sujeción de una persona al proceso penal es lo único que autoriza la medida

cautelar de tipo personal. En la medida en que esa disponibilidad sea obvia, la medida cautelar carece de razón de ser, ya que toda medida cautelar anticipa en cierta medida los efectos de la ejecución y hay que proceder con suma cautela en su aplicación. Si además se tiene en cuenta que la pena principal en el proceso penal es la privación de la libertad, cualquier fórmula anticipatoria corre el riesgo de convertirse asimismo en pena anticipada.

Es verdad sabida, que la cárcel como pena o como custodia lejos de cumplir con las finalidades para las que fue instituida, se ha convertido, salvo contadas excepciones, en un factor dramáticamente criminógeno, lo que ha angustiado a humanistas preocupados por el problema de los encausados, pues dentro de ella se encuentra una notable cantidad de inocentes, hombres de bien sujetos a proceso o sentenciados a menudo injustamente (injusticia que puede derivar de quienes sufren arbitrariedades e irregularidades dentro y fuera del juicio), quienes al contacto con personas perversas y doctas en la materia del delito, se ven influenciados deletéreamente o de modo abierto por aquellos, abandonando la cárcel ya no tan probos ni sanos moralmente, sino infectados por una fatal corruptela. De aquí que, la cárcel en lugar de adaptar o readaptar, desadapte.

Los términos tan prolongados de la prisión preventiva y que en el caso del juicio ordinario resultan notoriamente violatorios de la garantía constitucional, que establece que en aquellos

casos en que la punibilidad con que se sanciona al delito no exceda de dos años, serán juzgados los imputados antes de cuatro meses, y excediendo de aquel término, antes de un año; hacen ver con temor y desmoralización a la custodia preventiva, pues en esos lapsos de tiempo, las probabilidades de contagio carcelario se hacen mayores y el privado de su libertad adquiere una personalidad distinta.

En el momento que una persona inocente ingresa a un reclusorio de prisión preventiva puede comenzar la contaminación carcelaria; por ello mismo, mientras se presume su inocencia o haya datos que hagan probable su propio interés en permanecer en el lugar del juicio y de concurrir a éste, debe buscarse la satisfacción de las necesidades preventivas especiales (como la propuesta e instaurada a través de las reformas respectivas), evitando la prisión preventiva en cuanto fuere posible, pues aquellas circunstancias harán probable, llegado el momento y en caso de una sentencia condenatoria, la suspensión condicional de su ejecución, o bien, la sustitución por otra pena (multa, etc.). Concluyendo de lo anterior, que incluso el imputado puede hallar muy cómoda su situación de procesado y conformarse con la misma.

Como puede observarse, la preocupación generadora de la reforma, proviene del exceso en el empleo de la prisión preventiva, a la que hay que reconocer desde luego, como una forma legítima de "fuerza institucional", es decir, que se trata del empleo impertinente, pero legalmente procedente, de la más

severa medida cautelar penal, que alcanza su justificación plena al tratarse de niveles particulares de peligrosidad en el reo, de gravedad en el delito que se le imputa y la clara susceptibilidad de evadir la acción de la justicia; en abierta contraposición con la disponibilidad para sujetarse a juicio, el carácter de primodelincuente y la menor gravedad del delito.

En cuanto a la exposición de motivos de las reformas en mérito, toma relevancia el carácter con que se habla de los derechos humanos, en la actualidad tan en boga, donde la iniciativa enviada por el ejecutivo señala que "se trata de poner al día toda la eficacia del Estado y el potencial de sociedad civil en beneficio de la condición social, comunitaria y colectiva de todos los mexicanos sin distinción, y del respeto general, público y efectivo, de los derechos humanos que otorga la Constitución." En diverso lugar "El respeto a los derechos humanos es condición sine qua non para el progreso social."³⁵

Por otra parte, y respecto a las razones que tienen como fundamento el hecho de la sobrepoblación en los reclusorios, el dictamen de la Cámara de Diputados, advierte: "Con el mismo criterio de que las garantías individuales son expresiones mínimas de derechos básicos, es válido que éstas puedan ampliarse como lo propone la iniciativa al permitir la libertad provisional bajo caución aun en los delitos cuya pena exceda a los cinco años

35 *Idem*, p. 113

en su término medio aritmético. Esto constituye un sano principio de seguridad social y justicia ya que el procesado puede gozar de su libertad mientras se tramita su juicio que puede, inclusive, concluir con una sentencia absolutoria. Esto también permite disminuir la sobrepoblación; que ya es alarmante y perjudicial para los internos de los reclusorios."³⁶

En ese mismo sentido, en la sesión del Pleno quedó precisado que la reforma sugerida tiene el propósito de "ampliar la garantía constitucional de la obtención de este beneficio en favor del indiciado...consideramos adecuada la interpretación que se realiza respecto a este supuesto, ya que nuestra Constitución Política expresamente se refiere a derechos consagrados en favor del ciudadano y la ampliación de estos beneficios es una interpretación extensiva en donde por primera vez se plasma, en una ley secundaria, en favor de los gobernados y específicamente de aquellos que se ven involucrados en una averiguación previa o en un proceso."³⁷

Como he dicho (y manifiestan otros documentos de la reforma), este criterio apareció en diversas reformas legales de años anteriores.

36 *Idem*, p. 115

37 *Diario de Senadores*, pp. 7-8

Asimismo, en el Senado se dijo: "busca también solucionar problemas acordes a la época y a la saturación que priva en los diversos Centros de Readaptación, que se han convertido, vale la pena señalarlo, en escuelas del crimen..."³⁸

Resulta importante mencionar, por lo que hace a este punto de la sobrepoblación que al día 2 de julio de 1990, las cifras de capacidad de alojamiento real en los Reclusorios del Distrito Federal eran respectivamente: Reclusorio Norte 1250-3026; Reclusorio Sur 919-1901; y Reclusorio Oriente 1244-3021.³⁹

Es innegable la importancia que la ampliación del beneficio de la libertad provisional representó para la buena marcha de los sistemas penitenciarios; porque no puede promoverse una reforma de ese beneficio únicamente en función del peligro de sobrepoblación. Resultaría grave, considerar a éste como el único argumento para fomentar la libertad provisional, sin tomar en cuenta otros aspectos de la cuestión, como lo son la seguridad pública, en general, y la del ofendido, en particular.

Por su parte, el tratadista Sergio García Ramírez señala "Es común la idea- y la experiencia- de que la prisión preventiva

38 *Idem*, p. 8

39 *El Sol de México*, reportaje del 2 de julio de 1990, citado por García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 22

propicia la corrupción y la desadaptación social del recluso, aunque la ley proclame lo contrario."⁴⁰

De todo lo anterior, se desprende que las reformas no se motivan en, tan solo, una de las posturas comentadas, pues por su naturaleza no se contraponen una con la otra, a pesar de lo evidente que resulta la grave problemática en cuanto a la capacidad carcelaria, que claramente se refleja en dos aspectos: el que se refiere a la capacidad de alojamiento y manutención a un alto costo, y el que se refiere a la incapacidad para cumplir con sus objetivos esenciales de readaptación del reo.

Por el contrario, en la medida o razón jurídica, se reconoce que la prisión preventiva, tratándose de delitos (graves), con penalidad media aritmética superior a cinco años, como medida cautelar, no ha producido beneficios al sistema de justicia punitiva, pues se cuestiona su eficacia como amenaza para disuadir al individuo en la comisión de hechos delictuosos.

Existe también el firme convencimiento de que la prisión preventiva se convierte en pena anticipada, y tal acontecimiento solo puede suponerse cuando por la gravedad del delito y el alto grado de peligrosidad del procesado, exista el temor de fuga, pues la penalidad desde luego siempre será mayor en estos casos.

40 *Op. cit.*, p. 125

Confirmando lo anterior, el dictamen de la Cámara de
diputados señala lo siguiente:

"Expresamente quedan excluidos de esta posibilidad
(libertad provisional ampliada) delitos graves que
revelan una alta peligrosidad del sujeto activo, cuya
conducta puede atacar y ofender a intereses y derechos
de particulares y también a los que corresponden a la
sociedad misma." ⁴¹

41 Exposición de motivos, p.115

CAPITULO II

LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LOS DELITOS CUYO TERMINO MEDIO
ARITMETICO EXCEDE DE CINCO AÑOS.

C) REQUISITOS LEGALES. GARANTIA DE LA REPARACION
DEL DAÑO, QUE NO HAYA TEMOR DE QUE SE SUSTRAGA DE LA ACCION DE
LA JUSTICIA, QUE NO CONSTITUYA UN GRADO DE
PELIGROSIDAD SOCIAL A JUICIO DEL JUEZ.

La libertad, conocida como libertad provisional o libertad bajo caución en el contexto constitucional y dentro de un procedimiento penal, es aquella que con carácter temporal se concede a un detenido por el tiempo que dure la tramitación del proceso, previa satisfacción de determinadas condiciones establecidas en la ley.

En cuanto se refiere a las condiciones estatuidas en la Constitución, estas han sido objeto de estudio del capítulo anterior; por lo que, ahora toca el desarrollo de estas otras condiciones o requisitos legales de carácter procesal, bajo los cuales puede ser concedida la libertad provisional bajo caución.

Es de mencionarse, que a raíz de las últimas reformas en esa materia, a la figura jurídica en estudio, ya no se le puede ubicar exclusivamente como un derecho que sólo encuentra su verdadero soporte jurídico en la Constitución, sino que además, dado el supuesto para concederla aun tratándose de delitos sancionados con penalidad media aritmética superior a cinco años, es también concebida, como otra opción más, y en este caso, prevista en forma ampliada por la ley secundaria.

Aun más, tampoco esta figura jurídica puede restringirse materialmente en su aplicación, pues ha quedado claro que no solo dentro del proceso penal, ni entendido como un beneficio exclusivo del inculpado, puede concebirsele; por el contrario,

derivada de estas reformas en materia procesal, se le faculta al Ministerio Público para conceder ese beneficio, por lo que también fuera del proceso, pero dentro de la etapa de averiguación previa, el detenido podrá disfrutar de su libertad provisional bajo caución durante la tramitación del procedimiento y hasta su conclusión.

En todo proceso, para conceder la libertad provisional, la regla general es la obligación del inculpado de no sustraerse de la acción de la justicia y de atender todas las órdenes de comparecencia emanadas de la autoridad, antes judicial, ahora también administrativa. Con ello se justifica, que la ley imponga al inculpado, el cumplimiento de determinadas condiciones o requisitos para que pueda disfrutar de libertad provisional, siendo la principal la que se refiere al otorgamiento de la caución, como medida para asegurar la permanencia del inculpado en el lugar del proceso.

Por lo general, cuando el procedimiento inicia, tiene lugar el aseguramiento de la persona en quien recaen fundadas sospechas de que ha cometido un delito, como una medida de necesidad extrema para mantenerlo en prisión preventiva y con ello la buena marcha del proceso. Dicha medida se justifica, tratándose de delitos de suma gravedad, ante el hecho de que toda persona que tiene conocimiento de que se sigue una averiguación criminal en su contra, tiende a ocultarse o a huir para que no se le detenga; se le encarcela preventivamente, con el objeto de evitar

demoras y posibles contingencias durante la substanciación del proceso y hasta su finalización.

La posición de algunos tratadistas es en el mismo sentido, al señalarse que "es unánime la opinión doctrinal de que los casos en que se contemple la privación de la libertad del inculcado, queden estrictamente limitados a los delitos graves, ya que es en estos casos donde puede revelarse la necesidad de tal medida, en función del grado de peligrosidad que presente el inculcado."⁴²

Se establece que lo conveniente sería, sin prejuzgar sobre su responsabilidad, privar de su libertad al inculcado hasta la determinación del fallo en que se le declare culpable; pero de suceder, sería en perjuicio del interés social, pues diversidad de procesos quedarían paralizados, sin lograr administrar la justicia de manera pronta y expedita, como lo señala la ley fundamental.

Sin embargo, es importante resaltar lo que puede representar la prisión preventiva, sobre todo para quien se encuentra sometido a juicio siendo inocente. En efecto, la prisión preventiva es fuente infalible de toda una serie de sufrimientos e influencias nefastas. Sufrimientos físicos, morales y

⁴² Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado*, edit. UNAM, 1a. ed., 1981, pp. 31-32

materiales e influencias nocivas que derivan del hecho de recluir al inculcado en un establecimiento penal cuyas condiciones, en general, son inadecuadas e insalubres, donde , impedido de realizar las actividades que le permiten proveer el sustento para sí y para su familia, verá llegar, a corto plazo e inexorablemente, el desprestigio, el descrédito, la ruina y la miseria; donde en malsana promiscuidad con delincuentes habituales y peligrosos, espera una justicia que no llega o llega tarde, convirtiéndose esa medida cautelar en un verdadero atentado contra los derechos humanos del inculcado. De ahí que algunos opinen que existen hombres que jamás deberían salir de la cárcel, pero muchos otros que nunca deberían haber entrado a ella. Por eso, no obstante las recias críticas, las reformas se suceden restringiendo tal medida cautelar, a los más estrechos límites, como se verá más adelante.

Con el fin de evitarle molestias contingentes que trae consigo la prisión preventiva y para restringir, la ilimitada función acusatoria que caracteriza al procedimiento de oficio, se ha establecido como garantía que todo inculcado, inmediatamente que lo solicite, debe ser puesto en libertad provisional, sin más condiciones que la exhibición de una caución pecuniaria, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito, cuya penalidad en su media aritmética no exceda de cinco años, para algunos, o de rebasar ese término, para otros, siempre que no estén en el caso de los delitos señalados como excepción (tercer párrafo del artículo 556 del CPP), y sin más requisito

que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar alguna otra forma de caución, bajo la responsabilidad del juez y sin que en ningún caso la garantía fijada exceda de la suma equivalente a la percepción durante dos años de salario mínimo general vigente en el lugar o, hasta la cantidad equivalente a cuatro años, atendiendo a la especial gravedad del delito y las particulares circunstancias del inculpado o de su víctima; hecha excepción de que se trate de un delito que produzca al responsable un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, porque en estos casos, la caución debe ser, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado.

Ha sido claro que el fin de la caución pecuniaria tiende a garantizar que el inculpado no se sustraiga de la acción de la justicia. La fijación de ésta garantía puede ser más o menos elevada, y muchas veces abandonada al arbitrio judicial, puede ser benéfica u opresiva para el inculpado o nugatoria de la garantía constitucional ya enunciada.

El juez debe tener en cuenta las circunstancias personales del solicitante y la gravedad del delito que se le impute, porque no es posible establecer reglas absolutas, y aun en los casos de libertad provisional, debe razonarse porque se fija una caución elevada. Por supuesto que el juez no debe atender solamente a los antecedentes del inculpado, sino al conjunto de circunstancias que está obligado a tomar en consideración, porque si el monto es

considerable, solo los que poseen bienes suficientes gozarán de la libertad provisional, en tanto que para las personas de escasos recursos será ilusoria, resultando una evidente desigualdad. Por eso la ley abandona al buen juicio del juez, y a su propia responsabilidad, determinar la caución que debe otorgarse, sin perder de vista los antecedentes del inculpado; la gravedad y circunstancias del delito o de los delitos cometidos; el mayor o menor interés que pueda tener en substraerse a la acción de la justicia; sus condiciones económicas y la naturaleza de la garantía que ofrezca. La misión del juez es armonizar, en lo posible las condiciones señaladas para su otorgamiento, para no hacer ilusoria lo que es una garantía para el ciudadano, al imponer una caución elevada que no esté al alcance de las condiciones económicas del solicitante, como tampoco admitir una caución irrisoria en delitos graves, porque entonces sería fácil para el inculpado sacrificar la suma depositada y ponerse en fuga impidiendo que el procedimiento penal siga su curso.

Para continuar con el estudio de los requisitos, necesarios para el otorgamiento de la libertad provisional, sobre todo y con mayor detalle, de los requisitos legales necesarios para obtener la libertad provisional bajo caución, aun en los delitos cuyo término medio aritmético excede los cinco años de prisión, será imprescindible partir del estudio particular del artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que dispone lo siguiente:

"Artículo 556. Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado, incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

En los casos en que la pena del delito 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 inculpado 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 evadiría 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 de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal: 60, 139, 140, 168, 170, 223, 265, 266, 266 bis, 287, 302, 307, 315 bis, 320, 323, 324, 325, 326, 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."

