

245
269



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

"CAMPUS ABAJÓN"

COLEGIO DE CIENCIAS Y LETRAS
CARRERA DE INGENIERÍA EN QUÍMICA
CARRERA DE INGENIERÍA EN FÍSICA
CARRERA DE INGENIERÍA EN MATEMÁTICA
CARRERA DE INGENIERÍA EN MECÁNICA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
EN QUÍMICA Y FÍSICA
CARRERA DE INGENIERÍA EN QUÍMICA
CARRERA DE INGENIERÍA EN FÍSICA
CARRERA DE INGENIERÍA EN MATEMÁTICA
CARRERA DE INGENIERÍA EN MECÁNICA

SAN JUAN DE ABAJÓN, ESTADO DE MÉXICO

1968



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

295
2Ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

"CAMPUS ARAGON"

"INCOSTITUCIONALIDAD DE LA GARANTIA
PREVISTA EN EL ULTIMO PARRAFO DEL
ARTÍCULO 340 DEL CODIGO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES EN EL ESTADO
DE MEXICO PARA OBTENER LA LIBERTAD
PROVISIONAL".

FALLA DE ORIGEN

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
VICTOR MANJARREZ SILVA

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEXICO

1996.

INDICE GENERAL

	pág.
DEDICATORIAS.....	I
INTRODUCCION.....	V

CAPITULO PRIMERO CONCEPTOS GENERALES

1.1 CONCEPTO DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	2
1.2 CONCEPTO DE CAUCION.....	7
1.3 TIPOS DE GARANTIAS.....	13

CAPITULO SEGUNDO GARANTIAS PARA GOZAR DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

2.1 MOMENTO PROCESAL EN QUE SE CONCEDE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION.....	23
2.2 ANALISIS DE LAS GARANTIAS DE PRENDA, HIPOTECA Y FIANZA.....	32
2.3 DELITOS EN QUE SE OTORGA LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION.....	55
2.4 FORMA DE GARANTIZAR LA REPARACION DEL DAÑO.....	60

CAPITULO TERCERO
GARANTIA EN EFECTIVO EN LA REPARACION DEL DAÑO

3.1 REPARACION DEL DAÑO EN EFECTIVO PARA GOZAR DEL BENEFICIO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.....	66
3.2 LA REPARACION DEL DAÑO EN LA SENTENCIA DEFINITIVA.....	70
3.3 CONDICIONES PARA FIJAR LA GARANTIA EN LA REPARACION DEL DAÑO.....	77
3.4 LA GARANTIA EN EFECTIVO.....	81
3.5. INCONSTITUCIONALIDAD DE EXHIBIR EXCLUSIVAMENTE EN EFECTIVO LA GARANTIA PARA LA REPARACION DEL DAÑO.....	83
CONCLUSIONES.....	90
BIBLIOGRAFIA.....	93

DEDICATORIAS

A MIS PADRES:

Margarita y Everardo
por no dejar de confiar en mí y
gracias a su gran apoyo y
dedicación me dieron la
oportunidad de realizar una
carrera profesional y compartir con
ellos los éxitos, los cuales son un
reflejo de los principios y ejemplos
que me enseñaron inculcar.

A MIS HERMANOS:

Margarita, Paty,
Eduardo, Javier,
Daniel, Gerardo y Saúl a
quienes por su comprensión y apoyo
me dieron la seguridad y el
ejemplo de superación y en especial
a Paty quien con su constante
preocupación por enseñarme, trazó
en mí el camino para ser alguien.

A mis abuelitos, tíos, primos y
sobrinos por darme su apoyo e
impulsarme a seguir adelante con
el propósito de no defraudarlos.

A la U.N.A.M. por darme la oportunidad de ser parte de ella y tener el orgullo de representarla en mi vida profesional. A la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Campus Aragón por tenerme en sus aulas como alumno y así lograr una de mis metas soñadas.

A sus profesores por transmitirme sus conocimientos e inculcar en mí el amor al Derecho con el propósito de aplicar el conocimiento basado en la justicia.

A mi padre José Hernández Rodríguez, José Ricardo Limón Pérez, Alfonso Badillo Ortiguita, Rodolfo Martínez Arroyo a quienes agradezco las atenciones que me tuvieron, así como sus valiosas observaciones y en especial al Licenciado Jesús Rodríguez Ortiz por su amistad y su apoyo.

A Elisa Abrego Pérez a quien con su ejemplo, ternura y cariño me impulsó a seguir adelante en los momentos difíciles de mis estudios y como compañera y amiga es lo agradeceré por siempre.

A Maribel Bautista Naredes a quien agradezco su amistad, apoyo y comprensión en todo momento, así como a toda su familia por brindarme su amistad y permitirme compartir con ellos esta etapa de mi vida.

A LOS LICENCIADOS:

Manuel M. Castro Ojeda y Miguel Herba Calderón por hacerme ver en ellos un ejemplo a seguir y enseñarme que la vida profesional depende del esfuerzo y empeño con que se realice para lograr las metas que me fijé a lo largo de mi desarrollo profesional.

A mis amigos y compañeros de generación por compartir conmigo una de las etapas importantes de mi vida, con quienes tuve la oportunidad de adquirir los principios básicos de mi profesión.

INTRODUCCION

Los diversos cambios sufridos a favor de los inculpados han fortalecido notablemente a la seguridad de las personas a las cuales se les imputa un delito, y como consecuencia ha traído cambios notables en las diferentes legislaciones sobre todo penales como la ley suprema que es la Constitución misma; la ley suprema va a contener los derechos fundamentales de los ciudadano, por lo que las leyes secundarias que se desprendan de ésta deberán de sujetarse a las disposiciones que de ella se desprendan, pero en ocasiones no es así, un ejemplo claro de esto lo encontramos en el Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México y en particular en su artículo 340, el cual nos habla sobre el derecho que tiene el inculpadado para poder gozar de la libertad provisional bajo caución, nos establece los requisitos necesarios para dicha libertad, ésta es una garantía contenida en nuestra Carta Magna en la fracción I en su artículo 20 y al hacer un análisis lógico encontramos que el ordenamiento procesal penal del Estado de México nos condiciona para poder gozar de la libertad provisional bajo caución, de aquí que surja la inquietud de el ¿pór que? se debe de satisfacer requisitos que no nos exige la ley suprema, y sin embargo se deben cumplir, estando en consecuencia en contraposición de los logros constitucionales de todo esto que el fin del presente trabajo sea el de establecer los inconvenientes y dificultades que se tienen para poder gozar de su libertad cuando no cuenta con la capacidad de "garantizar la posible

reparación del daño" en la imputación de un delito que no ha sido debidamente probado y trayendo como consecuencia una violación clara a los principios básicos y fundamentales de nuestra Constitución, mismos que son las de justicia y los derechos básicos de los hombres, es por lo que surge la necesidad de ser reformada de manera inmediata el último párrafo del artículo 340 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México.

"INCONSTITUCIONALIDAD DE LA GARANTIA PREVISTA EN EL ULTIMO PARRAFO
DEL ARTICULO 340 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN EL ESTADO
DE MEXICO PARA OBTENER LA LIBERTAD PROVISIONAL".

CAPITULO PRIMERO
CONCEPTOS GENERALES

- 1.1 CONCEPTO DE INCONSTITUCIONALIDAD
- 1.2 CONCEPTO DE CAUCION
- 1.3 TIPOS DE GARANTIAS

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTOS GENERALES

1.1 CONCEPTO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Para poder desarrollar un concepto de Inconstitucionalidad, nos referiremos primeramente al concepto de constitución; la cuál entendemos en términos generales como un documento que contiene los principios básicos de la organización del Estado, las garantías individuales de los gobernados, la estructura, organización y funcionamiento del Estado.

Existen diferentes características de una constitución, como lo establecen varios autores: como el maestro Felipe Tena Ramírez, el cuál establece que la constitución es un documento escrito, y por ser escrito, es formal, como es el caso de nuestro país, por tener las características que nos da éste autor, y la define de la siguiente manera: "...la palabra constitución se aplica al documento que contiene las normas relativas de

la estructura fundamental del Estado, como regulación política, regulada en un documento solemne, considerado también como ley fundamental o como norma de normas..."¹ Como se puede observar éste tratadista nos da características muy importantes al concepto de constitución, como lo es su formalidad, la cuál surge por contener las normas supremas del Estado en un documento, que por ende será escrito.

El jurista Jorge Carpizo, da su definición de constitución mencionando que es formal, por ser un documento y por lo tanto tiene un sentido material al ser escrita pero aclara, "solo las escritas": "...la constitución formal implica que las normas que se encuentran en un documento llamado constitución formal. implica que las normas que se encuentran en un documento llamado constitución solo se modifican o se crean a través de un procedimiento por medio de órganos especiales..."² Como podemos notar en ésta definición, el autor establece que la formalidad de la constitución consiste en que es escrita, y por ser ésta un documento formal, las normas que contiene se modificarán siguiendo un procedimiento especial, y más aún, por medio de organos especiales se podrá modificar o agregar una norma de la constitución.

Ahora bien la naturaleza de una constitución la hace susceptible a una modificación en cualquier momento, es por lo que podemos hablar de un documento que contiene los derechos fundamentales de los

¹ TENA RAMIREZ, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano. 2a. ed. Editorial Porrúa, México, 1994. pág. 21

² Cit. por IDEM

4

governados, así también como la organización del Estado, por ésto es que nuestra constitución es de las llamadas flexibles, y de lo contrario sería un conjunto de leyes, pues no hay normas constitucionales propiamente dicho, ni tampoco tienen distinción de grados de autoridad. En consecuencia serían como lo refiere el citado autor "un conjunto de leyes y nada más".

La constitución viene a dar la naturaleza de los poderes y las funciones del poder público que detenta el Estado, ya sea en un documento varios, pero será un documento único, el cuál estará por encima de cualquier disposición jurídica; (como es el caso de la Constitución mexicana), es decir, que no queda en manos de alguna autoridad superior al poder legislativo ordinario, en ésto consiste la RIGIDEZ de la constitución, como los de algunos países. (los de América principalmente).

Otros autores como Ignacio Burgoa, establece que existen varias acepciones de la constitución marcadas por la doctrina como lo establece Haurion; como "constitución social" o como menciona Trueba Urbina "constitución Política"; Mario de la Cueva nos menciona: "la constitución de vida creada es la fuente del Derecho, y en verdad la única que posee el carácter de fuente primaria, colocada por encima del Estado, porque contiene la esencia del orden político y jurídico, por tanto,

la fuente de la que va a emanar todas las normas de la conducta de los hombres, y lo que determina la estructura y actividad del Estado".³

Como podemos ver éste tratadista abarca las características esenciales que acabamos de mencionar, faltándole únicamente el elemento formal, pero debemos entenderlo así, ya que al ser documento, es escrito, y por tanto formal.

De las anteriores definiciones podemos dar un concepto propio, que contenga todos los elementos que se dieron con anterioridad:

La constitución es un documento escrito que contiene las leyes de un Estado, la cual se divide en dos partes: en la parte dogmática se contemplan las garantías individuales de los gobernados; y en su parte orgánica se contempla la estructura, organización y funcionamiento del Estado.

Una vez establecido el concepto de constitución, podemos tratar de establecer el significado de inconstitucionalidad. Iniciando por analizar su etimología grecolatina de la siguiente manera: "in"⁴, es una preposición que significa "no", es decir una negación, así que atendiendo a su etimología la palabra inconstitucionalidad significa "no constitucional", o bien una "negación a la constitución" por lo que es "no conforme con la

³ Cit. por BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano, 8a. ed. Edit. Porrúa, pág. 318

⁴ MATEO MUÑOZ, Etimologías Grecolatinas del Español, 25a. de. Edit. Esfinge, México, 1968, p. 340

constitución del Estado", o bien que " se opone o es contraria a la constitución.

Como podemos notar, ambas definiciones coinciden en que la inconstitucionalidad es lo contrario a la constitución , y tomando en cuenta el multicitado concepto de constitución, como acabamos de ver, la conducta de los poderes (que rige la misma constitución), así como de sus funcionarios, en el orden local y federal, deberán ajustar sus actos a la constitución, es decir, que deberán estar apegados a la ley suprema. De aquí que las autoridades o funcionarios ajustarán sus actos a la constitución; a lo que el maestro Tena Ramírez se pregunta: "¿ puede el autor de un acto enmendar su hierro, privando de eficacia su propio acto?..."⁵ Al respecto comenta que la defensa subsidiaria consista en que la defensa de la ley suprema le corresponde al Poder Judicial Federal, ¿cómo?, claro está, mediante el juicio de amparo, y el porqué es que de la existencia de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, todos tienen un poder que no pueden invadir entre sí, por ejemplo: si el poder ejecutivo pudiere apreciar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso de la Unión o de los mismos fallos de la Suprema Corte, se rompería el equilibrio de los poderes.

De lo anterior podemos establecer que todas las autoridades deberán ajustar sus propios actos a la Constitución, no siendo una facultad sino un deber, porque en caso contrario se violaría lo establecido

⁵ Ob. cit. p. 936

por nuestra propia constitución y con ésta la voluntad de justicia establecida por el Constituyente.

1.2 CONCEPTO DE CAUCIÓN

Caución, "proviene del latín cautio, una de las formas de la libertad condicional, en la que los reos o presuntos culpables se excusan de guardar prisión mediante una fianza o caución que entregan como garantía..."⁶

Como podemos notar la caución es una forma de poder gozar de la libertad (en materia penal) a cambio de una cantidad de dinero, que si bien es cierto, el tratadista Rivera Silva nos dice que el dinero adquiere un puesto tan importante como la libertad, por el régimen jurídico que rige nuestro país, ahora bien la caución se toma como una medida precautoria para cumplir una obligación que se contrae por la realización de una conducta ilícita, pero no sustituye la libertad sino que va a ser en lugar de la prisión, de esta manera, la privación de la libertad es canjeable por una caución,⁷ mediante un respaldo económico de quienes lo puedan aportar; volviéndose un privilegio para aquellos que la pueden pagar, y por tanto discriminatorio, por ser un beneficio de aquellos que lo pueden

⁶ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas. México, Mayo Ediciones, 1981. p. 971

⁷ Cfr., SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, México, Edit. Harla, 1990. p. 518

"realizar" en una conducta tipificada como delito, y pudiendolo hacer, ¿ y dónde quedarán aquellas personas que no tengan la solvencia suficiente para poderlo hacer?.

Estas personas seguirán su procedimiento penal privados de la libertad por no poder cubrir la caución que les sea fijada por el órgano que conozca del proceso penal correspondiente.

Si bien es cierto que el artículo 20 constitucional en su fracción I faculta a los jueces (por medio de su libre arbitrio), el conceder éste derecho, ¿pero como el juzgador puede determinar éste derecho?, si bien es cierto, no de manera cierta pero si darse alguna idea de manera general y la posibilidad económica de un inculpado o peor aún de un sentenciado; solamente por su propio arbitrio y por su sentido de justicia aunque ésta no se alcance.

Dentro de las clasificaciones de caución el autor Jorge Alberto Silva Silva nos da la siguiente:

" a) de acuerdo a su origen, si consideramos que la caución proviene de la ley es por tanto legal, porque se encuentra apoyada en la misma.

"b) por su extensión, por su monto la caución es limitada o ilimitada, esto es que el fiador responde por cantidad fija o por cantidad ilimitada, en nuestro sistema es limitada.

"c) por lo sujetos en que se otorga, puede ser previa, administrativa o judicial, en el sistema mexicano encontramos las dos especies: previa, porque se puede constituir, en ciertos casos, ante ministerio público, (artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales); y judicial porque se constituye ante el Tribunal que conoce del caso. Esta última es la que se encuentra garantizada en la constitución (artículo 20).

"d) por lo que hace al tipo de caución ésta será personal o fianza (en estricto sensu) , hipotecaria y pignoratícia".⁸

Este autor nos maneja cuatro clasificaciones, respecto a la primera, que el origen de la caución siempre será legal por emanar de la ley misma, si bien es cierto que las leyes contenidas en un ordenamiento jurídico llamado ley son parte de un procedimiento especial, y si surge de ésta obviamente es legal, de no ser así sería un acto inconstitucional por estar en contra de la ley.

En cuanto a la segunda clasificación que nos da el autor antes mencionado; creo que no va ser limitada, en base a que el juzgador tiene el arbitrio de aplicarla a su consideración, la ley unicamente maneja

⁸ SILVA SILVA, Jorge Alberto, Ob. Cit. p. 520

máximos y mínimos de algún delito en particular, pero, ¿ en que se basa el juzgador para establecer la cantidad específicamente "dinero" para un inculpado en especial?

Por lo que hace a la tercera podrá ser previa porque está en etapa de averiguación de un delito a cargo de un órgano investigador que será el Ministerio Público, pero se puede dar la caución también desde mi muy particular punto de vista durante el procedimiento penal, tomemos en consideración que la caución se da en la instrucción a prueba en un procedimiento penal; por lo tanto aún no se sabe si el inculpado es responsable en la comisión de un delito, se presume de esto pero aún no se ha comprobado, en tal virtud también será una etapa probatoria, el órgano denominado "Poder Judicial" que se encargará de evaluar las pruebas, para con esto considerar la realización de un delito.

En cuanto hace al tipo de caución el maestro Jorge Alberto Silva nos dice que ésta será personal o fianza (en estricto sentido), hipotecaria y pignoricia; respecto a éstas estimo justo las tres, por ser una forma real de la garantía como medio de caución.

En los próximos capítulos de la presente investigación estableceré las marcadas diferencias entre fianza y caución, por el momento señalaremos que la primera es la que se da por una institución de las llamadas afianzadoras, la segunda trata de la entrega de dinero; ahora bien hablemos del otorgamiento (se podrá dar u otorgar a todas las

personas que tengan el carácter de inculpados o sentenciados) el tratadista Jorge Alberto Silva⁹ nos dá tres sistemas de otorgamiento que son los siguientes:

"1.- El sistema indiscriminatorio que se concede a cualquier persona privada de la libertad" el autor nos refiere que es desconocido en la realidad ¿porqué?, si bien es cierto que el artículo 20 constitucional establece:

"En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpadó las siguientes garantías:

"1.- 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 inculpadó y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder éste beneficio...".

Si fuera indiscriminado y como él mismo lo acepta " es desconocido en la realidad", y no considero que no puede llamar indiscriminado siempre y cuando todas las personas sean iguales, es decir, tener las mismas condiciones económicas, pero cuando no las hay, es un error

⁹ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Ob. Cit p. 522

hablar del sistema indiscriminatorio; cuando las condiciones particulares de cada inculpaado son notablemente diferentes entre sí.

"2.- El sistema personal discriminado; que se concede solamente a quienes no representen un gran peligro social, y se niegue a quienes lo represente"; este sistema lo considero bastante acertado, por lo que, de no aplicarse se tendría el privilegio de gozar de la libertad quienes son reincidentes habituales o bien notablemente peligrosos"

3.- "Sistema de penalidad o sistema cuantitativo de la sanción. Que se conceda a quienes se encuentran procesados, o vayan a ser procesados por delitos con penas menores y se les niegue a los enjuiciados por delitos gravemente sancionados"; este sistema es muy acertado ya que la misma ley lo prevee en el artículo 20 constitucional en su fracción I, y es lógico para poder tener una justa distribución de la justicia.

De todo lo anterior, el sistema que México ha adoptado para conceder la libertad provisional mediante caución es atendiendo "a la gravedad del delito ", y no así a las condiciones económicas de un inculpaado como debería ser.

Como lo mencionamos al principio de éste inciso la caución es una forma de poder gozar de la libertad, pero no es la única, haremos

menciona a los otros dos medios de libertad; la libertad de arraigo y la libertad mediante palabra.

Libertad mediante arraigo; además de concederse la libertad provisional mediante caución, se puede dar también mediante el arraigo, consiste en el "acatamiento a la orden que se le da a un sujeto, para que no se ausente del lugar donde el asunto se encuentra radicando",¹⁰ no va a existir aquí dinero como respaldo, solamente la orden del funcionario para que el inculcado no se ausente del lugar del juicio.

Como característica en ambos casos debe existir un temor mínimo de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia, y por lo tanto, deben ser por delitos no graves que la misma ley considera como tales, la libertad mediante palabra, consiste en la "palabra de honor" del inculcado, para poder gozar de la libertad. En nuestro sistema judicial mexicano no es muy común el observar éste tipo de libertad, quizás por su muy poca aplicación, o por la pérdida de la confianza, o por la inexistencia de la "palabra de honor".

1.3 TIPOS DE GARANTÍAS.

Para algunos autores la palabra "garantía" proviene del término anglosajón "warranty" o "warantie"¹¹, significando: asegurar, proteger,

¹⁰ SILVA SILVA, Jorge Alberto. ob. cit. p. 528

¹¹ Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales, 26a. de México, 1994, Edit. Porrúa, p.161.

defender, para el autor Palomar de Miguel nos dice que la garantía es: "Acción y efecto de afianzar lo estipulado",¹² este autor nos menciona que es una manera de asegurar lo establecido, es decir una forma de comprometer a hacer algo.

En un sentido amplio como nos maneja el profesor Burgoa Horihuela nos da dos formas de garantía, el primero es el amplio; nos dice que va a hacer un aseguramiento o afianzamiento, en cuanto al segundo, será en fianza para el resguardo o seguridad, de un cumplimiento que generalmente es una obligación, este mismo autor nos hace notar que judicialmente, el vocablo y el concepto "garantía"¹³ se originaron en el derecho privado, (como el Derecho Civil, Mercantil, etc.) anota el tratadista mencionado que en cuanto al concepto "garantía" por cuanto hace al derecho público. Las garantías serán diversos tipos de protecciones en favor de los gobernados en el Estado Político del derecho, en consecuencia en la entidad política y organizada jurídicamente, en donde la actividad del Estado se fija por normas ya establecidas; como es el caso de nuestro país, de aquí que otro autor como el maestro Isidro Montiel y Duarte citado por Ignacio Burgoa, nos dice "...todo medio consignado en la constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía aún cuando no sea de las individuales"¹⁴, al ser nuestro país una institución política y estructurada

¹² Ob., Cit. p. 626

¹³ Ob. Cit., p. 162

¹⁴ IDENI.

en leyes escritas y plasmadas en una constitución y las normas que de ella emanen son en cierta forma una "garantía" para el gobernado.

Ahora bien, nuestra Carta Magna clasifica diferentes tipos de garantías, como las sociales, individuales, entre otras, pero en este apartado nos referiremos a las garantías de libertad, específicamente las garantías de los sujetos penalmente acusados y procesados o los legalmente privados de la libertad.

GARANTIA DE LA LIBERTAD.- Podría afirmarse que la vida -la vida humana- "es el presupuesto esencial y necesario para que el fenómeno de la libertad se produzca",¹⁵ es decir que sin vida no puede hablarse de la libertad y sin libertad no hay vida.

Si bien es cierto, que nuestra Carta Magna establece diferentes tipos de garantías, entre ellas la garantía de libertad, pero trataré de exponerlo únicamente como garantía de la libertad, no como garantía en general sino en particular como una garantía de los penalmente acusados o privados de la libertad legalmente.

Por lo que la libertad es algo tan preciado después de la vida, también lo es que el texto constitucional contempla "garantías" de los inculcados o los procesados en un tipo penal. Plasmándose principalmente en los artículos 16, 19, 20 y 23.

¹⁵ CASTRO JUVENTIVO V., Garantías y Amparo 4a ed México, Edit. Porrúa, 1983, p. 35

El artículo 16 constitucional establece en buena parte de su texto los requisitos constitucionales mediante los cuales se puede privar de la libertad física de una persona.

Por lo que:

"Art. 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculcado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculcado en libertad.

"Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

"Todo maltratamiento que en la aprehensión o en las gabelas, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos, que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridad."

"Este artículo nos da diferentes prohibiciones, obligaciones y requisitos en relación con la detención preventiva del inculpado, tales prohibiciones, obligaciones y requisitos están destinados a normar la conducta tanto de las autoridades judiciales encargadas de ordenar la detención preventiva del inculpado, como de aquellas que tienen a su cargo la ejecución de ésta medida cautelar."¹⁶

"El artículo 23 nos establece: "Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia".

"Esta disposición constitucional establece diversas prohibiciones, las cuales representan otras tantas garantías otorgadas a toda persona que, por imputarsele la comisión de un delito se encuentran sujetas a un proceso".¹⁷

¹⁶ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, de Jesús, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Textos Jurídicos, p. 83

¹⁷ IBIDEM, p. 97

Como podemos advertir nuestra constitución establece una regla protectora de los procedimientos, estableciendo un límite a las instancias posibles que en este caso solo pueden ser tres como máximo.