El artículo anteriormente transcrito, fue modificado en virtud de las reformas publicadas el día 8 de enero de 1991 en el Diario Oficial de la Federación; así como en las reformas publicadas el día 30 de diciembre de 1991, adicionando, por lo que respecta a este artículo, el delito de peculado como otro caso de excepción para otorgar la libertad provisional.

Mediante las reformas en comento, se abren dos supuestos bajo los cuales el procesado dentro del juicio penal obtendrá la libertad provisional bajo caución: el primero, cuando se trate de delitos cuya pena privativa de la libertad no exceda del término medio aritmético de cinco años, y el segundo, cuando efectivamente se exceda dicho término medio aritmético de cinco años de prisión.

De ese modo, para obtener el beneficio de la libertad provisional será requisito que el delito que se le impute al procesado no se encuentre entre los delitos que el propio artículo en comento excluye a través del tercer párrafo, y que son los considerados como delitos graves que revelan una alta peligrosidad del sujeto activo, como lo expuso la Cámara de Diputados al dictaminar que "Expresamente quedan excluidos de esta posibilidad delitos graves que revelan una alta peligrosidad del sujeto activo, cuya conducta puede atacar y ofender a intereses y derechos de particulares y también a los que corresponden a la sociedad misma."⁴³

En ese orden de ideas, de manera precisa los delitos a que se refieren los artículos del Código Penal, que comprenden los casos de excepción son los siguientes:

43 *Exposición de Motivos*, p. 115

1) Delitos imprudenciales, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o cualesquiera otros transportes de servicio público federal o local, que caucen homicidios de dos o más personas. 2) Terrorismo. 3) Sabotaje. 4) Tratándose de ataques a las vías de comunicación, cuando para su ejecución se valga de explosivos; o al que empleando explosivos o materias incendiarias, o por cualquier otro medio, destruya total o parcialmente una aeronave, una embarcación u otro vehículo de servicio federal o local. 5) Peculado. 6) Violación, y delito equiparable a la violación. 7) Allanamiento de morada, cuando los salteadores atacaren una población. 8) Homicidio simple intencional y homicidio calificado. 9) Parricidio. 10) Infanticidio. 11) Privación ilegal de la libertad, y 12) Robo, cuando el monto de lo robado excede de cien veces el salario mínimo general vigente y se ejecutare con violencia; cuando se cometa aprovechando las condiciones de confusión que se produzcan por catástrofe o desorden público; cuando se cometa por una o varias personas armadas, o que utilicen o porten otros objetos peligrosos; cuando se cometa en contra de una oficina bancaria, recaudatoria u otra en que se conserven caudales, contra personas que las custodien o transporten aquéllos; cuando el robo se cometa en edificios, viviendas, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación; cuando se trate de robo de vehículo; o cuando se trate de robo de ganado.

En cuanto a las excepciones que señala el Código Federal de Procedimientos Penales, además de los casos ya expuestos, se adicionan a la lista, los siguientes:

- 1) Traición a la Patria. 2) Espionaje. 3) Rebelión. 4) Piratería.
- 5) Violaciones de los deberes de humanidad. 6) Genocidio. y 7)

Delitos contra la salud, en los supuestos de los artículos 197 y 198 de ese ordenamiento.

De igual modo, bajo la legislación anterior, no se concederá la libertad provisional respecto a los delitos previstos en el artículo 84 (introducción al país en forma clandestina, de armas, municiones, explosivos y materiales de uso exclusivo de las fuerzas armadas) de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y en los artículos 102 (contrabando), 104, 105, 108 (defraudación fiscal), 109 y 115 bis (robo de mercancías que se encuentren en recinto fiscal) del Código Fiscal de la Federación, en cuanto se refieren a delitos del orden federal.

Debemos mencionar que respecto a los delitos fiscales (particularmente por lo que hace a los casos de defraudación fiscal) se les dió un trato procesal que ha sido materia de diversas y muy encontradas opiniones. En efecto, la reforma enunciada supone que la libertad se amplie lo más posible y que sólo queden excluidos los casos de criminalidad más grave (por

los resultados de la conducta ilícita y por la peligrosidad de su autor). No está claro que esto sea, lo que sucede en los delitos fiscales; no más, en todo caso, que en otros ilícitos que también generan daño social y rompen el equilibrio entre los integrantes de la comunidad, como pudieran ser los delitos contra la economía nacional o en materia de trabajo y previsión social, o bien, los delitos contra la preservación del ambiente (ecológicos), etc.

Así resulta que en la Exposición de Motivos de las reformas en mérito, se menciona que los razonamientos fundamentales para incluir dentro de las excepciones arriba señaladas a los delitos fiscales es "que el grave problema del delito fiscal no sólo atenta directamente contra la igualdad de los ciudadanos ante la imposición, sino que también, se causan graves perjuicios contra la economía del país y el orden socioeconómico instaurado por nuestro ordenamiento constitucional."

En diverso lugar de esta misma Exposición, se pone de relieve el carácter eminentemente económico de tales razonamientos, al referir "se considera que no resulta prudente abrir la posibilidad..., de conceder la libertad provisional a aquellas personas que cometan los delitos configurados en los preceptos legales en cuestión. Más aun, cuando estos suponen cuantitativamente montos muy altos y cualitativamente tienen alto grado de peligrosidad social, pues el ánimo de defraudar resulta patente; ya que no se paga el impuesto por necesidad o desconocimiento, sino con la idea clara de no cubrirlo para

enriquecerse a costa de los intereses económicos y sociales de la nación y el mayor esfuerzo impositivo de los contribuyentes cumplidos."⁴⁴

Se encuentra una posición muy contraria, en la opinión vertida por el diputado Fernando Francisco Gómez Mont Ureta, del Partido de Acción Nacional, en la Exposición de Motivos de las reformas al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de diciembre de 1991. Al respecto fue comentado, en cuanto a los inculpados por delitos fiscales: "Que peligro de reincidir tiene, si se le deja libre? Que violencia social puede causar su libertad? Cómo se justifica que el Estado los mantenga privados de su libertad durante el proceso en donde, es decir, cuando todavía no se ha determinado su culpabilidad?. Máxime, señores, que para gozar de este beneficio el acusado tiene que garantizar plenamente la reparación del daño que pueda causar, si es declarado culpable. Es decir, si se da acceso a la libertad provisional, aun cuando fuera hallado culpable, el Estado no tiene riesgo de sufrir en su patrimonio, porque el señor debe dejar garantía suficiente para que en tal supuesto se hagan especificar sus garantías y su patrimonio no quede afectado. Cuál es el peligro?."⁴⁵

44 *Ibidem*

45 *Dictámen de la Cámara de Diputados, p. 2570.*

Esa resulta la postura más adecuada, pues no se justifica que se instituya la libertad provisional en tratándose de delitos con penalidad media aritmética superior a los cinco años, siempre que no importen un alto índice de peligrosidad o daño social, y por otra parte, se restrinja a los delitos fiscales manteniendo en estos la prisión preventiva como medida de amedrentamiento, o como dice el diputado Gómez Mont, como una medida política, a los cuales tampoco puede atribuirseles la característica de ser delitos cometidos con violencia física que implique alta peligrosidad por parte del sujeto activo, común denominador que puede observarse en los delitos que son la excepción para el otorgamiento de esta libertad. Menos aun cuando, se aseguraría la reparación del daño supuesto, en favor del Estado. Además, el carácter económico también es característico de los delitos patrimoniales del orden común, y sin embargo en aquellos si es posible aplicar el beneficio de la libertad provisional, aun cuando el sujeto activo considerado individualmente es tan importante como lo es el propio Estado al resultar ambos, como sujetos pasivos de dichos delitos; y siendo que los montos económicos pueden ser iguales o hasta incluso, superiores.

La libertad provisional bajo caución procederá desde luego respecto de delitos que representan un menor riesgo o efecto nocivo para la sociedad y por lo tanto, una peligrosidad baja por parte de sus autores.

Al decir de la Exposición de Motivos, que sustentaron las reformas del 8 de enero de 1991, se busca un equilibrio entre la libertad de la persona y los intereses de la sociedad; lo que explica que la libertad se niegue cuando constituya un grave peligro social, se trate de reincidentes o exista riesgo fundado de que el inculcado pueda sustraerse a la acción de la justicia.

Ampliar este derecho a la libertad provisional, sobre la base que marca el texto constitucional, se estima como válido y procedente, pues las garantías individuales aseguran derechos mínimos y permite, obviamente, que estos puedan ampliarse para beneficio de los gobernados.

De lo anterior, y considerando los supuestos mencionados en cuanto al beneficio de la libertad provisional, puede concluirse que dentro del sistema jurídico existen tres fases para su otorgamiento:

En primer término, cuando existe como garantía individual del inculcado, la facultad de solicitar y obtener su libertad caucional cuando se le atribuya la comisión de un delito sancionado con pena de prisión cuya media aritmética no exceda de cinco años, determinada como imperativo constitucional.

La segunda fase está determinada por el conjunto de delitos a cuyos presuntos responsables se deberá conceder la libertad

provisional dentro de ciertos supuestos legalmente determinados, aunque el término medio aritmético exceda de cinco años, determinada como garantía ampliada de la garantía individual.

Y la tercera, fijada por el conjunto de delitos a cuyos autores se niega de plano la libertad provisional, sin que para ello tenga relevancia la voluntad del juzgador, que por razones de política criminal o política de defensa social no ha sido beneficiada.

La novedad, es pues la segunda fase, donde el arbitrio judicial es relevante, pues da acceso a la libertad antes negada, aunque no de manera automática, en virtud de la regla constitucional, como sucede en la primera fase.

Regresando al tema, abordaré los requisitos específicos que es preciso tomar en cuenta para otorgar la libertad provisional, en la inteligencia de que la falta de alguno o algunos impide, de plano, la concesión del beneficio.

El primer requisito es "Que se garantice debidamente, a juicio del juez, la reparación del daño", mediante esta condición se contribuye a preservar los derechos del ofendido y no sólo a reconocer los atendibles intereses del inculpado. Queda a la autoridad precisar, según las circunstancias del caso, qué tipo de garantía es necesaria para reparar el daño, además de accesible para el reo, que puede hacer al tribunal o a la

autoridad ejecutora su propia propuesta. Es en este sentido que cabe interpretar el empleo de la palabra "garantía" en el texto reformado. Por otra parte, este precepto se contrae a hablar de la reparación del daño, a diferencia del artículo 135 del CFPP que se refiere a la libertad previa otorgada por el Ministerio Público, que alude expresamente a la garantía de reparar perjuicios. Por lo que para atender este problema que crea la omisión, es posible tomar en cuenta el concepto que aporta la fracción segunda del artículo 30 del CP, que incluye entre otros extremos, la indemnización de los perjuicios causados.

La fracción II del precepto comentado fija el siguiente requisito "Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social". Aquí se recoge, una idea frecuentemente controvertida por los penalistas: la peligrosidad. En la entraña del derecho penal, se localiza el tema de la peligrosidad, prácticamente inevitable. A lo sumo se le puede disimular o retraer, mediante el empleo de otras expresiones, que en el fondo significan lo mismo, total o parcialmente: así, personalidad, características del sujeto, circunstancias del agente, antecedentes del infractor, etcétera. Se trata siempre, en rigor, de un modo de esclarecer la peligrosidad o temibilidad del sujeto. Por otra parte, el grave peligro social de que se habla, no solo se refiere al infractor. Puede asociarse a otras personas o a circunstancias que hagan desaconsejable, en el caso concreto, el otorgamiento de la libertad: participantes en el delito, situación de la víctima, reacción social, etcétera. Resulta obvio

que la negativa a la libertad en función de estos factores exigirá el más cuidadoso y persuasivo razonamiento por parte del juzgador.

Las fracciones III y IV del precepto examinado se refiere en realidad a un solo tema: el riesgo de sustracción a la acción de la justicia. Evitarlo es el principal presupuesto de la prisión preventiva.

La fracción III señala como otro requisito: "Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia" y por su lado la fracción IV nos dice: "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 fracción III constituye un marco de referencia amplio aplicable a cualesquiera inculpados, en tanto que la fracción IV cubre un ámbito más reducido, dentro del mismo marco: solo alude a reincidentes y habituales.

La primera de ambas fracciones faculta al juzgador para otorgar o negar la liberación, según exista a su juicio, que debe ser motivado, riesgo fundado de sustracción a la justicia. Se habla solo de riesgo, sin aludir a la gravedad de este. Por lo tanto, cualquier riesgo, aun el mínimo, pudiera determinar una negativa.

Esto parece excesivo y frustraría de hecho el propósito de la ley. Efectivamente, será en extremo probable que el juzgador o cualquiera otra persona o autoridad consideren que no existe ningún riesgo, en lo absoluto, de que el procesado se sustraiga de la acción de la justicia. La interpretación, pues, debe ser tal que haga posible el razonable alcance de los fines queridos por el legislador.

En cuanto a la fracción IV, los conceptos de reincidencia y habitualidad deben ser establecidos en los términos aplicables del CP, esto es, conforme a los artículos 20 a 23. Ahora bien, cabe plantearse si conforme a la fracción IV cuya redacción debió ser más explícita, la reincidencia y la habitualidad determinan, la negativa de libertad, o si solo son elementos indicativos sobre los que se llama la atención del juzgador para que éste pondere el riesgo de evasión, sin que por ello pierda la potestad de disponer la libertad. Si fuera esto último, solamente, saldría sobrando la fracción IV.

En consecuencia, considero que la libertad provisional bajo caución debe ser negada a los reincidentes y habituales en todos los casos.

A cambio de que las normas anteriores no otorgaban discrecionalidad al juzgador (con excepción en alguna medida, del pronunciamiento sobre el monto de la garantía), las actuales la conceden con una implicación importante: la emisión de un

pronóstico acerca del comportamiento del inculcado una vez que se halle en libertad, situación que deriva de la idea de peligrosidad observada en los requisitos legales acabados de estudiar.

CAPITULO II

LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LOS DELITOS CUYO TERMINO MEDIO
ARITMETICO EXCEDE DE CINCO AÑOS.

D) CAUSAS DE LA REVOCACION DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

Para finalizar este capítulo, estudiaremos los supuestos legales, por los que es factible revocar la libertad provisional bajo caución, mismos que tienen aplicación de igual manera para las dos hipótesis de otorgamiento de libertad provisional, ya sea que la penalidad de los delitos rebase o no el término promedio aritmético de cinco años de prisión.

La libertad provisional se puede revocar por las causas que señala la ley, las cuales se encuentran animadas por la idea de que cuando desaparece la garantía que sujeta al tribunal, se debe revocar la libertad. En ese sentido, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 568, dispone lo siguiente:

"Artículo 568. Cuando el inculpado haya garantizado su libertad con depósito, hipoteca o prenda, aquélla se le revocará en los casos siguientes:

I. Cuando desobedeciere, sin causa justa y comprobada, las órdenes legítimas del tribunal que conozca de su asunto, o no efectúe las exhibiciones dentro de los plazos fijados por el tribunal, en caso de habersele autorizado a efectuar el depósito en parcialidades;

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

III. Cuando amenazare a la parte ofendida o a algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su causa, o tratare de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, al juez, al agente del ministerio público o al secretario del juzgado o tribunal que conozca su causa;

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

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

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

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

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

La libertad caucional no era un beneficio procesal que en forma graciosa brindaran las autoridades judiciales a los procesados, sino que era el ejercicio de un derecho constitucional con la categoría de garantía individual, y que una vez concedido, no se podía privar de la libertad sin satisfacer la garantía de previa audiencia, porque se trata de derechos que integran su esfera jurídica. Pero en la actualidad, esta garantía ha sido ampliada por la ley secundaria, de manera que deviene como beneficio procesal que es concedido en virtud de la facultad discrecional otorgada al poder judicial.

El Tribunal de la causa, tiene la atribución de revocar la libertad provisional concedida, cuando en términos de ley se incurra en las hipótesis previstas que lo autorizan; pero antes de que se dicte la determinación judicial debe escucharse en defensa al procesado.

En forma especial, señalaré la afectación que tuvieron las causas de revocación enunciadas en la norma que se comenta, a raíz de las reformas en esta materia.

Las últimas reformas, publicadas en diciembre de 1991, y en virtud de la adición de una nueva forma de caución, como lo es la prenda, así como la posibilidad de exhibir el depósito en efectivo en parcialidades, motivaron los ajustes al primer párrafo del ordenamiento en estudio, y también su fracción I.

Bajo dichas reformas también se modificó atinadamente la fracción segunda, al establecer el carácter intencional del nuevo delito que motive la revocación de la garantía.

Sin embargo, debo decir, en cuanto a las reformas del código procesal de la materia, publicadas en enero de 1991, y que se refieren en parte a la ampliación de la garantía de la libertad provisional bajo caución, no obstante sus implicaciones, se omitió modificar en lo relativo, la fracción V de la disposición enunciada. Quizá por simple olvido o por la misma atención que atrajo a los legisladores, el tema de la ampliación de una garantía individual en una ley secundaria, sirviera como justificación de tal descuido. Pero lo que resulta verdaderamente inexplicable, es que los legisladores que participaron en las reformas de diciembre del mismo año, no obstante la revisión del numeral, y las modificaciones ya aludidas, omitieran de nueva cuenta la adecuación de esta fracción.

En mi opinión, este artículo debió actualizarse en dos aspectos:

Primero, por lo que hace a la terminología utilizada (reforma necesaria desde antes de 1991); puesto que la libertad provisional, entendida como garantía individual, supone para su otorgamiento, que la penalidad máxima del delito sea la referida al término medio aritmético, y la fracción V subsistente, señala como causa de revocación, el que aparezca en la instrucción que la penalidad sea superior a cinco años de prisión, reduciendo con ello dicho término, y su observancia lleva a una clara violación de la Constitución, además de hacer nugatorio el derecho a la libertad provisional.

Y segundo, la necesidad de establecer dos supuestos, para la revocación de la libertad provisional:

a) Uno, el que se refiere a la libertad concedida en la fase de garantía individual, cuyo límite se encuentra establecido por el término medio aritmético de cinco años, que en caso de rebasarlo, se atenderá al arbitrio del juzgador, y bajo la satisfacción de los requisitos legales. Cito como ejemplo, el homicidio imprudencial de una persona con motivo de transporte público, pero que al acaecer una segunda muerte, se coloca dentro del supuesto del artículo 60 del CP, y

b) Otro, el que se refiere a la libertad concedida en exceso del término medio aritmético de los cinco años (que es el caso de la libertad provisional ampliada, con naturaleza de beneficio

procesal). Siempre que aparezca en la instrucción, que se trata de alguno de los delitos, a los que se refiere el tercer párrafo del artículo 556 del CPPDF. Como ejemplo, puedo citar al robo, cuando el monto exceda de quinientas veces el salario, la sanción será de cuatro a diez años de prisión, y apareciere que fue cometido con violencia.

Resulta inconcuso que estas propuestas debieran ser tomadas en cuenta para la actualización del precepto en mérito, sin embargo, las recientes reformas al artículo 20, fracción I, publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el 3 de septiembre del año en curso, llevan a considerar, que por lo que se refiere a su entrada en vigor motivarían una nueva reforma al precepto mencionado, pues la revocación de la libertad bajo las reformas constitucionales, estaría determinada por la aparición de nuevos elementos dentro del proceso que impliquen que se trate de alguno de los supuestos de excepción que prevé la misma ley procesal, en lo que se refiere a los delitos graves respecto de los que se prohíbe conceder la libertad provisional.

Por otra parte, la fracción VII del artículo en comento, señala que será otra causa de revocación el incumplimiento de las obligaciones que establece el artículo 567, del mismo código procesal, y que se refieren a las obligaciones de presentarse ante el juez cuando sea requerido para ello y la consistente en dar aviso de todo cambio de domicilio; y que de manera concreta dispone:

"Artículo 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."

La inobservancia de las obligaciones arriba señaladas sin duda alguna, pueden ser consideradas como la misma causa de revocación a la que se refiere la fracción I del propio artículo 568, al establecer que tendrá lugar con la desobediencia de toda orden legítima del tribunal por parte del acusado, y por lo mismo aquellas obligaciones desprenden implícitamente de órdenes legítimas del tribunal; por tal razón, en mi opinión, debe ser derogada la fracción VII del artículo 568 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal, en virtud de resultar innecesaria por que sus supuestos están contenidos implícitamente en la fracción I.

También, cuando por virtud de un tercero se haya garantizado la libertad provisional del inculpado, puede revocarse de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 569, de código procesal:

"569. Cuando un tercero haya garantizado la libertad del acusado por medio del depósito en efectivo, de fianza personal, de prenda o de hipoteca, aquella se revocará:

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

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

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

IV. En los casos del artículo 573 de este código."

La revocación de la libertad provisional bajo caución surte el efecto de suspender inmediatamente la libertad provisional, y en obediencia a esto se debe librar orden de reaprehensión. También surte el efecto de hacer efectiva la fianza en los casos que señalan los siguientes artículos:

"Artículo 570. En los casos de las fracciones I, II, III, y VII del artículo 568, se mandará reaprehender al reo y la caución se hará efectiva, a cuyo efecto el juez o tribunal enviará el certificado de depósito o el testimonio de la hipoteca a la autoridad administrativa local, para su cobro."

"Artículo 571. En los casos de las fracciones V, VI y VIII del artículo 568, y III del artículo 569 de este código se ordenará la reaprehensión del acusado. En los de las fracciones IV del artículo 568 y II del 569, se remitirá al acusado, al establecimiento que corresponda."

También por lo que hace al caso de que un tercero haya garantizado la libertad del acusado, se previene la reaprehensión del mismo, en los términos del siguiente artículo:

"Artículo 573. Cuando un tercero haya constituido depósito, fianza o hipoteca, para garantizar la libertad de un reo, las órdenes para que comparezca este, 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 al 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."

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

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

IV. En los casos del artículo 573 de este código."

La revocación de la libertad provisional bajo caución surte el efecto de suspender inmediatamente la libertad provisional, y en obediencia a esto se debe librar orden de reaprehensión. También surte el efecto de hacer efectiva la fianza en los casos que señalan los siguientes artículos:

"Artículo 570. En los casos de las fracciones I, II, III, y VII del artículo 568, se mandará reaprehender al reo y la caución se hará efectiva, a cuyo efecto el juez o tribunal enviará el certificado de depósito o el testimonio de la hipoteca a la autoridad administrativa local, para su cobro."

"Artículo 571. En los casos de las fracciones V, VI y VIII del artículo 568, y III del artículo 569 de este código se ordenará la reaprehensión del acusado. En los de las fracciones IV del artículo 568 y II del 569, se remitirá al acusado, al establecimiento que corresponda."

También por lo que hace al caso de que un tercero haya garantizado la libertad del acusado, se previene la reaprehensión del mismo, en los términos del siguiente artículo:

"Artículo 573. Cuando un tercero haya constituido depósito, fianza o hipoteca, para garantizar la libertad de un reo, las órdenes para que comparezca este, 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 al 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."

En mi opinión, dada la adición de la prenda como otra forma más de caución, debió adecuarse este artículo por lo que hace a la misma, por lo que es necesaria su reforma.

En todo caso, se deberá oír previamente al Ministerio Público, antes de resolver sobre la revocación de la libertad del acusado.

CAPITULO III

LA SUSPENSION EN EL JUICIO DE AMPARO COMO MEDIO PARA EVITAR LA
RESTRICCION DE LA LIBERTAD.

A) SUSPENSION PROVISIONAL EN MATERIA PENAL EN EL JUICIO DE
AMPARO. REQUISITOS PARA CONCEDERLA.

En su sentido etimológico suspender, significa detener o diferir por algún tiempo la ejecución de un acto. Y en nuestro estudio la suspensión provisional del acto "reclamado" tiene ese mismo sentido, pues su objeto primordial es mantener viva la materia del amparo, impidiendo que el acto que lo motiva, al consumarse, haga ilusoria para el agraviado la protección de la justicia federal; en virtud de la suspensión el acto que se reclama queda en suspenso, mientras se decide si es violatorio de garantías estatuidas en la Constitución.

Acorde con lo anterior, lo dispuesto por el artículo 124 de la Ley de Amparo, en su segundo párrafo, queda ratificado en los términos de que "El juez de Distrito, al conceder la suspensión, procurará fijar la situación en que habrán de quedar las cosas, y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio."

Constituye un medio más de protección, que concede la ley a los particulares, dentro del juicio de amparo. Mediante este, el juez que conoce de la demanda, antes de estudiar a fondo el caso que se lleva a su consideración, antes de recibir incluso prueba alguna y antes de saber a ciencia cierta si existe violación constitucional, suspende la ejecución del acto, mediante un procedimiento sumarísimo, pero que tratándose de ciertos actos, como los relativos a la libertad personal, la suspensión se concede al presentarse la demanda.

Mediante la suspensión provisional, también se propone evitar al agraviado, durante la tramitación del juicio constitucional, los perjuicios que la ejecución del acto que reclama pudiera ocasionarle. Es decir, que la suspensión produce los efectos del amparo, de manera temporal, por el tiempo sólo que dure el juicio de garantías, a diferencia de aquel, que los produce de manera definitiva. Desde que el quejoso obtiene la suspensión, se encuentra protegido por la ley, su situación jurídica continúa o debiera continuar siendo la que era antes de que el acto violatorio hubiera tenido lugar, aunque cierto que este acto sigue subsistiendo, porque solo el amparo puede nulificarlo.

En ese sentido, la suspensión provisional puede concederse al satisfacer los siguientes requisitos:

- I. Que la solicite el agraviado;
- II. Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.
- III. Que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto.

De lo anterior tenemos que la concesión de la suspensión es una función facultativa del juez, sujeta a la realización de los requisitos que han sido señalados, pues en ese tenor, el artículo 107 de la norma suprema, fracción X, primer párrafo, dispone:

"Artículo 107. Fracción X. Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones y garantías que determine la ley, para lo

cual se tomará en cuenta la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público."

"Dicha suspensión deberá otorgarse respecto de las sentencias definitivas en materia penal al comunicarse la interposición del amparo ..."

Asi mismo, el artículo anterior, que contiene los principios y bases del juicio de amparo, señala a través de sus fracciones XI y XII, que contienen implícitamente otro requisito de procedencia, la autoridad o autoridades a las que se pedirá la suspensión:

"XI. La suspensión se pedirá ante la autoridad responsable cuando se trate de amparos directos promovidos ante los tribunales colegiados de circuito, y la propia autoridad responsable decidirá al respecto; en todo caso, el agraviado deberá presentar la demanda de amparo ante la propia autoridad responsable, acompañando copias de la demanda para las demás partes en el juicio, incluyendo al Ministerio Público y una para el expediente. En los demás casos, conocerán y resolverán sobre la suspensión los juzgados de distrito."

"XII. La violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del tribunal que la cometa, o ante el juez de Distrito que corresponda ..."

Siendo que el tema de este capítulo tiene por objeto el estudio de la suspensión en el juicio de amparo como medio para evitar la restricción de la libertad, este se concretará al análisis de la suspensión en el amparo indirecto o bi-instancial; en virtud de que el amparo directo o uni-instancial se interpone contra resoluciones definitivas en materia penal, en cuyo supuesto solo puede hablarse de una posible obtención de

la libertad provisional siempre que la sentencia impugnada prevenga una sanción cuya penalidad dé lugar a ese beneficio, siendo que en ese supuesto el agraviado ya fue sujeto a prisión provisional.

El juicio de amparo indirecto, o sea aquel que se promueve ante los jueces de Distrito y no ante la Suprema Corte que se conoce por amparo directo, como se ha observado, está provisto de un incidente de suspensión del acto reclamado que originalmente tiene un carácter provisional. Al decir de González Bustamante "presentada la demanda se solicitará en ella la suspensión."⁴⁶

El juez de Distrito al otorgarla, debe procurar fijar la situación en que habrán de quedar las cosas, cuidando ante todo de conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio. Formulada la petición de suspensión provisional, el juez de Distrito para decretarla deberá examinar cuidadosamente si su concesión no causa perjuicios al interés social ni se contravienen disposiciones de orden público.

Como punto central de este trabajo y más concretamente del capítulo en cuestión, la vinculación derivada de la suspensión provisional y de la libertad provisional, precisa del estudio

46 González Bustamante, *op. cit.* p. 412

tanto de los efectos de la primera como de los supuestos generadores de la segunda dentro del juicio de garantías.

En cuanto a los efectos de la suspensión provisional, comenzaré diciendo que, cuando los actos reclamados importan la restricción de la libertad personal fuera de procedimiento judicial, se concederá ésta indistintamente, tomando el juez las medidas de aseguramiento que estime pertinentes; ya que de manera general el otorgamiento o denegación de la suspensión quedan sujetas al prudente arbitrio judicial, según se desprende del artículo 130 de la Ley de Amparo, que dice:

"Artículo 130. En los casos en que proceda la suspensión conforme al artículo 124 de esta ley, si hubiere peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con notorios perjuicios para el quejoso, el juez de distrito, con la sola presentación de la demanda de amparo, podrá ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden hasta que se notifique a la autoridad responsable la resolución que se dicte, sobre la suspensión definitiva, tomando las medidas que estime convenientes para que no se defrauden derechos de tercero y se eviten perjuicios a los interesados, hasta donde sea posible, o bien las que fueren procedentes para el aseguramiento del quejoso, si se tratare de la garantía de la libertad personal.

En este último caso la suspensión provisional surtirá los efectos de que el quejoso quede a disposición de la autoridad que la haya concedido, bajo la responsabilidad de la autoridad ejecutora y sin perjuicio de que pueda ser puesto en libertad caucional, si procediere, bajo la más estricta responsabilidad del juez de distrito, quien tomará, además, en todo caso, las medidas de aseguramiento que estime pertinentes.

El juez de distrito siempre concederá la suspensión provisional, cuando se trate de la restricción de la libertad personal fuera de procedimiento judicial, tomando las medidas a que alude el párrafo anterior."

Aquí la ley contempla un caso de excepción por ser el acto reclamado en sí mismo violatorio de la garantía consagrada en el artículo 16 de la Ley Suprema, ya que, hecha excepción de los delitos flagrantes, sólo la autoridad judicial puede ordenar la detención de una persona en mandamiento escrito y motivado; pero aun en este caso deben tomarse las medidas que sean procedentes, para lo cual el juez de Distrito disfruta de la más amplia libertad.

Tratándose de restricción de la garantía de la libertad personal, la suspensión provisional, al decretar que se mantengan las cosas en el estado que guardan, surtirá los efectos de que el quejoso quedará a disposición de la autoridad que la haya concedido, bajo la responsabilidad de la autoridad ejecutora, lo que supone que el acto privativo de la libertad se ha consumado y sin perjuicio de que pueda ser puesto en libertad caucional, si procediere, en los términos de la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de la República, lo que podrá acordar el juez de Distrito bajo su más estricta responsabilidad, quien además, en todo caso, deberá tomar las medidas que estime convenientes para el aseguramiento del quejoso, con la finalidad de que si se le niega el amparo pueda ser devuelto a la autoridad que lo reclame.

El artículo 136 de la Ley de Amparo en relación con el análisis de los efectos de la suspensión provisional y los supuestos de la libertad bajo caución en el amparo, señala de

manera concreta, pero no menos importante, su procedencia ante la orden de aprehensión o ante el auto de bien preso o de formal prisión, en los siguientes términos:

"Artículo 136. Si el acto reclamado afecta la libertad personal, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito, únicamente en lo que se refiere a su libertad personal, quedando a disposición de la autoridad que deba juzgarlo, cuando el auto emane de un procedimiento del orden penal por lo que hace a la continuación de éste.

Cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso efectuada por autoridades administrativas o por la policía judicial, como responsable de algún delito, la suspensión se concederá si procediere, sin perjuicio de que se haga la consignación que corresponda. Si se concediere la suspensión en los casos de órdenes de aprehensión, el juez de Distrito dictará las medidas que estime necesarias para el aseguramiento del quejoso, a efecto de que pueda ser devuelto a la autoridad responsable si no se le concediere el amparo. Si la orden de aprehensión se refiere a delitos sancionados con pena cuyo término aritmético sea mayor de cinco años de prisión, la suspensión solo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito en el lugar que éste señale, únicamente en lo que se refiere a su libertad personal quedando a disposición de la autoridad que deba juzgarlo, para los efectos de la continuación del procedimiento penal.

Cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso por orden de autoridades administrativas podrá ser puesto en libertad provisional, mediante las medidas de aseguramiento y para los efectos que expresa el párrafo anterior.

En los casos de detención por mandamiento de autoridades judiciales del orden penal o de auto de prisión preventiva, el quejoso podrá ser puesto en libertad bajo caución conforme a las leyes federales o locales aplicables al caso.

La libertad bajo caución podrá ser revocada cuando aparezcan datos bastantes que hagan presumir fundadamente, que el quejoso trata de burlar la acción de la justicia.

El juez dictará las medidas adecuadas para garantizar la seguridad del quejoso, para evitar que se sustraiga a la

acción de la justicia, y en todo caso, deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 20, fracción I, de la Constitución.

....."

Dicho artículo en su contenido, refiere el supuesto en el que el juzgador puede otorgar esta medida cautelar de la suspensión provisional contra los efectos de una orden de aprehensión o de un auto de formal prisión, en cuanto a la libertad personal del agraviado y bajo la suposición de que ésta aún no haya sido afectada, resultando en consecuencia que ésta suspensión provisional impide la detención o aprehensión del quejoso, quien continua disfrutando de su libertad, confirmada con la notificación de la suspensión a las autoridades responsables. Al mismo tiempo en que se decrete la suspensión el juez de distrito debe tomar las medidas que estime convenientes para el aseguramiento del quejoso, con el fin de que éste no se sustraiga de la acción de la justicia en caso de no concedersele la suspensión definitiva.

Cuando el quejoso no acata dichas medidas de aseguramiento, puede el juez de distrito declarar que la suspensión ha dejado de surtir sus efectos, y en consecuencia se abre la posibilidad de ejecutarse el acto reclamado, ya sea la orden de aprehensión o el auto de formal prisión. Al respecto de esta cuestión, el maestro Ignacio Burgoa advierte que "en su calidad de parte en un juicio de amparo, la autoridad judicial responsable no puede por sí ni ante sí apreciar si el quejoso cumplió o no con las medidas de aseguramiento. Suponer lo contrario, haría nugatoria la

suspensión provisional y auspiciaría la burla al auto en que ésta se haya decretado."⁴⁷

Otro aspecto muy importante, consiste en que aun cuando el quejoso obtenga la suspensión provisional, cuyo acto reclamado sea una orden de aprehensión o el auto de bien preso, su decretamiento no impide en manera alguna que el procedimiento penal, en que dicho acto se haya dictado, siga su curso normal, según lo dispone el artículo 138 de la Ley de Amparo y en relación con el artículo arriba comentado. Tal postura se hace fundar sobre la consideración de que el procedimiento penal es de orden público y por lo mismo no puede decretarse la paralización o suspensión del mismo, lo que explica el alcance de ese artículo para que el quejoso quede a disposición del juez de distrito por lo que hace a su libertad personal, con la obligación de presentarse a la autoridad judicial que deba juzgarlo. Aquí se contempla la hipótesis, de que el acto reclamado consistente en la privación de la libertad no se haya consumado y que para evitarlo obtenga el quejoso la suspensión provisional; pero si se trata de la orden de aprehensión, una vez que el quejoso que obtuvo la suspensión provisional comparece ante el juez del proceso y rinde su declaración preparatoria, si se le dicta el auto de bien preso, su situación jurídica habrá cambiado y consecuentemente será dictado el sobreseimiento en el juicio de

⁴⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, edit. Porrúa, ed.13a., p. 744

garantías, agotándose la materia del amparo y negándose al amparista la posibilidad de ventilar ante la justicia federal la ilegalidad o inconstitucionalidad del mandato de captura.

También, otro efecto de la suspensión provisional, en cuanto a la libertad personal del quejoso, cuando este ya se haya detenido, el juez de distrito puede otorgarle su libertad caucional si procediere conforme a las leyes penales aplicables y, desde luego, con base en los datos que deriven de la propia causa penal en cuanto al delito por el que la orden o el auto hayan sido pronunciados. Además, para que el quejoso goce de la libertad caucional, debe cumplir las medidas de aseguramiento que fije el juez de distrito para los fines anteriormente expresados.

CAPITULO III

LA SUSPENSION EN EL JUICIO DE AMPARO COMO MEDIO PARA EVITAR LA
RESTRICION DE LA LIBERTAD.

B) LA SUSPENSION DE OFICIO Y LA SUSPENSION A PETICION DE PARTE.

Dentro del procedimiento establecido para el juicio de garantías por la propia Ley de Amparo, se propone evitar al agraviado, los perjuicios que la ejecución del acto reclamado pudiera ocasionarle, de aquí que existan dos géneros de suspensiones: la que tiene por objeto impedir que el acto reclamado se consume irreparablemente, dejando sin materia el amparo, y la que se propone evitar perjuicios al agraviado; la primera es conocida en la ley con el nombre de suspensión de oficio; a la segunda se le llama suspensión ordinaria o suspensión a petición de parte.

La ley de Amparo en su artículo 122 previene que en los casos de la competencia de los jueces de distrito, es decir, tratándose de amparos indirectos, la suspensión podrá decretarse de oficio o a petición de la parte agraviada.

La primera de estas suspensiones, se encuentra determinada por el artículo 123 de la ley de Amparo, el cual establece los casos en los que es procedente:

"Artículo 123. Procede la suspensión de oficio:

I. Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal;

II. Cuando se trate de algún otro acto que, si llegare a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada.

La suspensión a que se refiere este artículo se decretará de plano en el mismo auto en que el juez

admíta la demanda, comunicándose sin demora a la autoridad responsable, para su inmediato cumplimiento, haciendo uso de la vía telegráfica, en los términos del párrafo tercero del artículo 23 de esta ley.

Los efectos de la suspensión de oficio únicamente consistirán en ordenar que cesen los actos que directamente pongan en peligro la vida, permitan la deportación o el destierro del quejoso o la ejecución de alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 Constitucional; y tratándose de los previstos en la fracción II de este artículo, serán los de ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden tomando el juez las medidas pertinentes para evitar la consumación de los actos reclamados."

La primera de estas fracciones, señala de manera específica los casos en que procede la suspensión de oficio, que además son los que refiere el propio artículo 22 de la Norma Suprema, tales como la pena de muerte; las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas (esto es, distintas de las establecidas por el Código Penal) o trascendentales (o sea, que se hagan extensivas a los familiares del procesado). Estos actos son los que ameritan la aplicación de la fracción I del artículo 123 transcrito, en los que partiendo del criterio de la gravedad de los actos reclamados.

Entre los casos que se mencionan los relativos al peligro de privación de la vida, son de naturaleza tal, que si llegan a consumarse, hacen físicamente imposible poner al quejoso en el goce de la garantía individual violada. De igual naturaleza son los relativos a la mutilación e infamia, la marca, los azotes,

los palos y el tormento, sin embargo, estos en caso de existir, en la actualidad no tienen fundamento ni motivación legal y por lo mismo sólo puede considerarseles como derivados de alguna conducta ilícita de las autoridades. Por lo que respecta a los actos derivados de la deportación, multas excesivas y confiscación, su naturaleza permite que aunque se consumen, se haga posible la reparación del agravio. La diferente naturaleza de estos actos lleva a pensar, que el propósito del legislador, al ordenar la suspensión de oficio tratándose de ellos, no fue sólo el de impedir su consumación, por ser irreparable, sino también el de evitar que puedan tener lugar ni por un solo momento, por la gravedad que revisten.

Dicho de otro modo, la procedencia de la suspensión de oficio en el juicio de amparo indirecto, depende de dos factores: "la naturaleza del acto reclamado", que implica gravedad en cuanto a los efectos de su aplicación para el agraviado, y "la necesidad de conservar la materia del amparo", con el fin de evitar el estado de imposibilidad en la restitución al quejoso en el goce de la garantía constitucional violada.

Como se acaba de mencionar, la fracción I señala los casos concretos en que la suspensión de oficio procede; y previendo el legislador que puedan existir otros, en que la ejecución del acto haga físicamente imposible reponer al quejoso en el uso y goce de la garantía individual violada, establece en la fracción II una

regla general para la procedencia de dicha suspensión, en la que entran los casos que el legislador no pudo prever en la fracción I.

La fracción II, contiene como criterio determinante para la procedencia de la suspensión de oficio el consistente en la necesidad imprescindible de evitar la consumación del acto reclamado para impedir que el juicio de amparo quede sin materia.

De acuerdo con esta disposición que se comenta, es la imposibilidad material o física de reparar la violación a la garantía individual en que incurra la autoridad responsable, el elemento que determina la procedencia oficiosa de la suspensión; en la cual no se encierra un criterio limitativo, sino por el contrario, se deja al arbitrio del juzgador el apreciar cuando se trata de actos cuya ejecución, de consumarse, haría imposible la restauración al agraviado del goce de la garantía individual infringida.

Con la determinación de que esta suspensión será decretada de plano en el mismo auto en que el juez admita la demanda, se deduce que en ésta no existe la suspensión provisional ni la definitiva. Pero cuando ocurra un hecho superveniente y mientras no se pronuncie sentencia ejecutoriada en el juicio de amparo correspondiente el juez de distrito podrá revocar o modificar el proveído en que la decretó o en el auto en el que la haya negado.

Ahora, corresponde el estudio de la suspensión ordinaria, la cual tiene como propósito evitar los perjuicios que pueda tener el agraviado con la inmediata ejecución del acto reclamado, y como esto le interesa principalmente a aquél, y como nadie mejor que él puede estimar hasta que punto le perjudica dicha ejecución, la ley supedita en cierto modo, la concesión de dicho beneficio, a la voluntad del interesado, haciendo de la solicitud una condición de procedencia. Razón por la que también se le conoce a dicha suspensión, en la práctica, con el nombre de suspensión a petición de parte.

La regulación de la suspensión ordinaria o a petición de parte la hace el artículo 124 de la ley de Amparo, señalando que es procedente en todos aquellos casos que no se encuentran previstos en el artículo 123 de la propia ley. Dicho artículo 124 establece pues, los requisitos de procedencia de la suspensión, los que están constituidos por aquellas condiciones que se deben reunir para que surja la obligación jurisdiccional de conceder la suspensión. Estas condiciones que pueden hacer posible la concesión de la suspensión, son de manera general, que los actos contra los cuales se haya solicitado la misma, sean actos ciertos; que la naturaleza de estos permita su paralización y; se satisfagan los requisitos previstos en el artículo 124, como son:

"Artículo 124. Fuera de los casos a que se refiere el artículo anterior, la suspensión se decretará cuando concurran los requisitos siguientes:

I. Que la solicite el agraviado;

II. Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.

Se considera, entre otros casos, que si se siguen esos perjuicios o se realizan esas contravenciones, cuando, de concederse la suspensión: se continúe el funcionamiento de centros de vicio, de lenocinios, la producción y el comercio de drogas enervantes; se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos, o el alza de precios con relación a artículos de primera necesidad o bien de consumo necesario; se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave, el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, o la campaña contra el alcoholismo y la venta de substancias que envenenen al individuo o degeneren la raza; o se permita el incumplimiento de las órdenes militares;

III. Que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto.

El juez de distrito, al conceder la suspensión procurará fijar la situación en que habrán de quedar las cosas, y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio."

Como se ha mencionado la suspensión opera cuando los actos que se reclaman son ciertos, por lo que si estos no existen, no existe materia sobre la que se pueda decretar aquella, por lo que procederá negarla. En segundo orden, la condición anterior no es suficiente, sino que es preciso que los actos además de ser ciertos, sea, conforme a su naturaleza, posible su paralización, es decir, que no estén consumados o que no sean negativos.

Las condiciones de procedencia de la suspensión a petición de parte se complementan con los requisitos previstos anteriormente, mediante los cuales, se precisa que

la solicitud del agraviado sea expresa, al formularse por el quejoso en su demanda de amparo o durante la tramitación del juicio. La necesidad de esta solicitud, se impone por la naturaleza misma de los actos reclamados, diferentes a los del artículo 123, en los que no existe la suficiente gravedad para que la suspensión se conceda de oficio, constituyendo la petición del agraviado, por su propio interés, la base del otorgamiento de la suspensión.

Otro requisito, señala como condición de procedencia que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público. La precisión de estos conceptos ha sido motivo de una gran diversidad de opiniones, particularmente por lo que hace a "normas de orden público", tanto en la práctica, como en la doctrina, en las que no solo los teóricos, sino también legisladores y juzgadores, se han visto impedidos para establecer un concepto sobre lo que es "orden público", que sea claro e invariable, ya que los juristas, al elucubrar acerca de dicho concepto, se concretan a darlo por supuesto y conocido; por lo que no siendo el propósito de este trabajo establecer una definición sobre esas bases, será mejor partir de las hipótesis que el propio legislador refiera como ejemplo para que el juzgador, en atención a ellas y a su intuición sobre dicho "orden", puede establecer los casos en los que también será negada la suspensión por contravención de normas de orden público.

Puede decirse, que el requisito básico para la procedencia de la suspensión, es que con ella no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público. Se entiende que su fundamento está en el principio según el cual el interés colectivo está por encima del individual; la ley atiende al interés del quejoso, para que no se ejecute el acto reclamado, pero cuando ese interés, está en conflicto con el de la sociedad o el Estado, lo sacrifica a aquél.

De tal manera, la base para estimar si hay perjuicio al interés social para que se conceda la suspensión, debe estar fundamentalmente en el estudio prejudicial que en el incidente relativo se haga sobre la violación reclamada, pues si de este estudio aparece que la violación existe, no habrá perjuicio al interés social, concediendo la suspensión, ya que el más alto interés de la sociedad y del Estado está en el respeto de las garantías individuales.

Existe una elasticidad en cuanto a la afectación del interés social; lo que para un juez afecta directamente al interés social, para otro no lo afectará sino indirectamente, y de este modo, el otorgamiento de la suspensión viene a quedar supeditado al criterio, más o menos exigente, del juez que decide.

La misma ley de Amparo, a través de la disposición que se comenta, ha querido evitar este inconveniente, al hacer una enumeración de casos de leyes, disposiciones y actos en que debe estimarse que se siguen perjuicios al interés social o que se contravienen disposiciones de orden público.

El objeto de esta enumeración, no es otro que el de dar una pauta al juzgador para normar su criterio; en este sentido parece limitar los casos en que debe estimarse que hay perjuicio al interés social o que hay contravención de disposiciones de orden público, ya que esos casos no podrán ser más que los enumerados y los que guardan semejanza con ellos. Sin embargo, tal interpretación no puede ser tan rigorista, pues por el contrario, la interpretación correcta debe ser que, en los casos enumerados, el juez carece de la facultad de juzgar sobre la procedencia de la suspensión, estando obligado a negarla, pero conservando tal facultad respecto de aquellos actos que no sean objeto de la enumeración.

Al lado de estos requisitos existe el de que la ejecución del acto reclamado cause al agraviado daños y perjuicios de difícil reparación.

Como punto cardinal se distingue el concepto de "difícil reparación" respecto de los propios daños y perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del

acto reclamado, concepto que al decir de diversos juristas, entraña vaguedad e imprecisión, y cuya definición no es susceptible de formularse abstractamente, sino a partir del caso concreto que se presente, y en ese sentido, resulta un concepto casi particular. En tal virtud, será necesario apoyarse en la apreciación que hace de este concepto el maestro Ignacio Burgoa "Sin embargo, podemos afirmar que un daño o un perjuicio que cause la ejecución del acto reclamado son difíciles de repararse, cuando se tienen que poner en juego varios, costosos e intrincados medios para obtener la restauración de la situación que prevalecía con anterioridad al desempeño de la actuación autoritaria impugnada."⁴⁸

De lo anterior resulta, que la dificultad en la reparación de los daños y perjuicios, debe estudiarse en consideración a las circunstancias que en cada caso concurran; la vaguedad de dicho concepto hace imposible fundar un criterio preciso que pudiera servir de norma para resolver las innumerables y complejas situaciones que en la practica se presentan. Hay circunstancias en las que la dificultad en la reparación de los daños y perjuicios no es fácil de apreciar, y es sólo el prudente arbitrio del juzgador, el que podrá decidir si la inmediata ejecución del acto reclamado es capaz de producir al quejoso aquellos daños.