El artículo 20 Constitucional, es el más importante en cuanto a los artículos constitucionales de procedimientos penales, ya que establece principios fundamentales que deben respetarse en los procedimientos penales de nuestro sistema, desde el acto judicial inicial hasta la sentencia definitiva deberá recaer sobre el proceso final respectivo, es aquí donde surge la importancia del apartado que estudiamos, siendo las "garantías" que se le imputan al "gobernado en su calidad de indiciado o procesado".¹⁸

El autor Juventivo V. Castro nos refiere la importancia de éste artículo al señalar que, "Es una disposición muy importante en su género, que sólo admite comparación con los derechos que se reconocen a los obreros y empleados en el artículo 123 constitucional, donde igualmente, bajo la alta categoría de la ley Suprema se le garantizan derechos, si bien en materia laboral más sustantivos que de procedimientos".¹⁹

Como acabamos de ver éste artículo nos da la pauta para los derechos esenciales del inculpado, siendo tan importantes para el autor que refiere, comparándolo con el artículo 123, que aun ambos formadores

¹⁸ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Ob. Cit. p. 646

¹⁹ Cit. por IBIDEM, p. 249

de derechos y garantías, quizás irrenunciables. Ahora bien, veamos que nos dice:

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

"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..."

Cabe hacer mención que éste artículo antes de la reforma publicada el 3 de septiembre de 1993, nos decía que para poder gozar de la libertad provisional bajo caución, el delito no estuviese castigado con una pena mayor de cinco años de prisión como término medio aritmético. Sin embargo, con la reforma ya no se exige éste requisito, bastando solamente, "para obtener dicho beneficio, garantizar el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba otorgar la mencionada libertad",²⁰ ahora bien este mismo artículo nos dice: "garantizar la reparación del daño y las sanciones pecuniarias; ¿pero cómo? el mismo artículo nos dice en su

²⁰ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Ob. Cit. p. 647

párrafo segundo que el monto y la forma que se fijen deberán ser alcanzables para el inculpado, lo que es la forma de garantía, en relación a la garantía para poder gozar de la libertad bajo caución, para éstos efectos nos referiremos al Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México, y que la presente investigación se da en el Estado de México, de aquí que únicamente me referire al estudio de ésta entidad, por lo que el Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México, establece:

ART. 340.- "Desde el momento en que sea puesto a disposición del Juez, todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

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

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

"II. Que garantice las sanciones pecuniarias que, en su caso, puedan imponérselle a criterio del Juez;

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

"IV. Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en la ley penal.

"La garantía a que se refiere la fracción I deberá ser siempre mediante depósito en efectivo, y las señaladas en las fracciones II y III podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido".

Como podemos notar éste artículo nos da las formas para gozar del beneficio de la libertad provisional bajo caución que son básicamente cuatro: en efectivo, mediante fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido; el análisis de cada uno de éstos lo haremos posteriormente.

El alto valor que se le tiene a la libertad exige que el derecho contenga las garantías necesarias en el procedimiento penal para no perder la libertad, es decir para no privar injustamente de la libertad a los individuos y al mismo tiempo sancionar una conducta delictiva, ya que la persona inculpada quedará sujeta a la acción de la justicia a través de los tribunales respectivos.

CAPITULO SEGUNDO
GARANTIAS PARA GOZAR DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

2.1 MOMENTO PROCESAL EN QUE SE CONCEDE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION

2.2 ANALISIS DE LAS GARANTIAS DE PRENDA, HIPOTECA Y FIANZA

2.3 DELITOS EN QUE SE OTORGA LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION

2.4 FORMA DE GARANTIZAR LA REPARACION DEL DAÑO

CAPITULO 2

GARANTIAS PARA GOZAR DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

2.1 MOMENTO PROCESAL EN QUE SE CONCEDE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION.

Las reformas al artículo 20 constitucional (1993), se han creado para tener un orden jurídico más humano, por ver a la prisión preventiva como una medida un tanto injusta, por lo que da más oportunidad a la libertad en ciertos casos- ampliándose así el derecho del inculpado para cumplir con su obligación misma que contrae por la realización de un delito o quizá no, pero se presume de él , por lo que se "otorga de manera más amplia el derecho a gozar de la libertad provisional bajo caución".²¹

a) *Definición de libertad provisional.* La definición que nos da González Bustamante así como Piña y Palacios, citados ambos por

²¹ GARCIA RAMIREZ, Sergio. El nuevo procedimiento penal mexicano. México, Edit. Porrúa, 1994 p. 57

Sergio García Ramírez. El primero lo define como " la libertad que con caracter temporal se concede a un detenido por el tiempo que dure la tramitación del proceso, previa la satisfacción de determinadas condiciones establecidas en la ley ", por lo que respecta al segundo " es el medio que permite obtener la libertad entre tanto se pronuncia sentencia definitiva en un proceso mediante el empleo de una garantía que evita sustracción de la justicia".²²

Ahora bien, la libertad provisional es aquella que se tiene mientras dure un proceso, siempre y cuando se otorgue una garantía que respalde el cumplimiento de la obligación contraída . El profesor Rafael De Pina Vara nos da la clasificación de la libertad provisional en dos formas: la libertad provisional bajo protesta y la libertad provisional bajo caución, por lo que hace a la primera la define como " ... es la que se concede al procesado bajo palabra de honor, siempre que se llenen los requisitos preestablecidos al efecto, " ²³, el doctor Sergio García Ramírez agrega una tercera clasificación a la cual llama la "libertad previa"²⁴; si bien es cierto que se tengan pruebas que hagan probable la responsabilidad de una persona sería injusto que un individuo deba permanecer en una prisión, mientras ofrecen las pruebas que se crean convenientes para demostrar el hecho delictivo o bien de la de defenderse de la imputación que se le atribuye, por lo que este se dará durante un proceso pero para

²² Derecho Procesal Penal, Edit. Porrúa, México, 1974, p. 405

²³ Diccionario de Derecho, 5a. ed. México, 1976, Edit. Porrúa, p. 266

²⁴ Derecho Procesal, p. 405.

no seguir este proceso tras la prisión es cuando surge la libertad provisional en las modalidades ya mencionadas.

1.- *La libertad bajo protesta.*- En esta libertad no se garantiza la obligación de cumplir durante un proceso, sino solamente con la palabra de honor del inculpado, pero para conceder esta garantía se deberá tener condiciones especiales como tener un mínimo de peligrosidad, el artículo 360 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, nos marca de manera específica cuales son los casos requeridos para que se otorgue ésta:

Art. 360.- "La libertad bajo protesta podrá decretarse siempre que concurran las circunstancias siguientes:

"I. Que la sanción privativa de libertad que deba imponerse no exceda de un año de prisión

"II. Que sea la primera vez que delinque el inculpado;

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

"IV. Que la residencia del inculpado en dicho lugar sea de un año cuando menos;

"V. Que el inculpado tenga profesión, oficio ocupación o modo honesto de vivir, y

"VI. Que a juicio de la autoridad que la conceda no haya temor de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia.

"..."

Es obvio que estos requisitos no se pueden otorgar por los delitos considerados como mayores (esto lo veremos en un apartado posterior), por lo que su uso es muy limitado y en los casos considerados como especiales.

2.- *La libertad caucional*, esta libertad es una de las garantías contenidas en la fracción I del artículo 20 constitucional al establecer que:

ART. 20.- "En todo proceso del orden penal tendrá el inculpado las siguientes garantías:

I. "Inmediatamente que lo solicite el juez deberá otorgarle la libertad bajo caución...

"...".

Si recordamos que la libertad es algo de lo máspreciado para el hombre y todas las constituciones (conocidas como liberales) luchan por proteger esta, extendiéndose demasiado esta libertad protegiendo inclusive a los inculpados, y si tomamos en cuenta que esta se concede para la buena administración de la justicia, es decir, si consideramos que la prisión preventiva tiene como objeto prevenir la evasión de la justicia.

El profesor Rivera Silva nos define la libertad caucional como "el procedimiento promovido por el inculpado, su defensor o su legítimo representante, en cualquier tiempo (artículo 557 del Código del distrito y 400 del Código federal) y con el objeto de tener su libertad mediante

caución económica que garantice la sujeción del propio inculpado a un órgano jurisdiccional".²⁵

El cumplimiento de la restitución de la libertad se va a asegurar mediante una obligación económica generalmente, pero se puede dar por otros medios que no sean necesariamente dinero (prenda, fianza e hipoteca) es por lo que el dinero queda en lugar de la libertad como opina el profesor Rivera Silva, pero debemos tener en cuenta que la cantidad de el dinero deberá ser el suficiente para que el inculpado cumpla con las obligaciones contraídas para gozar de su libertad y prefiera cumplir con las obligaciones a perder su garantía, pero por otro lado, no deberán ser demasiado altas porque de ser así no se podría cubrir su monto, por lo que en consecuencia el monto de la caución será de acuerdo a las posibilidades de cada uno de los inculpados.

Por cuanto hace al momento procesal en que se otorga, de acuerdo a lo establecido en el ya citado artículo 20 constitucional en su fracción primera la libertad del inculpado deberá ser inmediata y en cualquier momento del proceso debiendo de resolver en el mismo auto en el cual se concede la libertad, y en caso de que se negare dicha libertad se podrá señalar de nueva cuenta ya que no causa estado la negación de la misma; si bien es cierto, que la libertad caucional la otorga el juez en tiempo de proceso es diferente a la que otorga el Ministerio Público en la averiguación previa, siendo que dicho artículo constitucional establece en

²⁵ RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. 9a. ed. México. 1978. Edit. Porrúa, p. 346

su fracción I que el juez deberá de otorgar la libertad provisional, por lo que será durante el tiempo del proceso, el cual se inicia con el auto de radicación de inicio, debiéndose de resolver de plano en el mismo auto y sin tramitación alguna y sin ningún otro requisito previo, en caso de que se niegue se podrá solicitar de nueva cuenta y podrá concederse por causas supervenientes, debemos entender como causas supervenientes: todo acontecimiento o hecho, que ocurra después de la negativa mencionada y que genere un nuevo derecho, como sería por ejemplo que de las probanzas aportadas se advirtiese que los daños patrimoniales son mínimos y que no ascienden a la cantidad que se había considerado; que las consecuencias del delito no son en realidad graves; que desapareció el peligro letal de que el ofendido quedara inhabilitado permanentemente de sus facultades mentales, físicas, etc., se deberá tramitar un incidente no especificado, recordemos que el incidente penal según Rivera Silva "es una cuestión promovida en un procedimiento, que en relación con el tema principal, reviste un carácter accesorio y que, encontrándose fuera de las etapas normales exige una tramitación especial".²⁶

Las personas legitimadas para solicitar la libertad son (como ya lo habíamos mencionado) el inculpado, su defensor o su legítimo representante; no el Ministerio Público, ni tampoco puede el juzgador ordenarla de oficio .

²⁶ RIVERA SILVA, Manuel. Ob. Cit. p. 345

Por otra parte los requisitos señalados en el artículo 340 del Código de Procedimientos Penales, vigente en el Estado de México nos da los requisitos para otorgar la libertad provisional bajo caución y son: garantizar la reparación del daño, que garantice las sanciones pecuniarias, que caucione el cumplimiento de las obligaciones en razón del proceso y por último que no se trate de delitos que la ley penal señale como delitos graves (art. 340)

Ahora bien, por cuanto hace *al monto* de la libertad caucional la aportación y pese al extendido uso sinónimo de las palabras depósito y caución éstos abarcan "toda clase de garantía"²⁷, por lo que la caución (como ya lo vimos en el punto 3 de éste capítulo) pueden darse en las especies que reconoce nuestra ley como la fianza, la prenda, la hipoteca o bien el depósito en efectivo, el gran problema esta en precisar el monto de la caución, que no puede quedar al sólo arbitrio del juez, del inculpado, del ministerio público ni mucho menos del ofendido, de manera tal que el monto no sea irrelevante a tal grado que el inculpado prefiera sustraerse de la acción de la justicia que perder su garantía, al lado opuesto que no sea tan alta que no la pueda cubrir el inculpado, por lo que no se puede tener un límite exacto ya que como afirma Ricardo Rodríguez "la igualdad en la suma fijada viene a determinar la desigualdad de la ley".²⁸

²⁷ GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal, p. 409.

²⁸ Cit. por IDEM.

El artículo 340 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México nos dice que para tomar en cuenta el monto de la caución se deberá considerar los antecedentes del inculpado, la gravedad y circunstancias del delito, el mayor o menor interés de sustraerse de la acción de la justicia, las condiciones económicas y finalmente la naturaleza de la garantía que se va a otorgar o bien que se le fije.

Desafortunadamente en la vida práctica los tribunales o bien el mismo Juez fijan la caución sin cumplir los requisitos que la ley establece, ya que si tomarán en consideración las condiciones económicas del inculpado se llevaría a cabo un estudio más minucioso (del inculpado) lo cual provoca la dilación del proceso, lo que tendría consecuencias dilatorias en el proceso a pesar de existir jurisprudencia al respecto como la siguiente:

"LIBERTAD CAUCIONAL, LA GARANTIA QUE DEBE OTORGARSE PARA DISFRUTAR DE LA. DEBE FIJARSE ATENDIENDO A LAS CONDICIONES ECONOMICAS DEL ACUSADO.

"La fracción I del artículo 20 constitucional determina que el acusado será puesto en libertad inmediatamente que lo solicite bajo fianza hasta por diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le imputa, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con pena mayor de cinco años de prisión. Ahora bien, si aquel es un obrero que percibe un sueldo de seis pesos diarios, y el juez le fija como caución la suma de cinco mil pesos, no tuvo en cuenta la situación económica del propio acusado y los medios de vida de que dispone, y debe concederse el amparo, para el efecto de que se fije nueva caución, teniendo en cuenta las circunstancias personales del quejoso y no sólo la gravedad del delito."

TOMO LXI, Pág. 579. Manzano Francisco.- 12 de julio de 1939.- Unanimidad de cuatro votos."

Dentro de los efectos que produce la libertad provisional bajo caución según el artículo 353 del ordenamiento legal citado, son: suspender la prisión, obligar al inculcado o procesado a presentarse cuantas veces sea requerido para ello, comunicar los cambios de domicilio si los hubiese y no ausentarse del lugar sin permiso del tribunal.

Cabe hacer mención en que casos se da la revocación de la libertad y se hace efectiva la garantía, si recordamos que los fines de la caución no deben substituir la obligación de prisión o bien cuando por un motivo u otro son ya inalcanzables, dejando de justificar dichos fines.

La libertad del inculcado se revocará por las causas que señala el artículo 354 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México y lo serán por la violación de las obligaciones unidas al proceso como lo serían al desobedecer sin causa justa las ordenes del tribunal, por violaciones a las obligaciones fuera del proceso imputable al inculcado como por ejemplo; cuando antes de la causa en que se concedió la libertad concluya por sentencia ejecutoriada de la misma, se cometiere un nuevo delito que merezca pena privativa de libertad, cuando amenace al ofendido el inculcado así como a los testigos, cuando lo solicite el mismo inculcado, cuando durante la instrucción aparezca el delito motivo del auto de formal prisión se considera a este como grave, cuando en el proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia.

Ahora bien, dentro de los efectos que surten están los de suspender inmediatamente la libertad provisional cuando el inculcado no se encuentra a disposición de la autoridad, se deberá de librar orden de reaprehensión (salvo los casos de las fracciones IV, V y VI del art. 354 del C.P.P.), haciendo efectiva en favor del ofendido la garantía referente a la reparación del daño previo otorgamiento de una fianza que asegure su devolución en caso de que el inculcado sea absuelto de la reparación del daño en sentencia definitiva y respecto a las sanciones pecuniarias se harán efectivas a favor del Estado (art. 356 del C.P.P.).

2.2 ANALISIS DE LAS GARANTIAS DE PRENDA, HIPOTECA Y FIANZA

Para poder establecer una garantía de aquellas que fija el artículo 340 del Código de Procedimientos Penales Vigente en el Estado de México, es decir la prenda, hipoteca y fianza las cuales deben llevar formalidades especiales regidos por el Código Civil, por lo que en una forma general son: "contratos de garantía"; es decir por ser "convenios que producen o transfieren obligaciones o derechos"; (artículo 1793 Código Civil para el Distrito Federal), ahora bien si recordamos que el convenio es: " el acuerdo de dos o más personas destinadas a crear, transferir, modificar o extinguir una obligación" (artículo 1792 del Código Civil del Distrito Federal), por lo que la prenda, hipoteca van a ser "contratos de garantía" establecidos y regulados por la legislación civil ya plasmado en el código sustantivo de dicha materia, de aquí que: "los

contratos de garantías": "son aquellas que directamente sirven para asegurar al acreedor el pago de su crédito y para que confíen en el deudor quienes contraten con él".²⁹

Los contratos de garantía pueden ser de dos clases; primeramente los de garantía personal y los de garantía real, el primero tiende a garantizar al acreedor el cumplimiento de la obligación, mediante la pluralidad de deudores, el riesgo que corre el acreedor es menor, porque si el deudor principal no puede pagar, queda la posibilidad de ir en contra de los demás codeudores, la fianza presenta este tipo de seguridad.

Los contratos de garantía real a diferencia de los personales existe un peligro eminente de que el acreedor no pueda cobrar por la insolvencia de todos los deudores, la garantía real, va a recaer o a gravar un bien mueble o inmueble determinado por el deudor, dotando al acreedor un derecho real sobre ese bien, es decir puede detentar la facultad de vender dicho bien y el pago de su crédito por la venta del mismo, este tipo de contratos son la prenda y la hipoteca. Ahora bien estudiaremos de forma personal cada uno de estos, empezaremos por la prenda de aquí que su concepto sea que:

1.-*La prenda* .- es el contrato por el que un deudor o un tercero entrega al acreedor o a un tercero la posesión de un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de la obligación y su

²⁹ SANCHEZ MEDAL, Ramón, De Los Contratos Civiles, 11a ed. México, Edit. Porrúa, 1991 p. 616

preferencia en el pago (artículo 2856 del Código Civil para el Distrito Federal), con el producto de su venta en caso de incumplimiento de una misma obligación.

Para Clemente de Diego, citado por Rafael de Pina la prenda la define como: " un contrato por virtud del cual el deudor o un tercero por él, entrega al acreedor o a un tercero, de común acuerdo, una cosa mueble en seguridad del crédito, de tal modo, que vencido éste pueda hacer efectivo con el precio de la venta aquella, siendo restituida *en natura* en los demás casos de extinción del contrato".³⁰

Como se puede notar la prenda consiste básicamente en la entrega de un bien mueble enajenable para garantizar una obligación y en caso de un incumplimiento de la obligación pagarse con su venta.

ELEMENTOS DE LA PRENDA.-Dentro de los elementos de la prenda encontramos a los personales; estos van a consistir en quienes van a constituir la prenda.

a). ¿Quiénes van a constituir la prenda?, es decir pueden ser el deudor o bien podrá ser un tercero (artículo 2867 del Código Civil para el Distrito Federal), los que la pueden otorgar son los dueños legítimos de la cosa y la puedan dar, o en su defecto la persona legalmente autorizada para ello.

³⁰ Elementos del Derecho Civil Mexicano. Contratos en particular. 6a. ed. México. Edit. Porrúa, 1986 p. 264

Por los que: "nadie puede dar en prenda las cosas ajenas sin estar autorizado por su dueño".³¹ es decir que nadie puede dar una cosa que no es de él, si no es del dueño legítimo, o si no esta autorizado por éste.

Pero si la cosa se dio a otro con el objeto de que este la empeñe, la pena valdrá como si se hubiese constituido por el mismo dueño, o quien este autorizado para ello.

b) Elementos reales.- Va a recaer sobre la cosa objeto de la prenda en si , y en el objeto mismo de la prenda que va a ser garantizar la obligación por lo que sera el objeto dado como prenda y el credito que se esta garantizando.

De aquí que la cosa deberá ser un bien mueble (artículo 2856 del Código Civil para el Distrito Federal) enagenable, es decir aquellos que se pueden vender, teniendo como una excepción los frutos pendientes , consistentes en cosechas futuras, así tambien como los creditos (artículo 2865 del Código Civil para el Distrito Federal).

La prenda también puede recaer sobre bienes fungibles como lo son los frutos (artículo 2857 del Código Civil para el Distrito Federal), y de igual forma sobre dinero (artículo 336 de la Ley General de Títulos y operaciones de crédito).

³¹ SANCHEZ MEDAL, Ramón. Ob. Cit. p. 469

Dentro de la prenda también quedan comprendidos los frutos de la cosa dada en prenda, es decir, aunque los frutos pertenecen al constituyente de la prenda este puede reclamar la entrega de dichos frutos, puesto que estos siguen formando parte de la prenda.

El profesor Ramón Sánchez Medal nos da un ejemplo claro de esto: "si se entrega animales en prenda, las crías de ellos incrementan la prenda sin que el constituyente pueda retirarlos y sin que tampoco el acreedor prendario tenga derecho a apropiarse de tales crías, salvo convenio en contrario (artículo 2880 del Código Civil)".³²

Por cuanto hace a la *forma*; deberá constar por escrito conforme al artículo 2860 del Código Civil del Distrito Federal, si se otorgase entre particulares, se deberán de formar dos ejemplares, y se requerirá forzosamente la entrega de la cosa para el perfeccionamiento del contrato, se podrá proteger contra un tercero inscribiéndolo en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

La prenda es *indivisible*.- por regla general si se extingue parte del crédito o se destruye parte de la cosa va a existir en su totalidad el derecho real de la prenda, es decir la seguirá detentando en todas y cada una de sus partes (artículo 2890 del Código Civil) ya que cada parte del bien va a garantizar la totalidad del crédito y a su vez el crédito está garantizando la totalidad del bien. Se podrá reducir la prenda por los

³² Ob. Cit. p. 469

pagos parciales siempre que se haya dado en prenda varios objetos, o también cuando la cosa sea divisible (artículo 2890 del Código Civil), pero siempre y cuando queden los derechos del acreedor garantizados.

Ahora bien, este tipo de parcialidad no se podrá dar en la garantía dada por una persona que la otorga para gozar del beneficio de su libertad caucional, ya que se va a garantizar la obligación de un individuo por la realización de una conducta tipificada como delito, es decir, si bien es cierto que la resolución dada después de un proceso o durante el, va a determinar la responsabilidad de una persona, en tal virtud la garantía otorgada será dada en una sola parte, en consecuencia no se puede tener una responsabilidad "a medias", ya que se deberán de dar todos los elementos que haran presumible la responsabilidad penal de una persona por lo que será responsable en su totalidad y no solamente en partes hasta que no sea demostrado lo contrario, o bien se tenga una sentencia condenatoria en la cual quede demostrado el hecho o conducta delictiva.

Entre las obligaciones esenciales para el acreedor, es decir aquella persona que recibió la cosa como garantía son:

a) el de ser pagado con el precio de la cosa, así como la preferencia en su pago; el recobrar la prenda de cualquier persona que detente la cosa sin excepción del deudor mismo; el ser indemnizado de los gastos realizados y útiles para la conservación de la cosa, salvo convenio en contrario; que se use la cosa; el de exigir del deudor otra

prenda o el pago de la deuda aún antes del plazo convenido, si la cosa se deteriora o se pierde por su culpa; está obligado a conservar la cosa como si fuera propia y por último a devolverla luego de que sea pagada íntegramente la obligación, sus intereses si los hubiere y gastos de conservación si estos están estipulados (artículo 2876 del Código Civil).

b) *Dentro de los derechos y obligaciones del que ofrece la cosa como garantía están.*- el exigir que se deposite la cosa o que se garantice la restitución en el estado en que se entregó.

Si el que recibió la cosa como garantía "es perturbado en la posesión de la prenda debe avisar al dueño para que la defienda; si el que la ofreció no cumpliere con la obligación será responsable por los daños y perjuicios (artículo 2874)"³³; está obligado a la devolución de la prenda, pero si se enajena está o se concede su uso el adquirente no podrá exigir su entrega sino pagando el importe de la obligación garantizada con sus intereses y gastos en sus respectivos casos (artículo 2879 del Código Civil).

Extinción de la prenda .- El Código Civil para el Distrito Federal establece que puede terminar por la terminación de la obligación principal, ya sea por pago o por cualquier otra causa legal (artículo 2891).

2.- *De la hipoteca.*-Ramón Sanchez Medal establece que la hipoteca es un contrato "por el que un deudor o un tercero, (artículo 2904

³³ DE PINA VARA, Rafael, Ob. Cit., p. 271.

del Código Civil del Distrito Federal) concede a un acreedor el derecho a realizar el valor de un determinado bien enajenable, sin entregarle la posesión del mismo, para garantizar con un producto el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".³⁴

La hipoteca solamente da nacimiento a un derecho real que es " el que recae sobre el bien inmueble a un derecho real de hipoteca.