48 *Idem*, p. 738

CAPITULO III.

LA SUSPENSION EN EL JUICIO DE AMPARO COMO MEDIO PARA EVITAR LA
RESTRICION DE LA LIBERTAD.

C) LA SUSPENSION EN EL JUICIO DE AMPARO TRATANDOSE DE DELITOS CON
PENALIDAD MAYOR DE CINCO AÑOS DEL TERMINO MEDIO ARITMETICO.

En principio, debe mencionarse que la suspensión provisional que se decreta respecto de los actos reclamados referidos a la libertad personal, cuando se solicita, por ejemplo, contra una orden de aprehensión dictada por la posible comisión de un delito cuya pena media aritmética excede de cinco años de prisión, implica la posible prohibición de la libertad del quejoso, según se infiere de los términos en que está redactada la parte relativa del artículo 130 de la ley de Amparo, como es:

"Artículo 130., si se tratare de la garantía de la libertad personal.

En este último caso la suspensión provisional surtirá los efectos de que el quejoso quede a disposición de la autoridad que la haya concedido,"

De aquí resulta que la concesión de dicha suspensión provisional al quejoso es potestativa o facultativa, para el juez de amparo; la misma concesión se convierte en obligatoria o imperativa cuando el acto reclamado afecta la libertad personal "fuera de procedimiento judicial", según se desprende del último párrafo del precepto citado:

"El juez de Distrito siempre concederá la suspensión provisional cuando se trate de la restricción de la libertad personal fuera de procedimiento judicial, ..."

En ese sentido también el artículo 136 en su parte inicial, confirma la posición de que tratándose de un procedimiento del orden penal corresponde al juez de Distrito tener al quejoso a su

disposición, al concederse la suspensión provisional, como uno de sus efectos, al decir:

"Artículo 136. Si el acto reclamado afecta la libertad personal, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso, quede a disposición del juez de distrito, únicamente en lo que se refiere a su libertad personal, ..."

Queda claro que uno de los efectos que derivan de la concesión de la suspensión provisional en el juicio de amparo tratándose de actos que afecten la libertad personal, es el hecho de que el quejoso indistintamente queda a disposición de la autoridad que la concede, y que de tratarse de actos originados en un procedimiento del orden penal, a disposición también de la autoridad responsable, con la finalidad de continuar con dicho procedimiento, lo que supone otro efecto más de la suspensión.

Este efecto, por cierto, viene a ser la excepción a la regla, pues en términos generales, la autoridad responsable en el juicio de amparo adquiere la obligación de no seguir actuando en el negocio o asunto del cual surge el acto que se impugna o de conservar la situación imperante hasta el momento en que se decreta la suspensión, obligación que subsiste mientras no se dicte resolución en el incidente de suspensión, en la cual el juez de Distrito conceda o niegue la definitiva. Lo que no sucede en los amparos promovidos contra actos de naturaleza penal, pues en ellos el relieve que adquiere el procedimiento penal como de carácter de orden público, constringe a continuar con la secuela del mismo.

Lo anterior queda entendido con la simple lectura en lo conducente del segundo párrafo del artículo 136 de la ley de Amparo, al hablar en forma específica de los casos de suspensión provisional cuando se trata de orden de aprehensión por la posible comisión de delitos sancionados con penalidad cuyo termino medio aritmético excede a los cinco años de prisión, en el que dice a la letra:

"Si la orden de aprehensión se refiere a delitos sancionados con pena cuyo término aritmético sea mayor de cinco años de prisión, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito en el lugar que éste señale, únicamente en lo que se refiere a su libertad personal, quedando a disposición de la autoridad que deba juzgarlo, para los efectos de la continuación del procedimiento penal."

Como puede observarse, en la parte final del párrafo transcrito se afirma que con la concesión de la suspensión el quejoso, además de quedar a disposición de la autoridad responsable, continuará sometido al procedimiento penal; situación que el mismo artículo ya refiere en su primer párrafo, y que ratifica en su párrafo segundo, de la forma siguiente:

"Artículo 136., quedando a disposición de la autoridad que deba juzgarlo, cuando el auto emane de un procedimiento del orden penal, por lo que hace a la continuación de éste."

Resulta concluyente, que en estos casos, al tratarse del amparo que impugna una orden de aprehensión decretada por la posible comisión de un delito cuya pena es mayor del termino medio aritmético de cinco años, la privación de la libertad es dable y la suspensión es meramente virtual, pues el quejoso

quedará privado de su libertad, pero por lo que hace a ésta, a disposición del juez de distrito; y en cuanto a la continuación del procedimiento penal a disposición de la autoridad que deba juzgarlo. Así sucede en la práctica, donde en los casos en que se concede la suspensión, se expresa literalmente que la paralización de los actos de privación de la libertad, sólo será para los casos en que los delitos atribuidos sean sancionados con una pena inferior al término medio aritmético de 5 años.

Con esas determinaciones, sólo se produce la denegación de los beneficios del juicio de amparo, pues se obliga al quejoso a materialmente alejarse del territorio en que se ha librado la orden de aprehensión, pues la ejecución de la orden es inminente, en ese sentido se restringe a mi juicio, indebidamente, los efectos suspensivos del juicio de amparo, pues el artículo 130 posibilita potestativamente al juez de distrito a tomar las medidas de aseguramiento que estime pertinentes, no siendo exigencia la material detención del quejoso.

Al hablar de la determinación que el juez de Distrito hace o puede hacer respecto de las medidas de aseguramiento al conceder la suspensión provisional en el juicio de amparo, no existe duda de que solamente podrá y deberá hacerlo a través de dicho incidente, en virtud del contenido del artículo 130 de la ley de amparo, ya citado; mismas, que pueden ser distintas de la privación de la libertad.

Lo que sucede, respecto de la obligación de continuar con el procedimiento penal, es muy claro. Al ser interpuesto un amparo contra actos judiciales, como lo es una orden de aprehensión decretada por la posible comisión de un delito al que le corresponde una sanción mayor al término medio aritmético de cinco años, la suspensión provisional, como ha quedado de manifiesto, produce el efecto de que el quejoso quede a disposición de la autoridad que la concede, pero únicamente en lo que respecta a su libertad personal, y por el otro lado, produce el efecto de que también queda aquel a disposición de la autoridad que deba juzgarlo, de lo que resulta, la posibilidad abierta para que la orden sea ejecutada, produciéndose en ese supuesto la consumación del acto reclamado, y por lo mismo, el sobreseimiento del amparo, por cambio de situación jurídica del quejoso y por la pérdida de materia para tal.

A mayor abundamiento, me permito citar la siguiente tesis, que en lo conducente confirma lo anteriormente expuesto:

"ORDEN DE APREHENSION, CUANDO ES IMPROCEDENTE EL AMPARO CONTRA LA. La Suprema Corte de Justicia ha sustentado el criterio de que la formal prisión de un acusado determina un cambio en su situación jurídica, desde el momento que deja de tener el carácter de detenido para asumir la condición de procesado sujeto a formal encarcelamiento, por tanto, el hecho de que el acusado

haya apelado del proveído que lo declaro bien preso, en modo alguno puede significar que subsista su condición de detenido, ya que ese recurso ordinario solo podrá tener como resultado el que se revoque la formal prisión, quedando en libertad absoluta o que se confirme su prisión preventiva, y en ninguno de los dos supuestos, se advierte la persistencia de su condición de detenido, por lo que el amparo es improcedente en tal

caso y debe sobreserse con apoyo en los artículos 73, fracción X, y 74, fracciones III y IV, de la ley de Amparo." 49

Se desprende de esta tesis, que en el caso de la continuación del procedimiento, desde el momento mismo en que el quejoso se presenta ante la responsable, en cumplimiento con lo ordenado por el Juez de Distrito al concederle la suspensión, y al rendir su declaración preparatoria, hace variar su situación jurídica, cuanto más al dictarsele el auto de bien preso, pues se convierte en sujeto del proceso; todo lo cual implica tácitamente el cumplimiento de la orden de aprehensión, cuya finalidad es la de presentarlo ante la autoridad judicial para ser juzgado, y consecuentemente, se origina la improcedencia del juicio de amparo contra dicha orden.

Lo anterior, solo podría evitarse si al conceder la suspensión provisional se precisa por parte de la autoridad que la concede, en forma expresa y términos claros, que aun tratándose de la posible comisión de delitos sancionados con penalidad mayor a cinco años del término medio aritmético, pueda paralizarse la ejecución de la privación de la libertad, con el fin de cumplir con la revisión de la legalidad y constitucionalidad del acto reclamado, manteniendo desde luego viva la materia del amparo para ese efecto.

49 Tomo LXXVI. A. Sevilla Felicitas. Pág. 558. 7 de abril de 1943. Unanimidad de cuatro votos.

CAPITULO III

LA SUSPENSION EN EL JUICIO DE AMPARO COMO MEDIO PARA EVITAR LA
RESTRICION DE LA LIBERTAD.

D) LAS FORMAS DE ASEGURAR AL QUEJOSO TRATANDOSE DE DELITOS CON
PENALIDAD MAYOR DE CINCO AÑOS DEL TERMINO MEDIO ARITMETICO Y LA
COMPATIBILIDAD CON LAS REFORMAS PENALES CON LA CONSECUENTE
GARANTIA.

Las medidas de aseguramiento constituyen actos procesales que permiten al juez de amparo garantizar que el quejoso podrá ser devuelto a la autoridad judicial para que lo juzgue en el proceso penal, que operan en el caso en que se niegue el amparo y protección de la justicia federal al quejoso. La naturaleza jurídica de éstas, es diferente a la de la caución de la libertad provisional; la complementan, pero no podrán aumentar el monto de la caución fijada con su imposición.

Si se señala caución para obtener la libertad provisional, no podrá establecerse medida de seguridad económica, sino que deberá ser de otra índole.

Las bases para determinar las medidas de aseguramiento, sin duda alguna, están referidas por los preceptos normativos numerados como los artículos 130 y 136 de la ley de Amparo, en tratándose de la posible comisión de delitos cuya penalidad excede del término medio aritmético de cinco años; razón por la que el presente análisis partirá del estudio de tales disposiciones.

El artículo 130, distingue en sus párrafos primero y segundo, los actos restrictivos de la libertad aun no ejecutados y los ya ejecutados; en la parte final del primer párrafo se refiere a los primeros, al establecer que para ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guardan, esto es, sin ejecutarse la orden de aprehensión, el juez dicte las medidas de

aseguramiento que fueren procedentes, y en el segundo párrafo habla de que el quejoso quede a disposición de la autoridad que haya concedido la suspensión, bajo la responsabilidad de la autoridad ejecutora y sin perjuicio de la concesión de la libertad caucional.

Mientras que en el primer párrafo se habla de medidas de aseguramiento, en el segundo se habla de autoridad ejecutora y de la posibilidad de que se conceda la libertad caucional, por lo que resulta evidente la distinción arriba referida. Así de evidente es que la suspensión, tratándose de libertad no restringida, no produce el solo efecto de que el quejoso quede a disposición del juez que conoce del amparo.

En el sentido del primer párrafo del artículo anteriormente comentado, puede comprenderse como otro efecto de la suspensión provisional, y mejor aún, como otra medida de aseguramiento, al hablar de la orden para que se mantengan las cosas en el estado que guardan debe entenderse como una garantía de la disponibilidad que se reserva el juez sobre la persona del quejoso, lo cual ocurre de manera simultánea al conceder la suspensión.

En relación al artículo 136 de la Ley de Amparo, en sus párrafos segundo y cuarto se distingue entre órdenes de aprehensión y detenciones, sujetando ambas situaciones a regímenes distintos: tratándose de las primeras, establece que

la suspensión deberá concederse mediante las medidas de aseguramiento que se consideren necesarias, a efecto de que el quejoso pueda ser devuelto a la autoridad responsable en caso de que se le niegue el amparo, y tratándose de detenciones, faculta al juez del amparo para conceder al detenido su libertad caucional. Las medidas de aseguramiento se explican si el quejoso va a seguir gozando de su libertad, esto es, si la suspensión produce el efecto de que no se ejecute la orden de aprehensión; en cambio, si el quejoso está detenido, no tienen caso las medidas de aseguramiento, y lo único que puede hacer el juez del amparo es ponerlo, si procede, en libertad caucional.

Es de advertirse que tanto el párrafo cuarto como el segundo, en su última parte, se refieren a detenciones u órdenes de aprehensión procedentes de autoridad judicial: el cuarto lo dice expresamente, y el segundo, aunque no lo dice, así debe entenderse, porque tratándose de autoridades no judiciales, el régimen de la suspensión está sujeta a normas especiales.

Por otro lado, el párrafo segundo del artículo 136 de la ley reglamentaria del juicio constitucional, dispone que:

"Si se concediere la suspensión en los casos de órdenes de aprehensión, el juez de Distrito dictará las medidas que estime necesarias para el aseguramiento del quejoso, a efecto de que pueda ser devuelto a la autoridad responsable, si no se le concediere el amparo."

Como se dijo anteriormente este precepto se refiere a órdenes de aprehensión procedentes de autoridad judicial, porque

las que emanan de otra clase de autoridades, son materia de disposiciones especiales de la ley.

Las medidas de aseguramiento que debe tomar el juez quedan a su prudente arbitrio, pero tales medidas ni deben ser excesivas, con relación al caso, ni deben ser ilusorias, procediendo el recurso correspondiente cuando pequen de uno u otro defecto.

En este sentido, la ley de amparo es omisa en cuanto a la determinación específica de las medidas que deberá tomar para evitar que el quejoso se sustraiga a la acción de la justicia y para garantizar su comparecencia ante la autoridad responsable para la continuación del procedimiento penal, en tratándose de delitos sancionados con pena mayor al término medio aritmético de cinco años de prisión. Por lo que, es facultad discrecional del juez de Distrito, el determinar las medidas de aseguramiento que juzgue convenientes, procedentes y necesarias para mantener viva la materia del amparo, y cumplir con la finalidad del mismo, tal es la ventilación del estudio de la legalidad y constitucionalidad del acto reclamado, consistente en este caso, en la orden de aprehensión en tratándose de delitos cuya penalidad excede del término medio aritmético de los cinco años de prisión.

A mayor abundamiento, me permito citar la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia:

"ORDEN DE APREHENSION, MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN LA SUSPENSION CONTRA LA. El artículo 61 de la ley de amparo impone a los jueces de Distrito la obligación de entregar o devolver al quejoso que reclama una orden de aprehensión dictada en su contra, en caso de que no obtenga la protección constitucional, a la autoridad que deba juzgarlo, y esa obligación lleva consigo el derecho de poder dictar las medidas de aseguramiento que los propios jueces estimen pertinentes para cumplir con ella, entre otras, fijar el monto de la caución. Nota: el artículo citado, corresponde al 136 de la ley de amparo de 1936."⁵⁰

Tales determinaciones y las propias del artículo 130 posibilitan potestativamente al juez de distrito a tomar las medidas de aseguramiento que estime pertinentes, no siendo exigencia la material detención del quejoso.

Dentro de estas alternativas que se le conceden al arbitrio del juzgador, estarían en su caso la determinación de arraigo, la fijación de una fianza suficiente que garantice la reparación del daño en aquellos delitos patrimoniales o en los que proceda la indemnización en favor de la víctima u ofendida del delito.

Dichas medidas de aseguramiento también pueden consistir en una caución, en forma de fianza o depósito, pudiendo ser la caución de cualquier cuantía, en tanto que no resulte excesiva o ilusoria, según las condiciones personales del interesado; pueden consistir también en la vigilancia de la policía, en imponer al quejoso la obligación de presentarse diariamente o en

50 5 a. *Epoca*, Tomo XLI, Parra Conrado. pág. 1882, 7 de julio de 1934.

determinados días de la semana, etc. Pero lo que no es admisible es que como medida de aseguramiento se le ponga en prisión. Esto, no solo desnaturaliza los fines de la suspensión, sino los del mismo amparo. De ahí, que para llegar a este extremo de protección de la libertad personal del quejoso al través de la suspensión provisional en el juicio de amparo es menester una determinación expresa por parte del juez de distrito a especificar cuales son las medidas de aseguramiento que tomará para evitar la sustracción de la acción de la justicia, medidas que deben ser expresas, y en las que se establezca que aun en los supuestos de delitos imputados con penalidad superior a la media aritmética de 5 años no se procederá a la privación de la libertad del quejoso.