Recordemos que el derecho real según Rafael de Pina es: "la facultad correspondiente a un persona sobre una cosa específica y sin sujeto pasivo individualmente determinado contra quien aquella puede dirigirse. El derecho real es calificado de absoluto"³⁵.

Atendiendo a la definición que nos da éste autor, el contrato de hipoteca es aquel por el cuál una persona o bien un tercero concede a una persona llamada acreedor, el derecho a hacer efectivo el valor del mismo bien, dicho acreedor va a tener la facultad de realizar con ésta lo que más le favorezca y así garantizar el cumplimiento de la misma.

Dentro de las clases de hipotecas .- Tenemos que podrán ser:
a) las voluntarias.- Que son aquellas en las que se constituyen por una voluntad espontánea del deudor, es decir de quien la ofrece mediante

³⁴ SANCHEZ MEDAL, Ramón. Ob. Cit. p. 447

³⁵ Diccionario de Derecho. p. 186.

una declaración de su propia voluntad, en cualquier forma exigida por la ley, o por medio de un contrato.

b) la necesaria.- Esta se da por disposición de la ley (artículo 2935 del Código Civil), la cual obliga a ciertas personas para a asegurar los bienes que administran o para garantizar los créditos de determinados acreedores (artículo 2931 del Código Civil).

El profesor Rafael de Pina nos señala que " necesidad de la hipoteca quiere decir que ante la situación prevista por la ley el obligado a otorgarla nada puede hacer para impedirlo, pues su voluntad resulta ineficaz para ello" .³⁶

Este mismo autor nos señala que los que legalmente tiene este derecho son: a) el coheredero a participe sobre los bienes repartidos; b) los descendientes de cuyos bienes fueren meros administradores los ascendientes tomando en cuenta lo que dispone la fracción III del artículo 520 del Código Civil; c) los menores y demás incapacitados sobre bienes de los tutores, por los que estos administren; d) los legatarios por los importes de los legados; e) el estado, los pueblos y los establecimientos públicos sobre los bienes de su administración para asegurar las rentas de sus respectivos cargos (artículo 2935 del Código Civil).

Dentro de los elementos del contrato de hipoteca .- tenemos:

³⁶ Elementos de Derecho Civil Mexicano Contratos en Particular. p. 293

a) *Las personas que intervienen:* son el acreedor hipotecario, (el deudor) y eventualmente el tercero, solo pueden hipotecarse aquellos bienes que puedan enajenarse, siempre que dichos bienes sean enajenables (artículo 2906 del Código Civil) la hipoteca se podrá constituir tanto por el deudor como por un tercero (artículo 2904 del Código Civil);
b) *Dentro de las formalidades tenemos.-* Que siempre deberá de ser por contrato otorgándose en escritura privada firmada por las dos partes y ante dos testigos (artículo 2917 del Código Civil) cuando el bien que se hipoteca tiene un valor de trescientos sesenta y cinco veces del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal su venta se registrará publicamente si excede el valor de la cantidad ya establecida (artículo 2320 del Código Civil).

Respecto a la hipoteca el artículo 347 del Código de Procedimientos Penales Vigente para el Estado de México nos establece:

ART. 347.- "Cuando la garantía consiste en hipoteca, el inmueble no deberá tener un gravamen alguno, de veinte años a la fecha, y su valor fiscal será cuando menos, tres veces el monto de la suma fijada como caución y deberá estar al corriente en el pago de los impuestos".

Estas son medidas que nos marca la ley para poder otorgar la garantía por medio del contrato de hipoteca.

Para protegerse de terceros es indispensable la inscripción en el Registro Público de la Propiedad (artículos 2919, 2925, 3007 y 3042 fracción I del Código Civil para el Distrito Federal 25 y 60, *in fine*, Registro

Público de la Propiedad y del comercio), y cuando la Constitución de hipoteca se ha hecho en escritura pública debe de hacerse la ratificación de firmas de los que contratan (artículo 3005 del Código Civil), para su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

c) *Dentro de los elementos reales de hipoteca tenemos que .- Son dos:*

1) *Los bienes que han de ser hipotecables.-* Serán solamente los que sean enajenables (artículo 2906 del Código Civil para el Distrito Federal) ya que los derechos de uso y habitación entre otros no pueden hipotecarse. Es necesario que los bienes sean inmuebles ya que el Código Civil no lo exige de manera expresa, el Profesor Sanchez Medal nos dice " que no hay hipotecas civiles sobre Inmuebles dado que la garantía real sobre muebles que no se entregan al acreedor sino que los conserva el deudor, será siempre prenda."³⁷

2) *Dentro de los créditos susceptibles de garantía hipotecaria.-* Puede ser de una declaración unilateral de voluntad, de un contrato o de una ley (artículo 317, 519 párrafo 1, y 1708 del Código Civil) , o bien de una resolución judicial.

3.- *Dentro de los derechos y obligaciones de las partes tenemos que:*

³⁷ Ob. cit. p. 483

a) El acreedor hipotecario no tiene derecho inmediato sobre la cosa hipotecada, pero si tiene un derecho a demorar a la posesión de la cosa, ya que su derecho de posesión comienza hasta que la obligación que se esta garantizando se hace exigible por el incumplimiento de el deudor.³⁸ Cuando el deudor hipotecario habita el bien hipotecado lo conservará como si fuese depositario y no como propietario por lo que no podrá darlo en arrendamiento (artículo 483 del Código de Procedimientos Civiles) .

En el caso de que hubieren frutos producidos por la cosa dada en hipoteca antes de que el acreedor exiga el pago de su crédito le corresponderá al deudor los frutos (salvo pacto en contrario) como lo menciona el artículo 2897 del Código Civil, pero los producidos después del juicio hipotecario, quedan inmovilizados y forman parte de la hipoteca, convirtiéndose en depositario judicial del bien hipotecado así como de los frutos (artículos 481, 482 del Código de Procedimientos Civiles).

b).- *El derecho a enajenar por parte del acreedor.*- Será siempre por via judicial (artículo 12, 468 a 487 del Código de Procedimientos Civiles) el acreedor solo puede adquirir la cosa hipotecada, como postor dentro del remate judicial o fuera de remate, al precio que las partes convengan, sin perjudicar los derechos de terceros (artículo 2916 del Código Civil)

c).- *El derecho de preferencia en el pago.*- El acreedor hipotecario tiene derecho a ser pagado con preferencia de los demás acreedores

³⁸ Cfr. SANCHEZ MEDAL, Ramón. Ob. Cit. p. 491.

(artículo 2883 y 2916 del Código Civil) y cuando hay concurso de varios acreedores, al más antiguo (artículo 2982 del Código Civil) siendo preferentemente el acreedor que primeramente hubiera presentado su título para la inscripción en el Registro Público de la Propiedad (artículo 3015 del Código Civil) o bien a aquel acreedor preferido por los anteriores acreedores.

En cuanto a la terminación de la hipoteca.- De manera general la hipoteca se puede extinguir por la misma causa que se extingue la obligación garantizada por tener carácter accesoria.

El profesor Sánchez Medal nos da dos causas de extinción de la hipoteca, es decir por vía de consecuencia o "indirecta" que sería por la extinción de la obligación garantizada, y por "vía directa"³⁹ que es por prescripción, anulación etc. (artículo 2941 fracción II), pero nuestro Código Civil para el Distrito Federal no hace ninguna distinción entre ninguna de ellas, el artículo 2940 del Código citado nos dice que la hipoteca producirá todos sus efectos frente a terceros mientras no sea cancelada su inscripción, la extinción de la hipoteca puede pedirse y se deberá ordenar en los casos que ordena el artículo 2941 del Código Civil del Distrito Federal que son:

a) Cuando se extingue el bien hipotecado.

³⁹ Ob. Cit. p.493.

- b) Cuando se extingue la obligación a que se dio de garantía.
- c) Cuando se resuelva o extinga el derecho del actor sobre el bien hipotecado.
- d) Por expropiación por causa de utilidad pública.
- e) Por remate judicial de la finca hipotecada, (teniendo la aplicación del artículo 2325 del Código de referencia.)
- f) Por remisión expresa del acreedor.
- g) Por declaración de estar prescrita la acción hipotecaria.

La hipoteca que se extingue por Dación en pago, revivirá si esta queda sin efecto, ya sea porque la cosa dada en pago se pierda, por culpa del deudor o bien que la pierda por evicción (artículo 2942 del Código Civil)

Para la eficacia de la extinción se requiere la cancelación de la inscripción (artículo 3029 al 3040 del Código Civil).

De la acción hipotecaria.- Es el instrumento legal, por el cuál el acreedor de ser necesario puede obtener por vía del proceso la

satisfacción efectiva de los derechos, que por tener esta calidad son reconocidos.

Esta acción tendrá un término de diez años contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito (artículo 2918 del Código Civil).

El Código de Procedimientos Civiles dice:

ART. 12.- "Se intentará la acción hipotecaria para constituir, ampliar y registrar una hipoteca; o bien para obtener el pago, o prelación del crédito que la hipoteca garantice. Procederá contra el poseedor a título de dueño del fondo hipotecario, en su caso, contra los otros acreedores. Cuando despues de fijada y registrada la cédula hipotecaria y contestada la demanda, cambiare el dueño y poseedor jurídico del predio, con éste continuará el juicio".

Ahora bien, de todo lo anterior se puede denotar que éstos dos tipos de contratos, es decir la hipoteca y la prenda tienen una aplicación muy limitada en la vida práctica, quizás por la existencia de otra garantía como "la fianza", ya que esta es mucho más común y quizás más fácil y rápida para su otorgamiento, así también por la existencia de compañías "afianzadoras" las cuales son mucho más confiables y seguras de otorgar la garantía citada, por lo que nos referiremos en que consiste la conveniencia de la otorgación de la fianza como garantía, por lo que:

3) La fianza.- El autor Ramón Sanchez Medal la define como: "La fianza es el contrato por el que una persona, llamada fiadora, distinta del

deudor y del acreedor en una determinada obligación, se obliga con éste último a pagar dicha obligación en caso de que el primero no lo haga".⁴⁰

El artículo 2794 del Código Civil para el Distrito Federal establece la fianza como: un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

Como podemos notar la obligación del fiador va a consistir en que éste se hace responsable de que el deudor principal cumpla con su obligación; el profesor Rafael de Pina Vara nos hace mención de que "el concepto jurídico de la fianza consiste con el concepto vulgar, por lo que todo el mundo entiende por fianza; afianzar, otorgar fianza, equivalente a responder por otro".⁴¹

Por lo que la fianza es el compromiso que toma un tercero para cumplir la obligación del deudor.

Ahora bien, deduciremos que la fianza será una relación jurídica entre una persona llamada fiador y otro de nombre acreedor, por medio del cual el primero (fiador) se obliga con el segundo (acreedor) a responder por la deuda de un tercero llamandose éste deudor principal, para el caso de que el primero incumpla.

⁴⁰ Ob. cit. p. 445

⁴¹ Elementos de Derecho Civil Mexicano, Contratos en Particular. p. 429

Dentro de los *elementos personales* de la fianza, las partes que celebran y concluyen el contrato de fianza son el acreedor y el fiador, estas personas tendrán como único requisito la capacidad general para contratar (1798 C.C. del D.F.), no será necesario que el fiador acredite su solvencia, ya que ésto lo deberá de prevenir el deudor, "...aunque el deudor principal este conforme con la contratación de la fianza y aún más que sea el mismo quien proponga su fiador dicho deudor no es un elemento personal de la fianza, pues entendemos por tales aquellas personas que integran la relación jurídica de la fianza".⁴²

El Código Civil para el Distrito Federal, en cuanto a la forma de otorgamiento nos dice que la fianza no exige ninguna formalidad especial, salvo aquellos casos expresamente designados por la ley por lo que bastará con el simple consentimiento de las partes para conformar éste contrato.

Por cuanto hace al elemento real de la fianza se le llama así a la obligación asumida, en este caso a la obligación fiadora, y a esta se le llama obligación principal, esta obligación principal puede ser entre el acreedor y deudor, que con este supuesto hablaremos de la fianza, la obligación que existe entre acreedor y fiador en éste caso hablaremos de subfianza y, por vía de regreso que sería entre fiador y deudor este supuesto sería de retrofianza, es decir estos tres tipos se dan por la

⁴² CONCHA MALO, Ramón La Fianza en México. México. Edit. Futura Editores, S.A. de C.V. 1968, p. 13

obligación principal que garantizan, por lo que la fianza no puede tener una prestación mayor a la que consiste la obligación principal.