Es inconcuso que en la suspensión provisional debe establecerse fehacientemente tal mandato, a virtud de la redacción y contenido del artículo 130 de la Ley de Amparo.

De tal manera, teniendo la suspensión provisional la eficacia antes descrita indudablemente se protegería la materia del amparo y se revisaría la legalidad y constitucionalidad de la orden de aprehensión; proceder en sentido contrario, implica que normalmente se decrete el sobreseimiento de los juicios de amparo al quedar sin materia, por la ejecución material del acto reclamado.

A mi juicio el criterio que sustenta que el procedimiento penal debe continuar, fundándose en que la naturaleza del mismo es de orden público, restringe el derecho de defensa a través de este medio extraordinario de impugnación que es el juicio de amparo y desvirtúa la naturaleza jurídica de la suspensión que consiste en conservar la materia del amparo hasta en tanto se determine la legalidad o ilegalidad del acto reclamado.

Regresando al aspecto de la facultad discrecional con que cuenta el juez de distrito, en cuanto a la determinación de las medidas de aseguramiento, ha quedado establecido en este punto, que en lo que se refiere a la ley de amparo, existe una clara omisión con respecto a las formas en que puede efectuarse tal aseguramiento del quejoso; sin embargo, existe señalamiento expreso en las disposiciones normativas contenidas en los artículos 130 y 136 de la ley de amparo, ya comentados, dejando al libre arbitrio del juzgador la determinación de las medidas de aseguramiento que estime necesarias, procedentes y suficientes para encontrarse con la posibilidad de cumplir con la devolución del quejoso, en caso de no otorgarse la suspensión definitiva o de negarse la protección de la justicia federal. Por otra parte, si el juez de distrito, tratándose de los casos de amparo en cuando el quejoso ha sido detenido, puede otorgar el beneficio de la libertad provisional bajo caución conforme a las leyes federales o locales aplicables al caso, siempre que esta proceda; de igual forma, esta autoridad federal, puede en uso de sus facultades, que tratándose de las medidas de aseguramiento son de

carácter discrecional, determinar las mismas garantías que puede exigir para el caso de la libertad provisional bajo caución, inclusive y en ese sentido, el juez de distrito al conceder la suspensión provisional, en los casos que comentamos respecto del amparo contra orden de aprehensión, puede señalar como medida de aseguramiento del quejoso, en atención a las reformas de la ley procesal penal, el depósito en efectivo, mediante su exhibición en parcialidades, siempre que el quejoso no tenga recursos económicos suficientes, o bien, consistir en hipoteca o prenda. Debe entenderse, que si el juez de distrito puede establecer con precisión las medidas que a su parecer garantizan debidamente el aseguramiento del quejoso, puede desde luego, hacer esa facultad extensiva a las medidas, que también le permiten decretar la libertad provisional del quejoso, cuando este se encuentra detenido.

En referencia a la compatibilidad con las reformas penales con la consecuente garantía para el aseguramiento del quejoso, es necesario considerar que en cuanto al sistema penal se refiere, éste se orienta en la actualidad, a conceder o posibilitar al reo o inculpado, de mejores condiciones para que sin reclusión pueda resolverse sobre su responsabilidad penal, aun tratándose de la posible comisión de delitos sancionados con penalidad mayor del término medio aritmético de cinco años de prisión, en los casos que no sean la excepción y previa satisfacción de los requisitos que particularmente se precisan para estos; de esa manera, para el juicio de garantías, en materia penal, tratándose

de amparos que impugnen la legalidad de las órdenes de aprehensión, deben también orientarse conforme al sistema penal actual, a la suspensión de la privación de la libertad, hasta en tanto se defina por suspensión definitiva, primero, y después por la resolución definitiva, si es de concederse el amparo y protección de la justicia de la unión, al quejoso y mientras se determina la legalidad y constitucionalidad del acto reclamado, situación equiparable al momento de la determinación de la responsabilidad del inculpado, dentro del procedimiento ordinario; lo anterior, con el mismo efecto de que el quejoso, pueda encontrarse en una situación preferente, de mejores condiciones desde luego, que la reclusión, mientras se estudia la legalidad de la orden de aprehensión, aun tratándose de delitos cuya pena exceda del término medio aritmético de cinco años de prisión.

CAPITULO IV

LA LIBERTAD POSTERIOR AL DICTADO DE LA SENTENCIA

A) LA LIBERTAD CONDICIONAL.

En atención a que en el presente capítulo trataremos acerca de la libertad después del dictado de la sentencia, comenzaré diciendo que el fin esencial del proceso es la sentencia, porque en ella convergen y se deciden todas las cuestiones que constituyen su objeto. La sentencia es un acto intelectual por medio del cual el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales competentes, declara la tutela jurídica que otorga el derecho violado y aplica la sanción que corresponde al caso concreto. En dicha sentencia, el tribunal declara en la forma y términos que las leyes establecen, si el hecho atribuido a determinada persona reviste los caracteres del delito y decreta la imposición de las sanciones o de las medidas de seguridad que procedan.

Desde el punto de vista de su clasificación, las sentencias se dividen en condenatorias y absolutorias, interlocutorias y definitivas. Sentencia interlocutoria es aquella que pronuncia el tribunal en el curso de un proceso, para decidir cualquier cuestión de carácter incidental. La sentencia definitiva resuelve integralmente las cuestiones principal y accesoria, condenando o absolviendo al acusado. La condenación del acusado es procedente, cuando la existencia del delito y la responsabilidad penal del agente se encuentran plenamente comprobadas. Y es en este supuesto que se origina la figura de la libertad condicional, como el mecanismo bajo el cual puede el procesado ya condenado, alcanzar el beneficio de la libertad de manera posterior al dictado de la sentencia.

Desde la vigencia de la legislación de 1929, se reconoció en nuestro derecho la institución de la condena condicional, que consiste en remitir la ejecución de las sanciones decretadas en la sentencia definitiva, siempre que el beneficiado haya sido condenado a sufrir una sanción corporal que no exceda de cuatro años y que aparezca comprobado que sea la primera vez que delinque de manera intencional, que hasta entonces haya observado buena conducta, que tenga modo honesto de vida, que por sus antecedentes personales se pueda presumir que no volverá a delinquir y que otorgue fianza a satisfacción del tribunal que dicta la sentencia, de que se presentará ante la autoridad si fuese requerido para ello, y de que reparará el daño que hubiera causado.

La suspensión en la ejecución de las sanciones puede decretarse por el tribunal al pronunciar el fallo, a petición de parte o de oficio.

La regulación de dicha institución, la hace el código penal para el Distrito Federal a través del título cuarto, capítulo IV, en el que se señalan las condiciones que deben concurrir para su otorgamiento, como son:

"Artículo 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.
- 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;
- 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; y
- e) 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.

Como se dijo anteriormente el capítulo cuarto del título cuarto del código penal reglamenta la figura de la libertad condenatoria, misma que se actualiza una vez que se satisface el presupuesto de que la persona privada de su libertad tenga la calidad de condenado y en otras palabras el presupuesto de esta figura jurídica es la tramitación y conclusión del proceso penal, mediante el dictado de una sentencia definitiva en la que se imponga una sanción corporal; tratándose de delitos intencionales es menester que el reo hubiere delinquirido por vez primera y en el caso de los delitos imprudenciales, ante la omisión de la ley, debe entenderse que se puede obtener dicho beneficio, aun y cuando se haya cometido con anterioridad delito imprudencial.

Dentro de los requisitos establecidos para la obtención de la libertad condicional merece especial consideración el relativo a la satisfacción del daño causado o en su caso a la

caución que deba otorgarse para satisfacerla, tratándose de delitos cometidos por servidores públicos. En estos casos, la reparación del daño comprende la restitución de la cosa o de su valor, y además, hasta dos tantos el valor de la misma o de los bienes obtenidos por el delito. La referencia que hace el código penal de estos delitos, mas bien corresponde a los requisitos que para disfrutar del beneficio de la libertad condicional hace el artículo mencionado en su fracción II, diferentes a las condiciones anteriormente descritas. Los requisitos que deberá satisfacer el sentenciado son los siguientes:

- a) Otorgar la garantía o sujetarse a las medidas que se le fijan, 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 u ocupación lícitos;
- d) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica; y
- e) Reparar el daño causado.

Es indudable que tanto el requisito de la garantía, como el de la reparación del daño, implican un obstáculo que inevitablemente restringe la posibilidad de obtener la libertad condicional para los sentenciados que no cuentan con recursos económicos suficientes, mientras que para los que si tienen recursos monetarios, cubren satisfactoriamente y en forma

sencilla con estos requisitos, alcanzando la posibilidad de allegarse a dicho beneficio. También, es incuestionable, el derecho que le corresponde al ofendido del delito, para que se le resarza con el pago de los daños y perjuicios sufridos, aunque respecto de este último, no se mencione nada; sin embargo, por provenir tal determinación, como parte de la pena impuesta en la sentencia, su justificación se encuentra precisamente en el derecho de la víctima a obtener el resarcimiento por los daños que le fueron causados, sin que ello haga nugatorio el beneficio de la condena condicional.

A mayor abundamiento, me permito citar la siguiente tesis relacionada:

"REPARACION DEL DAÑO, LA DETERMINACION DE LA, NO DEPENDE DE SU RELACION CON LA CONDENA CONDICIONAL. No existe disposición legal que establezca que la determinación de la reparación del daño deba hacerse en relación con el beneficio de la condena condicional, pues no es verdad que la circunstancia de que la cantidad a la que se condene a pagar el reo como reparación del daño haga nugatorio el beneficio de la condena condicional, porque tal condena forma parte de la pena impuesta, sin perjuicio de que se garantice el pago de la reparación del daño para obtener la libertad condicional concedida."⁵¹

En este caso, la suspensión de la ejecución abarca específicamente tanto a la pena de prisión como a la multa; en cuanto a las sanciones que convergen con ellas, compete al

⁵¹ Séptima Época, 2a. parte, vol. 36, pág. 23, A.D. 3418/71. Carlos Pérez González. 5 votos.

juzgador, con facultades discrecionales, resolver atendiendo las circunstancias del caso.

Por último, si al dictarse la sentencia, por inadvertencia del reo o del tribunal, no se otorga el beneficio de la condena condicional, cuando el sentenciado reúna las condiciones antes referidas y se encuentre en posibilidad de cumplir con los requisitos mencionados, podrá solicitar en vía incidental se le conceda su libertad condicional. Para el caso de que una vez concedida dicha libertad, el reo incumpla con alguna de las medidas que le fueron fijadas, el juez estará facultado para hacer efectiva la sanción suspendida o en su caso amonestarlo.

Al parecer, el incidente relativo a la obtención de la condena condicional, se funda en el argumento de que las penas privativas de libertad de plazos cortos y para delincuentes primerizos, son del todo ineficaces para lograr la corrección de un sujeto, que por haber cometido tan solo un evento delictivo, de poca importancia, no acusa proclividad al crimen y, por ende, una vigorosa inadaptación social. En este orden de ideas se arguye que dada la autentica realidad de nuestras cárceles y reclusorios, verdaderas escuelas del crimen, es más fácil lograr la corrección del infractor dentro de su ambiente social, desempeñando una profesión, arte, oficio u ocupación lícita y sujeto al cuidado y vigilancia de una autoridad; teniendo presentes los resultados conocidos de las penas privativas de libertad por corto tiempo, para evitar degradar y corromper a

los sujetos, es preferible su subrogación con la amenaza de aplicarlas agravadas en caso de reiteración del delito. En ese sentido, la condena condicional es un substitutivo penal de las penas cortas de prisión y sus accesorias, para delincuentes primarios que, a juicio del juzgador, no representan mayor peligro de reincidencia.

En síntesis, el incidente par obtener la condena condicional, se promueve ante el juez de la causa y es procedente, después de haberse dictado la sentencia definitiva, cuando por inadvertencia del reo o de los tribunales, quedaron sin probarse las condiciones fijadas en la ley para el otorgamiento de tal beneficio, existiendo posibilidad en el inculpado, de demostrarlas rindiendo las pruebas necesarias.

CAPITULO IV

LA LIBERTAD POSTERIOR AL DICTADO DE LA SENTENCIA

B) LA LIBERTAD CONMUTATIVA - ALTERNATIVA.

La determinación de los casos en que procede conceder por conmutación la libertad al inculpado, inicia con la consideración de las reglas generales que para la aplicación de sanciones previene el código penal en el capítulo I, correspondiente al título tercero, en cuanto a lo dispuesto por los artículos 51 y 52. En estos se estima, que en los casos de penalidad alternativa, el juez podrá aplicar la sanción privativa de libertad, lo que deberá hacer motivadamente y cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial. Lo anterior implica, que en el común de los casos el interés debe ser el de aplicar penas o medidas no restrictivas de la libertad personal del inculpado.

El juez o tribunal, a los que corresponda la aplicación de las sanciones, tomarán en cuenta las circunstancias exteriores de comisión del delito, así como las circunstancias peculiares del delincuente. Además, deberán tener en consideración:

- a) La naturaleza del delito, los medios empleados en su comisión y la extensión del daño y el peligro corrido;
- b) La edad, cultura, costumbres y condiciones económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron a delinquir; y
- c) Las condiciones que permitan establecer el grado de peligrosidad del sujeto, así como los vínculos que existan con la persona ofendida;

De manera particular, es el capítulo VI, en el mismo título que estudiamos en el que se establece la regulación de la sustitución y conmutación de sanciones. El artículo 70 previene la posibilidad de obtener la conmutación de la prisión por la libertad en las condiciones que abajo se indica:

"Artículo 70.- La prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto por los artículos 51 y 52 en los términos siguientes:

I.- Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cinco años;

II.- Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de cuatro años o,

III.- Por multa, si la prisión no excede de tres años.

Para efectos de la sustitución se requerirá que el reo satisfaga los requisitos señalados en la fracción I incisos b y c del artículo 90."

En lo que respecta a la primera fracción de este artículo, resulta evidente que se refiere a una libertad restringida por la condición de prestar una determinada actividad social o someterse a semilibertad, medida que subsistirá durante todo el tiempo al que se le hubiere sancionado con prisión. La fracción segunda preve la libertad en condiciones similares a la figura de la libertad condicional. En cuanto a la conmutación de la prisión por multa, comprendida en la fracción III, se estima a esta como la posibilidad de obtener la libertad en términos absolutos, pues es de naturaleza incondicional.

Para que proceda alguno de estos tres supuestos de sustitución, el sujeto debe reunir la condición de ser la primera vez que incurre en delito intencional, además de evidenciar buena conducta antes y después del hecho punible; y que por sus características personales y las del delito, y por su modo honesto de vivir, exista la presunción de que no volverá a delinquir.

Como lo señala el propio artículo 70, la concesión de la libertad de la manera que se propone, es un beneficio que al igual que en la figura de la condena condicional, proviene de la voluntad del juzgador, pues su determinación depende del juicio y discrecionalidad del mismo. En ese sentido, se encuentra el criterio de nuestro máximo Tribunal, al considerar que la sustitución de la pena de prisión por la libertad o semilibertad, no constituyen un derecho establecido por la ley en favor del sentenciado, sino un beneficio, la negativa para concederlo no puede trascender a una violación de la ley que amerite la concesión del amparo, por no afectarse derecho alguno del inculpado.

En la practica es concluyente el hecho de que la negativa en la concesión de tal beneficio no importe la interposición del juicio de amparo, pues deriva de una facultad optativa que tiene el juzgador al momento de dictar sentencia.

CAPITULO IV

LA LIBERTAD POSTERIOR AL DICTADO DE LA SENTENCIA

C) LA LIBERTAD PREPARATORIA.

El capítulo tercero del título cuarto del código penal reglamenta la figura de la libertad preparatoria, misma que se actualiza una vez que se satisface el presupuesto de que la persona privada de su libertad tenga la calidad de condenado y en otras palabras el presupuesto de esta figura jurídica es la tramitación y conclusión del proceso penal, mediante el dictado de una sentencia definitiva en la que se imponga una sanción corporal; tratándose de delitos intencionales es menester que el reo hubiere cumplido al menos tres quintas partes de su condena y en el caso de los delitos imprudenciales cuando se haya purgado al menos la mitad de la misma.

El solicitante debe justificar los siguientes requisitos a que se refiere el artículo 84 del Código Penal para el Distrito Federal, para que la concesión de su libertad resulte suficientemente justificada:

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

I.- Que haya observado buena conducta durante la ejecución de la sentencia;

II.- Que del examen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir; y

III.- Que haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para dicho objeto, sino puede cubrirlo desde luego.

Dentro de los requisitos establecidos para la obtención de la libertad preparatoria merece especial consideración el relativo a la reparación del daño o en su caso a la garantía que deba otorgarse para asegurar el resarcimiento correspondiente.

Este requisito parece alejarse de la esencia de la tutela penal supuesto que el objetivo de ésta no es la solución económica de la conducta delictuosa sino con un más elevado propósito, el de suprimir el agravio social causado.

Es justamente la temporalidad una cuestión que disminuye la trascendencia del perjuicio social, ya que en la medida del transcurso del tiempo las consecuencias nocivas de los actos del delincuente son de menor impacto. Tal consideración se advierte con mayor claridad al analizar el instituto de la prescripción y al advertir que la esencia de éste, es justamente la pérdida del interés del estado de reprimir conductas realizadas en tiempos lejanos.

Por otra parte la restricción de la libertad preparatoria por este concepto indudablemente se refiere al interés legítimo del ofendido de resarcir su daño patrimonial, sin embargo esta situación (desvirtúa la esencia) se aleja de la naturaleza esencial de excarcelación por este mecanismo, ya que la compurgación de gran parte de la pena y de la readaptación social cumplen en si mismos con la exigencia de que el delincuente se encuentra en la condición de no volver a delinquir y darle la posibilidad de reintegrarse nuevamente a la sociedad.

En este tenor los derechos de la víctima no se ven menoscabados ya que la reparación del daño como figura jurídica dentro del proceso criminal se constriñe a una cuestión netamente civil e incidental, es decir ajena a la tutela penal de restricción a las conductas típicas, se refuerza el anterior argumento si estimamos que dentro de los procesos penales puede haber condena o no a la reparación del daño, y la víctima del delito no se encuentra supeditada a exigir el resarcimiento patrimonial dentro del ámbito penal, sino puede deducir sus derechos y las acciones que le competan de manera independiente en cualesquier tipo de procedimiento civil, pudiendo darse el caso de que exista condena a la indemnización en este tipo de juicios aún antes de que se produzca determinación acerca de la reparación del daño en el proceso criminal. De igual manera en los juicios civiles pueden determinarse medidas provisionales o precautorias acerca del aseguramiento o garantía del daño económico causado.

Aún más con la existencia de la condena a la reparación del daño en sentencia definitiva en los asuntos criminales, los ofendidos del delito pueden incluso en vía ejecutiva o civil demandar fácticamente la restitución del daño patrimonial con los beneficios que este procedimiento especial otorga, como es el embargo de los bienes del reo, sin que haya posibilidad de eludir su aseguramiento en el caso de que el reo tenga bienes.

Lo anterior con independencia de que en el proceso penal puede en vía incidental reclamarse, ejecutándose coactivamente dicha condena con las mismas bondades de asegurar bienes propiedad del demandado.

Resulta incongruente que establezca esta condicionante para el otorgamiento de la libertad preparatoria, si tomamos en cuenta que el sentenciado se ha pasado privado de su libertad durante un lapso considerable sin posibilidad de ser una persona económicamente activa, además si tomamos en cuenta que dentro del ámbito de libertad provisional, ampliada prácticamente en todos los delitos se obtiene la libertad una vez garantizado éste o reparado, por lo cual si el delincuente se mantuvo privado de su libertad, resulta obvio que la causa principal obedeció a su imposibilidad material de reparar o garantizar el daño, posibilidad que se verá reducida en virtud de su privación de libertad y a su escasa posibilidad de allegarse recursos propios para cumplir con estos requisitos.

El cuestionamiento entonces es, si este aspecto económico-civil es suficiente y eficiente para que el reo continúe privado de su libertad, sin posibilidad de reintegrarse socialmente y discutible o no, lo cierto es que tal hipótesis se adecúa al dispositivo constitucional 19, que establece que nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter civil, y en este caso la posibilidad de reparación del daño es un mecanismo de extensión de aprisionamiento de las personas.

Además la tendencia dentro del sistema judicial penal en México, es que se produzca la excarcelación de las personas respecto de los delitos que no generen un agravio trascendental y de peligro para la sociedad.

Por lo que resultaría inexplicable que una vez que la personalidad del condenado demuestre que éste se encuentra apto para reintegrarse a la sociedad, se vea impedida la misma por una cuestión meramente patrimonial económica.

De estas consideraciones podemos observar el rasgo inequitativo bajo el cual subsisten la condicionante de reparar o asegurar la reparación del daño dependiendo de la posibilidad económica del reo, con su visible contradicción con el espíritu de excarcelación. Aún más en un estudio somero de la prescripción de un delito, figura jurídica cuya naturaleza radica en la pérdida del interés del estado en la represión del delito por el simple transcurso del tiempo, denota un alto grado de inequidad en la aplicación de justicia, pues en el caso del reo que está sujeto a un proceso, que después de purgar su condena en la proporción en que se requiere para alcanzar su libertad preparatoria se auna la limitante económica, mientras que para el sujeto activo que logra eludir la acción de la justicia a diferencia, podrá con el transcurso del tiempo liberarse de la aplicación de la justicia, bajo las condiciones contrastantes de no estar sujeto a proceso, de que una vez que pueda incorporarse a

su lugar de origen no se encontrará obligado al resarcimiento del pago de daños como condicionante para seguir disfrutando de su libertad, y de que su reintegración a la sociedad no esté garantizada sobre la duda de si volverá o no a incurrir en delito, y que además puede delinquir, en cuyo caso es probable dado que la conducta ilícita desplegada nunca fue objeto de represión y de condena.

Una vez satisfechos los requisitos descritos, el último de los cuales es altamente discutible en cuanto a su motivación jurídica, la autoridad judicial podrá conceder la libertad siempre que se satisfagan las siguientes condiciones:

- La residencia en lugar determinado, con obligación de avisar los cambios de domicilio.
- Obligación de desempeñar arte, oficio o profesión que sean lícitos, para el evento de que no tuviere medios de subsistencia, otro rasgo inequitativo puesto que en la hipótesis contraria de que el reo cuente con medios suficientes para subsistir, no tendrá la necesidad de desempeñar ningún trabajo, lo cual lo pone en una situación de privilegio tan solo por ese hecho.
- Abstención del abuso de bebidas embriagantes o del empleo de estupefacientes o psicotrópicos.
- Sujetarse a las medidas de orientación que se le fijen. Así como a la sujeción de vigilancia de persona honrada.

Básicamente tales condicionantes se refieren a evitar la sustracción a la acción de la justicia y continuar con el proceso de reintegración al establecer mecanismos que permitan una vida útil y sana al delincuente.

Los supuestos de revocación de la libertad preparatoria, son en todo caso, el incumplimiento por el liberado, de las condiciones a las que se sujeta la concesión de ese beneficio, así como también, la comisión por éste, de delito intencional mediante sentencia que cause ejecutoria.

El procedimiento para la obtención de la libertad preparatoria impone la necesidad de que el reo, siempre que éste crea tener derecho a ella, ocurra a solicitarla ante la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, comprobando al mismo tiempo el haber cumplido con los requisitos que exigen los artículos 84 y siguientes del Código Penal.

A diferencia del beneficio de la libertad condicional, la libertad preparatoria, para el supuesto de ser negada por la autoridad judicial, se involucra la violación de las garantías individuales del reo.

En ese sentido se reproduce confirmando lo anterior, la siguiente tesis:

"LIBERTAD PREPARATORIA. Es violatoria de garantías la sentencia de un juez penal, que niegue la libertad preparatoria a un reo, porque esta institución tiene como fundamento no prolongar la sanción cuando ha transcurrido ya una parte considerable de ella y al propio tiempo, procurar la readaptación del encausado a su regeneración, lo que hace innecesario seguir segregando de la sociedad a uno de sus miembros, sin que la defensa social esté interesada en ello, regla general que no tiene otra excepción que la relativa a los reos a quienes se les hubiera revocado dicha libertad que con anterioridad disfrutaban, o a que se compruebe que se trata de un delincuente habitual."⁵²

Por último, debo agregar que las sanciones impuestas en la sentencia, tienen como finalidad primordial y directa conseguir la regeneración, enmienda y readaptación del reo, para que deje de constituir un peligro social, y es posible que estas se consigan antes de la extinción total de la pena, lo que puede determinarse por la satisfacción de los requisitos y sujeto a las condiciones previstas por el artículo 84 del Código Penal para el Distrito Federal, resultando inútil socialmente que el reo sufra el último tercio de la sanción corporal, siendo la libertad preparatoria la que llega a ese resultado, salvo por lo que se refiere al requisito de la reparación del daño, en cuanto se trate de reos con insolvencia económica evidente, a virtud de las consideraciones antes vertidas.

52 Quinta Epoca, pág. 9, tomo LXIX. 1o. de julio de 1941. Ruiz Ramón S., 4 votos.

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

1.- La indebida aplicación de las disposiciones normativas constitucionales y procesales que regulan la libertad y su posible restricción, implica la manifiesta conculcación a las garantías individuales y a los beneficios concedidos en favor de los gobernados.

2.- El artículo 20 constitucional en su fracción primera establece como derecho público subjetivo para todo gobernado sujeto a proceso, el beneficio de la libertad provisional bajo caución. Es indiscutible que esta garantía constitucional puede ser ampliada en beneficio del inculcado a virtud de disposiciones contenidas en las leyes reglamentarias. En este sentido, existe consenso en la doctrina, en cuanto a que las garantías individuales constituyen expresiones mínimas de derechos básicos, por lo que es válida su ampliación en leyes secundarias.

En este orden destacan las recientes reformas al artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1991, en las que se amplió como derecho procesal, distinto al beneficio constitucional, la posibilidad de obtener la libertad provisional bajo caución aun en los casos en que la pena privativa de la libertad aplicable al delito correspondiente rebasare el término medio aritmético de cinco años, siendo imperativo la satisfacción de los requisitos establecidos en el ordenamiento legal en cuestión.

Tales requisitos constituyen condiciones mínimas que deben satisfacerse para que el juzgador conceda la libertad provisional mediante resolución fundada y motivada, ello implica la necesidad de la apertura de un incidente en el proceso penal.

Los requisitos esenciales son: a) El que se garantice debidamente, a juicio del juez, la reparación del daño; b) Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social; c) Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia y; d) Que no se trate de personas que tengan el carácter de reincidentes o que por haber mostrado cierta habitualidad, se presuma que la libertad provisional que haya de concederse pueda constituir un mecanismo de evasión a la acción de la justicia.

Claramente se establece que la libertad provisional ampliada no se concederá, cuando el procesado se encuentre sometido al enjuiciamiento por determinados tipos de delitos, apareciendo aquí la calificación de graves, entre los que se pueden citar genéricamente, la Traición a la Patria, la Sedición, el Motín, el Homicidio, el Parricidio, el Infanticidio, el Robo cometido con violencia, etcétera.

3.- A partir de las reformas al Código de Procedimientos Penales, tanto para el Distrito Federal como en materia Federal, se aprecia una modificación al criterio jurídico, desde el punto

de vista del sistema de justicia mexicano, por lo que hace a la calificación de gravedad en determinados tipos de delitos, inclusive, tal distinción es motivo de inclusión a la reforma del citado artículo 20 constitucional en su fracción I, reformas que iniciaran su vigencia a partir de septiembre de 1994.

En la reforma constitucional indicada se suprime la exigencia de que la libertad provisional que haya de concederse de manera oficiosa (es decir, sin necesidad de tramitar incidente alguno), se restringe exclusivamente a delitos cuya penalidad media aritmética no exceda de cinco años, la modificación correspondiente atañe ya no a esta base para su cuantificación sino por el contrario el que las normas secundarias den la calificación de delito grave, en compatibilidad con las reformas procesales actualmente en vigor.

4.- Las motivaciones básicas para las reformas promovidas a los correspondientes códigos de procedimientos penales y la relativa a la reforma del artículo 20, fracción I, constitucional, pudiéramos encausarlas en tres vertientes fundamentales a saber: Primero, el de respetar en todo lo posible el principio de la presunción de inocencia y dar precisamente al encausado un trato de inocente presunto, de modo tal que este principio solo debe operar o ceder hasta que se pronuncie una sentencia condenatoria que haya causado ejecutoria; Segundo, evitar al máximo la privación preventiva durante el desarrollo de un proceso penal; Tercero, abatir el problema de la

sobrepoblación excesiva existente en los centros de reclusión del país, centros que por otra parte, no cumplen cabalmente el objetivo de readaptación social.

5.- Es inconcuso que las reformas a las leyes secundarias y la aun no vigente en materia constitucional, tienden a limitar en lo más posible la aplicación de la prisión preventiva, reservando ésta solo a los casos de delitos graves, como los que son señalados expresamente por el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales.

La incorporación de este instituto jurídico procesal en el Código adjetivo y que próximamente será incorporado a nuestra Carta Magna, constituye un avance importante en nuestra cultura jurídica que se presenta como una formula eficaz para limitar algunos de los efectos negativos de la prisión preventiva, como son los causados a los procesados que al concluir su enjuiciamiento no se les impone condena alguna, de tal suerte que se les obligue a cumplir una "pena" anticipada, sin que hubiere existido derecho para hacerlo por resultar inocentes de la acusación.

No hay duda que con estas reformas se pretende evitar que se haga nugatorio además, el principio de presunción de inocencia, tutelado por el artículo 14 constitucional y reconocido

formalmente en el tratado internacional suscrito por nuestro país, denominado "Convención Americana sobre Derechos Humanos" publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, en el que, en su artículo 8.2, literalmente dispone: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

6.- Las reformas procesales en comento confieren al juzgador amplias facultades para conceder dicho beneficio conforme a su arbitrio judicial. Es inconcuso que antes de la pretensión punitiva del Estado, se encuentra el derecho del procesado a no permanecer en prisión, si legalmente es posible disfrutar de la libertad, hasta en tanto no se declare, ejecutoriamente, su responsabilidad en el hecho delictuoso que se le atribuye, más aún, cuando dicho beneficio debe ser revocado con posterioridad, si aparecen elementos que demuestren, que esta concesión temporal no debió concederse.

Al través de las reformas procesales, la solicitud de la libertad provisional bajo caución puede realizarse en cualquier momento, a partir de que el inculcado quede a disposición del juez del proceso, de tal manera, que es menester la apertura de un incidente. Justamente de manera incidental debe resolverse tal petición, en la misma pieza de autos y sin que medie para su concesión, el agotamiento de algún acto procesal previo.

7.- El principio "in dubio pro reo" constituye una máxima de aplicación fáctica a la libertad caucional, ya que el beneficio de la duda puede actualizarse, no solo en tratándose de sentencia definitiva, sino en todas aquellas situaciones propias de la institución que pueden implicar un perjuicio grave para el acusado, tal cual es la relativa a la libertad caucional.

Previo otorgamiento de la libertad caucional, no se puede aceptar lo más perjudicial para el reo, porque aun por la eventualidad de la determinación el principio debe operar en todo aquello que le favorezca a la condición del procesado, es por tanto concluyente que la concesión de la libertad caucional, opera cuando existan transitoriamente circunstancias que para este fin favorezcan al inculgado.

8.- En mi opinión, el artículo 568 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal debió actualizarse en dos aspectos:

Primero, por lo que hace a la terminología utilizada (reforma necesaria desde antes de 1991); puesto que la libertad provisional, entendida como garantía individual, supone para su otorgamiento, que la penalidad máxima del delito sea la referida al término medio aritmético, y la fracción V subsistente, señala como causa de revocación, el que aparezca en la instrucción que la penalidad sea superior a cinco años de prisión, reduciendo con

ello dicho término, y su observancia lleva a una clara violación de la Constitución, además de hacer nugatorio el derecho a la libertad provisional.