Dentro de los efectos de la fianza tenemos que producen básicamente dos, los que nacen directamente del sólo contrato y que *surgen entre el fiador y el acreedor*, y son:

a) La obligación del fiador de pagar al acreedor en caso de incumplimiento por parte del deudor, esta obligación del fiador es una obligación personal distinta a la del deudor principal,⁴³ accesoria y va a estar sujeta a condición (arts. 2800, 2799, 1938, 1953 y 2828 del C.C. del D.F.).

b) La obligación del acreedor de pagar al fiador lo convenido solamente los casos de fianza honerosa (art. 2795 del C.C. del D.F.).

2.- EFECTOS ENTRE FIADOR Y DEUDOR U OBLIGADO PRINCIPAL. - Dentro de los efectos que se dan entre el fiador y el deudor son:

a) El de ser indemnizado cuando paga el fiador la deuda principal, los intereses si los hubiere, de los gastos hechos por el pago y de los daños y perjuicios sufridos por causa del deudor (arts. 2828 y 2829 del C.C del D.F.).

⁴³ Cfr., SANCHEZ MEDAL, Ramón. Ob Cit. p 453

b) El de subrogación, si paga el fiador subroga los derechos que tenía el acreedor contra el deudor.

c) La transacción, si el fiador hubiese dado más al acreedor de común acuerdo de lo que realmente era el acreedor no puede exigir al deudor sino que solamente lo que en realidad pago (art. 2831).

d) Si el deudor ignora el pago hecho por el fiador, por no comunicarlo, el segundo y el primero paga no puede repetir contra el deudor, sino contra el acreedor.

Dentro de los efectos si es más de un fiador para un mismo deudor y por una sola deuda, el que la haya pagado puede reclamar a los demás en su parte proporcional a los demás cofiadores.

Por cuanto hace a las *formas de extinción de la fianza, por ser accesoria la fianza se podrá extinguir por dos formas:*

a) Por vía directa o de consecuencias, es decir cuando se extingue la obligación (ya que desaparece el objeto principal de la fianza), pero existe una excepción ya que la obligación fiadora seguira existiendo si se declara nulidad de la obligación principal, si esta nulidad es del deudor principal (art. 2797 del C.C. del D.F.).

El profesor Concha Malo nos explica un poco más esta excepción al referir que "... se contrata la fianza para evitarse el acreedor el riesgo de restituir lo que hubiere pagado como contraprestación. Lo que no significa que el fiador soporte en su patrimonio lo que hubiese pagado por el deudor, ya que conserva frente a éste la acción de repetición o de reembolso, que en el último de los casos, y tratándose de incapaces tendría como fuente el enriquecimiento ilegítimo, puesto que lo que la ley tutela al declarar nulo los actos de los menores es que no se abuse de su inexperiencia e ignorancia, pero no el que con base en ellas se enriquezcan en detrimento de otros. Cfr. Art. 2075".⁴⁴

B) Por vía directa o principal esta se da cuando subsiste la obligación principal pero se extingue la accesoria de la fianza, ya sea por causas que la misma ley establece, por la voluntad de las partes, o bien por modos únicos de la fianza (art. 2844 al 2849, 2830 y 2852 del C.C. del D.F.)⁴⁵

Como podemos ver hemos estado hablando de la fianza como contrato civil atendiendo únicamente a la obligación principal que se va a garantizar accesoriamente, por lo que se habla de fianzas simples o directas, cuando se garantiza la obligación del deudor principal ante el acreedor; de subfianza cuando se garantiza la obligación del fiador ante el

⁴⁴ Ob. Cit. p 40

⁴⁵ Cfr., IDEM

acreedor y se habla de contra o retrofianza cuando se garantiza la obligación del reembolso del deudor frente al fiador.

Por lo que, en cuanto al origen de la obligación fiadora, según la doctrina la clasifica en tres:

a) *La fianza convencional.*- Es aquella que se deriva únicamente de la voluntad de las partes en el contrato principal, o por medio de la voluntad entre el deudor y el fiador, el profesor Rafael de Pina Vara se refiere a ésta como "la que tiene su origen en un contrato".⁴⁶

b) *La fianza legal.*- Es la que se otorga como consecuencia de una disposición legal (art. 2850 del C.C. del D.F.) para asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones o encargos.

c) *La fianza judicial.*- Es la que debe de otorgarse como consecuencia de una providencia judicial.

Respectos a estas dos últimas el profesor Ramón Concha Malo nos comenta que "... en nuestro derecho se puede hablar de fianzas propiamente judiciales, pues se dice que el juez no impone la obligación de otorgarlas sin un fundamento legal, lo cual resulta obvio si se considera la naturaleza de autoridad del juzgador y el principio de legalidad que debe campear en su actuación, de lo que se concluye que,

⁴⁶ *Elementos de Derecho Civil Mexicano. Contratos en Particular.* p. 218

en todo caso, en nuestro derecho positivo sólo hay fianzas convencionales y legales".⁴⁷

Hasta aquí hemos hablado de la fianza civil como contrato ya que toda la fianza convencional antes del contrato no existe, si no hay una obligación de otorgar dicha garantía personal, sin embargo en la fianza judicial y legal antes de celebrar el contrato ya existe la obligación de otorgar esa garantía, por disposición judicial o de la ley,⁴⁸ obviamente mediante contrato, teniendo una reglamentación especial como ya lo hemos mencionado antes en los artículos 2850 al 2855 del Código Civil del Distrito Federal.

Ahora bien, existen algunos inconvenientes para poder cumplir ciertas obligaciones por medio de fianza, como el que los deudores no puedan obtener un fiador ya que están impedidos en ciertos casos a contratarlos, de igual forma nadie quiere obligarse como fiador, ya que los fiadores contraen muchas responsabilidades y cargos que pudieron haberse evitado si no se obligan como tales que en un momento determinado no puedan solventar los cargos contraídos. Es por lo que en consecuencia nacen así las compañías afianzadoras o empresas afianzadoras, estas son empresas dedicadas a expedir de manera regular y profesional garantía como la fianza siendo muchas veces honerosas las cuales se controlan asimismo para su solvencia también tendrán una

⁴⁷ CONCHA MALO, Ramón. Ob. Cit. p. 46

⁴⁸ Cfr., SANCHEZ MEDAL, Ramón. Ob. Cit. p. 447

regulación especial plasmada en la Ley Federal de Instituciones de Fianza, el profesor Concha Malo nos da una definición diciendo que es "aquella que otorga en forma habitual y profesional una sociedad mercantil -en nuestro derecho sociedad anónima-, en forma honorosa - mediante el pago de un premio o prima-, sobre la base de la solvencia del sujeto afianzado -recuperabilidad de lo pagado, en su caso, con un control por parte del Estado no sólo en cuanto al nacimiento de la empresa otorgante- autorización para operar-, a su funcionamiento y desarrollo- por considerarse que operan en cierta forma con el crédito público-, sino también en cuanto al cumplimiento de las obligaciones contraídas al expedir dicha garantía".⁴⁹

De lo anterior se puede apreciar que la institución afianzadora tendrá un propósito o como fin el expedir garantías a cambio de una prima o recompensa, es por lo que se sujeta a una legislación especial como lo es la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, como lo establece el artículo primero de dicha ley estableciendo lo siguiente:

ART. 1o.-"La presente Ley se aplicará a las Instituciones de fianzas cuyo objeto será otorgar fianzas a título oneroso.

"Las Instituciones nacionales de fianzas se registrarán por sus leyes especiales y a falta de estas o cuando en ellas no este previsto, por lo que estipula la presente.

"...".

⁴⁹ Ob. Cit. p. 59

Esta ley hablará de la organización, funcionamiento, operación, prohibiciones, contabilidad, inspección y vigilancia, revocación de las instituciones de fianzas como sociedades anónimas, las cuáles prestarán sus servicios específicos regulados por dicha ley.

En términos generales se aprecia en este apartado que en la vida práctica es mucho más común el otorgamiento de una garantía por medio de la fianza, es decir por la rapidez y prontitud que significa dicha garantía, en consecuencia es la más utilizada hoy en día.

En relación a lo anterior como hemos anotado no deja de ser un contrato ya que ambas partes cubren un requisitos ya establecidos en las normas respectivas.

2.3 DELITOS EN QUE SE OTORGA LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION.

El interés común de toda sociedad es el que no se cometan delitos, y también las causas o motivos que llevan a un individuo a delinquir disminuyan. Sería un razonamiento injusto el que dos delitos que ofendan a la sociedad de manera diferente sean castigados de una forma igual ya que no existiría una distinción entre ambos delitos por lo que daría igual cometer uno u otro.

Debemos de considerar que la medida de los delitos, es proporcional al *daño producido a la sociedad*⁵⁰, como sabemos la finalidad de toda ley es el de tener una armonía y paz entre la sociedad, es decir el manifestar que cierta actitud o cierto hecho realizado sea considerado como delito (tipicidad), por lo que para que exista está debiera considerarse conducta delictiva en la ley.

Ahora bien un delito va a destruir a la sociedad por lo que se debe castigar este con una pena pero ¿como podemos delimitar un margen entre delito-pena?; consideramos que: como lo establece el Profesor Cesare Beccaria al decir que algunos delitos "... ofenden a la seguridad particular de un ciudadano en su vida, en sus bienes o en su honor; otros son acciones contrarias a lo que cada cual esta obligado a hacer con miras al bien público".⁵¹

Por lo que no se puede decir que la medida de los delitos será por la intención de quien los cometa, porque existen hombres que con la mejor de las intenciones realizan más mal que aquellos que con la peor voluntad hacen el mayor bien, consideremos también que la medida de los delitos es proporcional a los grandes cambios ocurridos en la sociedad, como lo establece el Profesor Sergio García Ramírez al referir que: "las preocupaciones religiosas ya decaídas, dieron lugar a los crímenes de blasfemia, herejía y hechicería...; cuestiones económicas

⁵⁰ Cfr. BECCARIA, Cesare. *De los Delitos y de las Penas*. 2a. ed. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa-América. 1974 p. 164

⁵¹ Ob. Cit., p. 166

derivaron en delitos fiscales e infracciones contra el comercio... del crimen violento se ha pasado, ciertamente al fraudolento." ...del individuo criminal o a la pareja delincuente, luego a la banda o a la gavilla, después a la pandilla urbana, y más tarde-para petadtras una apariencia respetable-..."⁵², refiere este mismo autor que si cambia el número de delincuentes, también claro el de las víctimas "mediante el tránsito del crimen de una víctima al delito disperso, como la infracción ecológica, el delito contra la salud, el crimen contra la economía o el genocidio, que no selecciona con fina puntería al sujeto pasivo, sino estallan de pronto o insidiosamente cobran terreno".⁵³

Veamos algunas definiciones más destacadas de delito por diversos autores como: Raúl Carranca y Trujillo que define al delito como "la acción antijurídica, típica, culpable."⁵⁴

Celestino Porte Petit Candaudap lo define como "conducta punible"⁵⁵

Fernando Castellanos Tena, nos dice que es "la acción típicamente antijurídica y culpable".⁵⁶

⁵² GARCIA RAMIREZ, Sergio. Justicia Penal. México, Edit. Porrúa, 1982, p. 7.

⁵³ IBIDEM, p. 8

⁵⁴ Derecho Penal Mexicano. México, Edit. Porrúa, 1977 p. 382

⁵⁵ Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal I, 8a. ed. México, Edit. Porrúa, p. 248.

⁵⁶ Lineamientos Elementales del Derecho Penal, 18a ed. México, Edit. Porrúa, p. 129.

En consecuencia el delito va a ser una conducta castigable y antijurídica, ya que se encuentra definida en un ordenamiento como es el caso del Código Penal, llamando como delito a ciertas conductas.

En tal virtud podemos determinar como conclusión que las penas o la gravedad de los delitos dependerán de las costumbres o bien de las normas que existen en un país, es decir todo aquello que se considere perjudicial a la sociedad lo podrán determinar como delito o no .

El Código Penal vigente para el Estado de México clasifica los delitos en :

- DELITOS CONTRA EL ESTADO.
- DELITOS CONTRA LA COLECTIVIDAD.
- DELITOS CONTRA LAS PERSONAS.
- DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO.
- DELITOS ELECTORALES.

Esta clasificación es legal, por estar contemplada en la ley antes citada y se clasifica tomando en cuenta el objeto que va a proteger la norma penal (bien jurídico tutelado) por ejemplo el delito de homicidio en donde la norma va a proteger la vida.

Este mismo ordenamiento nos refiere que los delitos considerados como graves son:

ART. 8-Bis. "Se califican como delitos graves para todos los efectos legales: el cometido por conductores de vehículos de motor, indicado en el artículo 63; el de rebelión, previsto en los artículos 109 último párrafo, 110 primer y tercer párrafos y 112; el de sedición, señalado en el artículo 115 segundo párrafo; el de abuso de autoridad, contenido en el artículo 140 fracción II; el de peculado, señalado en el artículo 143 fracción II; el de evasión a que se refiere el artículo 161; los cometidos por fraccionadores, señalados en el artículo 193; el de ataques a las vías de comunicación y transporte contenido en el artículo 199; el de corrupción de menores señalado en los artículos 210 tercer párrafo y 214; el de lenocidio y trata de personas, previstos en los artículos 215 y 217; el de lesiones que señala el artículo 238 fracción III; el de homicidio, contenido en los artículos 246 y 248; el de parricidio a que se refiere el artículo 255; el de secuestro señalado por el artículo 268 primer párrafo y fracciones IV y V; el de robo de infante previsto en el artículo 269; el asalto a una población a que se refiere el artículo 273 último párrafo; el de violación señalado por los artículos 279 y 281; el de robo contenido en los artículos 298 fracción V, 300 y 301; el de abigeato, señalado en el artículo 310 primer párrafo; el de despojo que se refiere el artículo 320 último párrafo; y el de daño en los bienes, señalado por el artículo 322; y, en su caso, su comisión en grado de tentativa como lo establece este Código, y los previstos en las leyes especiales cuando la pena máxima exceda de diez años de prisión.

Como se denota del artículo anterior de ésta ley es muy clara al establecer aquellos delitos que se van a considerar como graves por lo que aquellos delitos en que se puede gozar la libertad provisional bajo caución, como lo establece el artículo 340 en su fracción IV del Código de Procedimientos Penales Vigente en el Estado de México nos dice que gozaran de dicha libertad siempre que no se trate de aquellos delitos señalados como graves, por lo que la consecuencia lógica y a *contrario sensu*, todos aquellos delitos no establecidos en el artículo 8 bis serán

considerados como no graves por tanto en todos los demas delitos se podra gozar del beneficio de la libertad bajo caución excepto los previstos en las leyes especiales y cuando la pena máxima exceda de diez años de prisión.

Nuestra Carta Magna también da un margen de los delitos al establecer en el primer párrafo del artículo 18 al referir:

ART. 18.-"Solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva"

Como acabamos de ver en nuestra Constitución no se maneja un limite para la aplicación de la pena corporal es decir nos da solamente la referencia de los "delitos que merezcan pena corporal" solo nos habla de prisión preventiva pero en si no como se va a determinar la gravedad de ésta o bien en que basarse, por lo que lo anterior se lo deja a lo establecido en las leyes secundarias como lo es el Código Sustantivo de la Materia.

2.4 FORMAS DE GARANTIZAR LA REPARACION DEL DAÑO.

Para el desarrollo de éste punto estableceremos primeramente el concepto de reparación del daño, por lo que:

El profesor Guillermo Colín Sánchez lo define como "la reparación del daño: "es un derecho subjetivo del ofendido y la víctima del delito, para ser resarcido de los perjuicios causados en sus bienes, jurídicamente tutelados como consecuencia del ilícito penal"⁵⁷

Este autor establece que la reparación del daño va a ser un derecho subjetivo toda vez que es necesario del llamado ofendido o víctimas (aquellos que tengan derecho a dicha reparación) para así por medio del auxilio del Estado se puedan hacer efectiva la reparación civil, asimismo manifiesta que al decir resarcimiento del daño, se refiere a la restitución de la cosa que pudo haber sido sustraída por quien cometió el delito, así como con el pago del daño material o bien pago de la reparación del daño moral.

Recordemos que nuestra legislación mexicana señala la reparación del daño como una obligación para el que comete un delito ya que la función del Estado va a ser la de la defensa social.

La reparación del daño va a ser una pena pública, y será así por los daños causados a la sociedad en sí, es decir la del detrimento de las garantías y todo daño causado moralmente al ofendido, por lo que la legislación tanto penal y civil, contemplan la reparación del daño y para cuestiones del presente trabajo nos referiremos a la materia penal únicamente, por lo que hablaremos de los daños causados por la acción

⁵⁷ Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 14a ed. . México, Ed.. Porrúa, 1993, p. 627..

u omisión de una conducta llamada delito o bien la pérdida del bien jurídico tutelado, aunque como veremos más adelante se podrá seguir el pago de la reparación del daño por vía meramente civil (después de dictada la sentencia irrevocable).

Ahora bien, retomando de nueva cuenta la definición dada por el profesor Guillermo Colin Sánchez y toda vez que la reparación del daño será la restitución de la cosa obtenida por el delito, o bien el deterioro moral causado a la víctima, será conveniente ver lo que dice la ley sustantiva penal referente a la reparación del daño, en el capítulo cuarto del Código Penal vigente para el Estado de México encontramos en que consiste la reparación del daño al decir que:

ART. 29. - "La reparación del daño comprende:

"I La restitución de la cosa obtenida por el delito, con sus frutos y accesiones, y el pago en su caso de deterioros y menoscabo. La restitución se hará aún en el caso de que la cosa hubiere pasado a ser propiedad de un tercero; a menos que sea reivindicable o haya prescrito la acción reivindicatoria, pero el tercero será oído en un incidente tramitado en la forma que señale el Código de Procedimientos Penales;

"II El pago de su precio si la cosa se hubiere perdido o incorporado a otra por derecho de accesión, o por cualquier causa, no pudiere ser restituida; y

"III La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima o el ofendido. El monto de la indemnización por el daño moral no podrá ser inferior a treinta ni superior a mil días multa;

"IV El resarcimiento de los perjuicios ocasionados."

Como acabamos de notar en este artículo es de manera imperativa el de reponer la cosa pérdida por el delito y si no existiera la posibilidad de recuperarla deberá de ser por el precio que hubiera tenido éste.

Por lo que hace a la forma de indemnización por el daño moral éste es muy difícil de precisar su monto y en cuanto al daño causado, y dicha legislación nos da solamente márgenes de las cantidades en aquellos delitos de daño subjetivos como lo serían el delito de calumnia el cual consiste en imputar falsamente la realización de un delito ya sea por un hecho real o falso, en éste supuesto la misma ley establece hasta quinientos días multa por concepto de reparación del daño; el delito de difamación el cual va a consistir en comunicar a una o varias personas de un hecho cierto o falso que pueda causar deshonra o desprecio de alguien, en éste delito por concepto de reparación del daño será hasta setecientos días multa.

En consecuencia la reparación del daño se exigirá de oficio por el Ministerio Público quien deberá de acreditar su procedencia y monto, pero considero que es muy difícil de acreditar durante el periodo de pruebas los daños subjetivos de la persona ofendida, es decir, para poder cuantificar los daños producidos por el delito efectuado, la reparación del daño en caso de pérdida material deberá de pagarse en su totalidad porque si no fuese así y en los casos de insolvencia, por ejemplo del

inculpado no se podría decir que la reparación del daño fuese pena pública sirviendo de apoyo la siguiente tésis.

REPARACION DEL DAÑO, FIJACION DEL MONTO DE LA. - La reparación del daño en cuanto consista en la restitución de la cosa obtenida por el delito y en los frutos existentes, o en el pago del precio de ellos; o en la indemnización del daño material causado a la víctima o a tercero, no debe ser inferior al perjuicio material sufrido por la víctima en cualquiera de los casos a que se refiere la ley, así sea total el estado de insolvencia del inculpado, ya que de tomarse rígidamente en cuenta esta circunstancia, la reparación del daño como pena pública dejaría de ser aplicable en todo los casos de insolvencia del responsable del delito; la capacidad económica del obligado al pago de la reparación del daño, sólo debe tenerse en cuenta para fijar el monto del daño moral.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Vol. XCII, Pág 44. A.D. 571/65.- Silvestre Paz Juárez.- 5 votos.

Vol. CXXXII, PÁG. 34 A. D. 3469/64.- Manuel Aguilera Robles.- 5 votos.

Séptima Epoca, Segunda Parte:

Vol. 39, Pág 81. Reclamación en el amparo 4630/70.- Rosalva Jiménez Vda. de Martínez y Goog.- Mayoría de 4 votos.

Vol. 48, Pág. 21. A.D. 3134/72.- Gonzalo Pérez Rivera.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. 48 Pág. 39 A. D. 7696/65.- David García Borges.- Mayoría de 4 votos.

Apéndice 1917-1975. Primera Sala. Núm. 268. Pág. 582.

En consecuencia una vez establecido el monto de la reparación del daño estimada en dinero, esta se deberá de garantizar con efectivo únicamente de acuerdo con la disposición del artículo 340 del código de Procedimientos Penales en su último párrafo, por lo que éste artículo es muy claro en establecer que únicamente será por medio de dinero en efectivo.

CAPITULO TERCERO

GARANTIA EN EFECTIVO EN LA REPARACION DEL DAÑO

- 3.1 REPARACION DEL DAÑO EN EFECTIVO PARA GOZAR DEL BENEFICIO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL**
- 3.2 LA REPARACION DEL DAÑO EN LA SENTENCIA DEFINITIVA**
- 3.3 CONDICIONES PARA FIJAR LA GARANTIA EN LA REPARACION DEL DAÑO**
- 3.4 LA GARANTIA EN EFECTIVO**
- 3.5. INCONSTITUCIONALIDAD DE EXHIBIR EXCLUSIVAMENTE EN EFECTIVO LA GARANTIA PARA LA REPARACION DEL DAÑO**

CAPITULO TERCERO

GARANTIA EN EFECTIVO EN LA REPARACION DEL DAÑO

3.1. REPARACION DEL DAÑO EN EFECTIVO PARA GOZAR DEL BENEFICIO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

Como ya lo hice notar la reparación del daño consiste en el resarcimiento del daño producido por la comisión de un delito, ahora bien nuestra legislación tiene el propósito de asegurar a la víctima de un delito, "acarrea daños específicos a sujetos determinados. Estos son los daños privados, para los que está abierta la vía reparadora penal o civil"⁵⁸ Aunque la verdadera naturaleza de ésta sea civil.

Será el Ministerio Público el encargado de comprobar el monto de la reparación del daño y de igual forma si es necesario su proceder (art. 32 del C.P.P.) por lo que solo esta la puede pedir, pero para que se de el pago podrá ser con la ayuda del ofendido, pudiendo aportar al Agente del Ministerio Público o bien en su caso al juez que conozca del asunto, todos aquellos datos o pruebas que tenga el ofendido para creditar dicho pago,

⁵⁸ GARCIA RAMIREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Sergio. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. 4a. ed. México, Edit. Porrúa. 1985 p. 592

como notamos los legisladores al otorgarle el caracter de pena pública es con el fin de darle más atención a la víctima de un delito.