Y segundo, la necesidad de establecer dos supuestos, para la revocación de la libertad provisional:

a) Uno, el que se refiere a la libertad concedida en la fase de garantía individual, cuyo límite se encuentra establecido por el término medio aritmético de cinco años, que en caso de rebasarlo, se atenderá al arbitrio del juzgador, y bajo la satisfacción de los requisitos legales. Cito como ejemplo, el homicidio imprudencial de una persona con motivo de transporte público, pero que al acaecer una segunda muerte, se coloca dentro del supuesto del artículo 60 del CP, y

b) Otro, el que se refiere a la libertad concedida en exceso del término medio aritmético de los cinco años (que es el caso de la libertad provisional ampliada, con naturaleza de beneficio procesal). Siempre que aparezca en la instrucción, que se trata de alguno de los delitos, a los que se refiere el tercer párrafo del artículo 556 del CPPDF. Como ejemplo, puedo citar al robo, cuando el monto exceda de quinientas veces el salario, la sanción será de cuatro a diez años de prisión, y apareciere que fue cometido con violencia.

9.- Resulta inconcuso que estas propuestas debieran ser tomadas en cuenta para la actualización del precepto en mérito, sin embargo, las recientes reformas al artículo 20, fracción I, publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el 3 de septiembre del año en curso, llevan a considerar, que por lo que se refiere a su entrada en vigor motivarían una nueva reforma al precepto mencionado, pues la revocación de la libertad bajo las reformas constitucionales, estaría determinada por la aparición de nuevos elementos dentro del proceso que impliquen que se trate de alguno de los supuestos de excepción que preve la misma ley procesal, en lo que se refiere a los delitos graves respecto de los que se prohíbe conceder la libertad provisional.

10.- El Juicio de Amparo, al través del instituto jurídico denominado la Suspensión, constituye un mecanismo para evitar la restricción de la libertad.

En este sentido, la procedencia del Amparo en contra de la orden de aprehensión, tiene un dual objetivo; el primero, el revisar la constitucionalidad y legalidad del mandato de captura, que implica accesoriamente al través de la suspensión, el proteger la materia del amparo y evitar la ejecución material de la aprehensión.

El artículo 136 de la Ley de Amparo establece los alcances de la suspensión provisional, cuando el acto reclamado se refiere a un delito cuya pena media aritmética excede de cinco

años. El numeral invocado establece que la suspensión provisional surtirá los efectos de que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito en el lugar que este señale, únicamente en lo que se refiere a su libertad personal, quedando a disposición de la autoridad que deba juzgarlo para los efectos de la continuación del procedimiento penal.

La aplicación de este supuesto de excepción ha conllevado en la práctica a que la suspensión provisional que se decrete en el juicio de amparo no impida la material privación de la libertad del quejoso, esto es, que la ejecución de la orden de aprehensión es dable, convirtiéndose en meramente virtuales los alcances de la suspensión, pues el quejoso quedará privado de su libertad.

Es criterio de determinados juzgadores, el establecer expresamente, en las resoluciones relativas a la suspensión provisional en el juicio de amparo, que la paralización de los actos de aprehensión, solo se referirán a aquellos casos en que los delitos atribuidos tengan una penalidad inferior al término medio aritmético de cinco años.

11.- Los criterios de aplicación de la ley de Amparo antes referidos, constituyen determinaciones que implican la denegación de los beneficios del juicio de amparo y de su instituto accesorio que es la suspensión, pues no se impide la consumación del acto reclamado, por otra parte, imposibilita la revisión de

la constitucionalidad de la orden de aprehensión, situaciones que conllevan necesariamente a sobreeser en la mayoría de los casos los juicios de amparo, pues, al ejecutarse la detención, cambia la situación jurídica del quejoso, ya sea al dictarsele el auto de libertad o el auto de formal prisión, imposibilitando por ende, el análisis de la orden de captura.

En tal virtud, para que pueda decidirse de fondo el amparo en contra de una orden de aprehensión, se obliga al quejoso a materialmente alejarse del territorio en que se ha librado la misma, pues de otra manera la aprehensión es inminente y ejecutándose esta, no es factible que el juzgador de amparo resuelva la protección y amparo de la justicia federal, es indudable que tal aplicación de la ley restringe los efectos suspensivos del juicio de amparo, pues el dispositivo en comento posibilita al juez de Distrito a tomar las medidas de aseguramiento del quejoso que estime pertinentes, no siendo exigencia la material detención del quejoso, la norma en cuestión posibilita al juez de Distrito a determinar el lugar en que deba quedar a su disposición el demandante de garantías, es aquí, donde las facultades de apreciación y el arbitrio judicial deben ejercerse, en este supuesto, la determinación de arraigo o el señalamiento de domicilio concreto, sin que necesariamente implique el ingreso a un reclusorio preventivo, son además de la fijación de garantías suficientes para la reparación del daño, en aquellos casos en que las órdenes de aprehensión se refieran a

delitos patrimoniales o en los que proceda la indemnización en favor de la víctima u ofendido del delito, inclusive, puede establecerse la fijación de una garantía exclusivamente por lo que se hace a que el quejoso no evada la acción de la justicia para el evento de que se determine la legalidad de la orden de aprehensión.

12.- Para que la suspensión provisional en el juicio de amparo, tenga la cabal eficacia y cumpla con su "ratio legis", es menester que en la resolución correspondiente se establezca expresamente por parte del juez de Distrito la especificación de las medidas de aseguramiento que haya de tomar para evitar la sustracción de la acción de la justicia, medidas que deben ser específicas y en las que se establezca que aún en los supuestos de delitos imputados con penalidad superior a la media aritmética de cinco años, no se procederá a la privación de la libertad del quejoso.

Lo anterior es necesario, a virtud de la redacción y contenido de las diversas normas reguladoras del instituto de la suspensión, en particular lo referente al artículo 136, tales alcances suspensivos tendrían por consecuencia, la efectiva protección de la materia del amparo, pues se revisaría de fondo su legalidad y constitucionalidad, proceder en sentido contrario conlleva de manera indefectible a sobreeser los juicios de amparo al quedar estos sin materia por la ejecución material de la orden

de aprehensión o en su caso, a obligar al quejoso a retirarse del territorio en que pueda probablemente ser aprehendido.

13.- Otra cuestión de notable trascendencia relacionada con los alcances suspensivos del juicio de amparo referentes a actos privativos de libertad, atañe, por los alcances de manutención del estado de cosas, a virtud de la suspensión provisional.

En este caso, ha existido una dual aplicación la que ha predominado, el criterio que menoscaba las posibilidades de defensa al través de este medio extraordinario de impugnación, en efecto, tratándose de órdenes de aprehensión, no importando cual sea la naturaleza del delito, se ha evitado que la suspensión paralice el estado de cosas hasta la definición del fondo del juicio de amparo, en ese sentido se invoca, que el procedimiento penal no puede paralizarse o suspenderse de forma alguna, ya que se trata de una cuestión de orden público, y por lo tanto, la suspensión no puede evitar que el quejoso sea materialmente puesto a disposición de la autoridad judicial y rinda su declaración preparatoria, hecho lo cual, obviamente implica la modificación del status jurídico del quejoso, ya que la orden de aprehensión virtualmente se considerará ejecutada y al modificarse su situación jurídica, la revisión del mandato de captura habrá quedado sin materia y habrá de decretarse el sobreseimiento del juicio de amparo sin haberse pronunciado resolución alguna que determine su legalidad o ilegalidad.

En este orden, el artículo 138 de la Ley de Amparo establece que la suspensión debe concederse en forma tal que no impida la continuación del procedimiento que haya motivado el acto reclamado.

En otras palabras, la suspensión relativa a una orden de aprehensión puede en determinados casos impedir la detención material del sujeto, pero no resulta óbice para someter al quejoso al procedimiento penal, entendiéndose de que el amparista a pesar de contar con la suspensión provisional estaría obligado a rendir su declaración preparatoria y sujetarse al proceso penal.

14.- El criterio en cuestión, a mi juicio, restringe la defensa tutelar de las garantías individuales de legalidad y seguridad jurídica del juicio de amparo, ya que este medio extraordinario quedaría desvirtuado, en particular, la naturaleza jurídica de la suspensión, pues no tendría ésta el alcance de conservar la materia del amparo hasta la determinación de la constitucionalidad del acto reclamado.

Al aplicarse tal criterio, se llega a la conclusión de que todos los juicios de amparo promovidos en contra de una orden de aprehensión, son irremediablemente materia de sobreseimiento por el cambio de situación jurídica del quejoso, en términos del artículo 73, fracción X, de la Ley de Amparo, en correspondencia con el artículo 74, fracción III, in fine.

15.- En mi opinión, la suspensión debe paralizar materialmente la ejecución del mandato de captura, si bien es cierto que el artículo 138 de la Ley de Amparo establece que la suspensión debe concederse sin que impida la continuación del procedimiento en el asunto que haya motivado el acto reclamado hasta dictarse resolución firme en él, lo cierto es que tal principio se encuentra excepcionado al evento de que la ejecución del acto y la continuación del procedimiento impliquen la consumación irreparable del daño o perjuicio que pueda ocasionarse al quejoso, traduciéndose en el caso concreto, a la privación de la libertad y a la imposibilidad de que se analice la legalidad de la orden de aprehensión por la simple razón, de que al rendir su declaración preparatoria, acto inminente posterior a la ejecución del mandato, implica el cambio del status jurídico del amparista, tales daños y perjuicios son de naturaleza irremediable por lo que, la suspensión debe tener el alcance de impedir la ejecución material de la orden.

16.- El Título Cuarto del Código Penal para el Distrito Federal reglamenta la figura de la libertad preparatoria, beneficio concedido en favor de los sentenciados a los que se les haya impuesto una sanción corporal, es menester para la actualización de este beneficio, el que el reo hubiere cumplido al menos las tres quintas partes de su condena, tratándose de delitos intencionales y en el caso de los imprudenciales, cuando se haya purgado al menos la mitad de la misma, acorde a las

normas jurídicas el solicitante debe justificar los siguientes requisitos para que se le conceda la libertad mediante esta modalidad, exigencias a saber: Que haya observado buena conducta durante la ejecución de su condena; Que técnicamente pueda presumirse su readaptación; Que se encuentre reparado o se garantice la reparación del daño causado.

Dentro de los requisitos establecidos para la obtención de la libertad preparatoria, merece especial consideración el relativo a la reparación del daño, o en su caso, a la garantía que deba otorgarse para asegurar el resarcimiento correspondiente.

17.- El requisito en cuestión parece alejarse de la esencia de tutela penal, supuesto que el objetivo de esta no es la solución económica de la conducta delictuosa, sino un propósito más elevado, el de suprimir el agravio social causado.

La temporalidad fijada como condicionante para alcanzar el beneficio de la libertad preparatoria, atiende a que el transcurso del tiempo disminuye la trascendencia del perjuicio social, ya que en la medida en que sea más lejano el momento de su ejecución sus consecuencias nocivas son de menor impacto.

El interés del Estado en reprimir las conductas delictuosas realizadas va disminuyendo o perdiéndose por el transcurso del tiempo, el que se impida conceder la libertad preparatoria por

una cuestión plenamente económica, indudablemente se refiere al legítimo interés del ofendido de resarcir el daño patrimonial que se le causó, sin embargo, esta situación desvirtúa y se aleja de la naturaleza esencial de la excarcelación mediante este mecanismo, ya que la compurgación de gran parte de la pena y la readaptación social del delincuente cumplen en si mismo las exigencias sociales para que éste se encuentre en la condición de no volver a delinquir y a su vez darsele la oportunidad de reintegrarse nuevamente a la sociedad.

18.- Los derechos de la víctima no se ven de manera alguna menoscabados, por la concesión de la libertad preparatoria sin que se satisfaga este requisito económico, para que las acciones y derechos puedan deducirse de manera independiente, en cualesquier tipo de procedimientos civil, caso concreto en la vía ejecutiva, en donde se posibilita si es que existen bienes del delincuente a su embargo, resulta incongruente que se establezca esta condicionante para el otorgamiento de la libertad preparatoria, si tomamos en consideración que el sentenciado se ha pasado privado de su libertad durante un lapso considerable, dado que, desde el momento en que se le aprehendió se encontró imposibilitado a ser una persona económicamente activa, además, a virtud de la libertad procesal ampliada, en casi todos los delitos patrimoniales, para que se conceda ésta, es menester el que se garantice o se repare el daño causado a la víctima, por lo cual resulta obvio que en este tipo de delitos en particular,

es claro que si el delincuente se mantuvo privado de su libertad, obedeció a su escasa posibilidad económica de resarcirlo o garantizarlo, posibilidad que se ve más atenuada si se advierte la privación de la libertad a que estuvo sometido durante el enjuiciamiento criminal.

19.- La reflexión final, es en el sentido de si este aspecto económico-civil es suficiente para que el reo continúe privado de su libertad sin posibilidad de reintegrarse socialmente.

Además la tendencia de nuestro sistema procesal penal se orienta a producir la excarcelación de las personas respecto de los delitos que no generen un agravio trascendental y de notable peligro para la sociedad, por ello resulta inexplicable que una vez, que se demuestra que la personalidad del condenado se encuentra apta para su reencuentro social se ve impedida por una cuestión meramente patrimonial.

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

- Arellano García, Carlos. Practica Forense del Juicio de Amparo. Editorial Porrúa. 2a. Ed. 1983. 753 p.
- Barona Vilar, Silvia. Prisión Provisional y Medidas Alternativas. Editorial Librería Bosch. 1a. Ed. 1987. 285 p.
- Barrita López, Fernando A., Prisión Preventiva y Ciencias Penales. Editorial Porrúa. Ed.1990. 214 p.
- Borja Osorno Guillermo. Derecho Procesal Penal. Editorial Cajica S.A. 1a. Reimpresión 1977. 478 p.
- Burgoa Orihuela, Ignacio. El Juicio de Amparo. Editorial Porrúa. 27a. Ed. 1088 p.
- Burgoa Orihuela, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa. 7a. Ed. 1056 p.
- Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. 22a. Ed. 772 p.
- Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. 8a. Ed. 1984. 687 p.

Couto, Ricardo. Tratado Teórico-Práctico de la Suspensión en el Amparo. Editorial Porrúa. 1a. Ed. 314 p.

Escalona Bosada, Teodoro. La Libertad Provisional Bajo Caución. Editorial Libros de México, S.A. 1a. Ed. 1969. 191 p.

García Ramírez, Sergio. Proceso Penal y Derechos Humanos. Editorial Porrúa. 1a. Ed. 1992. 328 p.

García Ramírez, Sergio. La Reforma Procesal Penal de 1990-1991. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XXIV, No. 72, Sept.-Dic. 1991. México, D.F.

García Ramírez, Sergio. La Libertad Provisional del Inculpado. Criminalia. Año XXXIV, No. 8, agosto de 1968. México, D.F.

Góngora Pimentel, Genaro. Introducción al Estudio del Juicio de Amparo. Editorial Porrúa. 4a. Ed. 1992. 579 p.

González A. Daniel - Garita V. Ana. La Multa en los Códigos Penales Latino-Americanos. Editorial De Palma, Buenos Aires, 1990. 254 p.

González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 9a. Ed. 1988. 419 p.

Huacuja Betancourt, Sergio. La desaparición de la Prisión Preventiva. Editorial Trillas. 1a. Ed. 120 p.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. 3a. Ed. 1989.

Mancilla Obando, José Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. Editorial Porrúa. 1a. Ed. 1988. 241 p.

Oronoz Santana, Carlos, Manual de Derecho Procesal Penal, 2a. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

Ramos Mendez Francisco. El Proceso Penal. José María Bosch Editor, S.A. 2a. Ed. 1991. 486 p.

Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa. 18a. Ed. 1989. 403 p.

Rodríguez y Rodríguez Jesús. La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado. UNAM 1981. 1a. Ed. 256 p.

Zamora Pierce, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Editorial Porrúa. 5a. Ed. 1991. 575 p.