De lo anterior "la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública; pero cuando la misma reparación deba exigirse a tercero, tendrá el caracter de responsabilidad civil ..."⁵⁹

En base a lo anterior me pregunto ¿cómo debe garantizarse entonces la reparación del daño? sabemos que se tiene que garantizar el daño causado por lo que solamente será en efectivo, teniendo como base el daño producido, por ejemplo en los delitos patrimoniales, se deberá de cubrir por la totalidad del daño producido (delitos como robo, fraude, despojo, daños en los bienes, etc.). Cuando fuese un daño moral no podrá ser inferior a treinta ni superior a mil días multa (como los delitos producidos contra la reputación de las personas, como lo serían injurias, difamación y calumnias). El Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México en su artículo 340 último párrafo nos obliga a cubrir dicho pago -quedando al arbitrio del juez- salvo disposición en contrario siendo siempre en efectivo, claro esta que se deberá de cumplir ciertos requisitos por parte de quien la fija que en el caso concreto sería el juzgador, por lo que en aquellos delitos del daño moral se deberá de considerar la capacidad económica del inculpaado. Para lo cual sirve de apoyo la siguiente tesis jurisprudencial:

⁵⁹ GARCIA RAMIREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Sergio. Prontuario del Proceso... p. 394

REPARACION DEL DAÑO. FIJACION DE LA .- La Jurisprudencia visible a fojas 49 del Volumen CXIV, Sexta Epoca, del Semanario Judicial de la Federación, que bajo el rubro "REPARACION DEL DAÑO, FIJACION DE LA ", establece: "El artículo 31 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, al exigir como requisito indispensable la capacidad económica del inculpado, se refiere exclusivamente a los casos en que es menester reparar el daño moral, dado que en este respecto el juzgado no tiene otra base para fijar su monto que su prudente arbitrio, en donde aparece como índice de gran trascendencia la situación económica del acusado y no en casos en que la condena se refiere a la reparación del daño material, cuyo monto se encuentre debidamente acreditado en autos, tanto con el dictamen pericial sobre el valor de los daños causados, como por los documentos exhibidos y que demuestren los gastos erogados por los ofendidos con motivo del delito, que hacen prácticamente innecesario atender a la capacidad económica del obligado, si se tiene en cuenta sobre todo que la reparación del daño es una pena pública y que el condenado a cubrirla puede posteriormente, si es insolvente en el momento de la sentencia, obtener bienes o ingresos suficientes para tal fin", es posterior a la 251 de la Compilación Jurisprudencial de 1917 a 1965, por lo que debe de considerársele como complementaria, y en tal virtud, ambas jurisprudencias no se oponen.

Amparo directo 2232/74.- Fluvio Rodríguez Acosta.- ó de septiembre de 1974.- 5 votos.- Ponente: Mario G. Rebollo.
Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volumen 69, Segunda Parte. Septiembre 1974. Primera Sala Pág. 29.

Es decir se deberá tomar en cuenta la capacidad económica, deoidamente motivandolo y razonándolo, es cierto que estamos hablando aquí de una sentencia condenatoria a la reparación del daño entonces al momento de fijar dicha garantía para esta reparación estamos ante un hecho no probado del delito, ahora bien si hablamos de un daño moral, cómo cuantificaremos el posible daño en dinero, si bien es cierto que la ley nos da un margen para cuantificar ésta, (artículo 29 fracción III del

Código Penal), también es cierto que nos da un margen que en este caso sería grande, en saber si se puede cubrir o no, seámos conscientes en que si se ha resuelto en un proceso penal -por medio de sentencia- la culpabilidad de un delito que merezca pena privativa de libertad, debemos de considerar aquellos en los que no se tiene aún con certeza la realización de dicho delito, es decir se podrán tener los indicios suficientes que por el momento hagan presumir la comisión del delito, pero si durante el proceso se prueba que no es culpable del delito, y mucho menos de pagar la reparación de un daño que en realidad no existió, y que sin embargo por ésto se tenga que privar de la libertad a una persona que se creía era culpable, y además que no se tenga "dinero" efectivo para poder garantizar la reparación del daño en efectivo y que por este hecho quede privado de una libertad que a principio de cuentas no debió de serlo; ¿entonces el Estado le podrá pagar la reparación del daño producido por esto? ¿Acaso el Estado podrá pagarle los daños producidos en su detrimento patrimonial y moral? Considero que no lo pagaría el Estado pero debería ser así, ya que la justicia consiste en dar a cada quien lo que se merece, y a contrario sensu entenderíamos "no dar lo que no se merece". "Si el Estado se equivoca, no dolosamente pero si culposamente o preterintencionadamente enjuiciando a un inocente, sancionándolo y luego rectifica (reconocimiento de inocencia), no debería reparar el daño material y moral." ⁶⁰

⁶⁰ COLIN SANCHEZ, Guillermo Ob. Cit. p. 670

3.2. LA REPARACION DEL DAÑO EN LA SENTENCIA DEFINITIVA.

Durante la instrucción el proceso penal se demostrarán los gastos producidos por el delito, llamándolos reparación del daño, ahora bien la comprobación de dicha reparación le corresponde al Ministerio Público, el cual lo hará de oficio, pero podrán coadyuvar el ofendido conjuntamente con el Ministerio Público para así creditar las consecuencias y daños por el delito (Artículo 174 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México).

Sabemos que la realización de un delito produce daños, pudiendo ser un daño particular, o bien a una colectividad, es decir, "que del delito surjan dos acciones que se enlacen a dos relaciones jurídicas diferentes cuyo origen está en el delito; ..."⁶¹ Es decir que la primera trata de castigar la realización del delito (pena) y por medio de la segunda se trata de tener un resarcimiento por el daño causado (un pago), este daño consistirá en la restitución de la cosa sustraída en su caso por el autor del delito (Artículo 29 del Código Penal fracciones I y III), o bien el daño moral causado, éste por su propia naturaleza va a ser personalísimo, ya que el ofendido en su caso será el único capaz de revelar la existencia y magnitud de la ofensa, aunque si bien es cierto que por la comisión de un delito implica un daño material, también lo es el moral, pero es difícil y complejo valorar el daño moral en dinero.

⁶¹ GARCIA RAMIREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Sergio. Prontuario del Proceso, p. 593

Los que tienen derecho a la reparación del daño, (Artículo 34 del Código Penal vigente del Estado de México), y en ese orden de preferencia son: el ofendido, sus descendientes, su cónyuge, sus ascendientes, las personas que dependieran económicamente de él y sus herederos.

El profesor Guillermo Colín Sánchez comenta respecto a lo anterior que: "habrá que determinar si el legislador está considerando como afectado a quien recibió, en forma directa e inmediata, la acción dañina, o si, por ofendido, considera a aquellos terceros que, ya sea en lo económico o en lo moral, tienen o tenían una dependencia directa con quien falleció o quedó inhabilitado para seguir proporcionándola."⁶²

Se debería considerar como afectado a todas aquellas personas que dependiera económicamente del afectado, de lo contrario se dejaría de proteger a la sociedad, y por consiguiente se tendría -por motivo del delito- un daño muchísimo mayor al que la misma ley protege.

Por cuanto hace a los ascendientes y en particular a la madre de la víctima existe jurisprudencia al respecto, la cual nos dice:

REPARACION DEL DAÑO MORAL A LA MADRE DE LA VICTIMA.- Si está acreditado el parentesco de la madre de la víctima, a través del acta de nacimiento de ésta, debe atenderse el criterio de esta H. Sala, contenido en su jurisprudencia 270, visible a fojas 589, del Apéndice 1917-

⁶² Ob. Cit. p. 671.

1975, Segunda Parte, que bajo el rubro: "REPARACION DEL DAÑO, PROCEDENCIA DE LA ", establece: "Sólo puede condenarse al pago de la reparación del daño si en el proceso de comprueba debidamente la existencia del daño material o moral que causó el delito cometido". En consecuencia es procedente cubrir el daño moral causado a la madre de la víctima, partiendo de la idea de que dicho daño lo constituye el sufrimiento y el dolor de perder a su hijo, que de ser reparado en la medida que lo estime el juzgador de instancia, tomando en cuenta lo que sobre el particular disponen los artículos 29, 31 y relativos del Código Penal y 1916 y 3º del Código Civil, ambos del Distrito Federal.

Amparo directo 5126/76.- Hernán del Valle Escamila y Rosa Mancillas.- 8 de noviembre de 1978.- Mayoría de 4 votos.- Ponente: Mario G. Rebolledo F.- Disidente: Manuel Rivera Silva.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volumentes 115-120. Segunda Parte. Julio-diciembre 1978. Primera Sala. Pág. 95

Esta tesis nos habla del daño de la madre de la víctima, sabemos que el Derecho y sus normas están encaminadas a proteger a las células de la sociedad como lo es la familia, es decir, ésta es la base esencial de la convivencia como sociedad, de aquí que se tenga valor moral demasiado alto para la madre, al perder a alguno de sus hijos por la consecuencia de un delito.

Durante la instrucción es el Ministerio Público el obligado a ofrecer y acreditar las pruebas para así comprobar la reparación de daño, ofreciendo notas, pago de medicina, etc., para con esto acreditar el resarcimiento del daño, la víctima podrá ayudar al Ministerio Público

(coadyuvar) para poder aportar las pruebas facilitándole todos los documentos para ello (Artículo 154 C.P.P.)

Por cuanto hace a las personas víctimas del inculpado obligadas a la reparación del daño son:

ART. 35: "Son terceros obligados a la reparación del daño:

I. Los ascendientes por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;

II Los tutores y los custodios por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;

III Los directores de internados o talleres que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de dieciocho años, por los delitos que estos ejecuten durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado y dirección de aquellos;

IV Las personas físicas o morales por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos o artesanos, con motivo y en el desempeño de sus servicios;

V Las personas morales, por los delitos de sus socios o agentes, directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables de las demás obligaciones que aquellas contraigan;

VI En el caso de la Fracción III del Artículo 16 de este código, la persona o personas beneficiadas con el sacrificio del bien jurídico; y

VII El Estado, y Municipios subsidiariamente por sus servidores públicos, cuando el delito se cometa con motivo o en el desempeño de sus funciones, empleos y comisiones."

La reparación del daño a terceros distintos al inculpado tienen un carácter de responsabilidad civil

REPARACION DEL DAÑO EXIGIBLE A TERCEROS.- La reparación del daño a cargo directo del delincuente constituye pena pública sobre la que el juez debe resolver precisamente en la sentencia definitiva del proceso, pero la que es exigible a terceros tiene el carácter de responsabilidad civil y debe tramitarse en forma de incidente ante el propio juez de la penal, o en juicio especial ante los tribunales del orden civil si se promueven después de fallado el proceso.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Vol. XIX, Pág. 177. A. D. 5455/59.- Ismael Pina Pérez.- 5 votos

Vol XXXII, Pág 89 A. D. 3643/55.- Embotelladora Kist de Guadalajara, S.A.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXXII, Pág. 90. A.D. 3789/59.- Ingenieros Civiles Asociados, S.A. de C.V.- 5 Votos.

Vol. XXXII, Pág. 93. A.D. 3641/55.- Miguel Mariscal Bravo.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. XLIII. Pág. 84. A. D. 4016/60.- José Arévalo Córdova y Coag.- Unanimidad de 4 votos.

Apéndice 1917-1975. Primera Sala. Núm 267. Pág. 577.

Deberá intentarse en forma de incidente ante quien conozca de la materia penal, antes de cerrada la instrucción, o bien intentarse y seguirse ante los tribunales civiles en el juicio correspondiente, cuando haya recaído en sentencia irrevocable en el proceso sin haber intentado dicha acción (Artículo 416 del C.P.P.), o bien cuando concluída la instrucción no hubiere lugar a juicio en materia penal por falta de acusación por el Ministerio Público y se promueva posteriormente por acción civil. Existe jurisprudencia al respecto que nos dice:

REPARACION DEL DAÑO, EJERCICIO IMPLICITO DE LA ACCION DE, POR EL MINISTERIO PUBLICO.- Carece de trascendencia, para los efectos de la condena a la reparación

del daño, el hecho de que el Ministerio Público omita en su pedimento de consignación la alusión expresa a la acción reparadora del daño, porque si se toma en cuenta que basta con que el Ministerio Público consigne hechos para que el órgano jurisdiccional se avoque al conocimiento de los mismos, obviamente que en esos hechos que aquél estima como delictuosos, va implícita la acción reparadora del daño, en cuanto que ésta es consecuencia directa e inmediata de la comisión de un delito.

Amparo directo 6659/76.- Bernardino Cruz Cuevas.- 25 de agosto de 1972.- 5 votos.- Ponente: Antonio Rocha Cordero. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volúmenes 103-108. Segunda Parte. Julio-diciembre 1977. Primera Sala: Pág. 109.

Cuando promovidas las dos acciones concluya el proceso sin que en el incidente se encuentre en estado de sentencia seguirá conociendo el tribunal donde se haya iniciado, de igual forma si el incidente llega al estado de alegar, antes de concluida la instrucción se suspende, hasta que se encuentre el estado de sentencia, en la que se resolverá a la vez sobre la acción penal y sobre la reparación de daño exigible a terceros (Artículo 418 C.P.P.), todos los incidentes referentes a la reparación de daño que se siguen ante los tribunales se tramitarán y decidirán conforme a la disposición del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México sobre los incidentes, la resolución de los incidentes son apelables en ambos efectos.

Por lo que la sentencia que se dicte en relación a la reparación de daño servirá de título ejecutivo para hacerla valer en el incidente civil o en el juicio civil respectivo, o bien que se considere con derecho a la

reparación de daño, y no pueda obtenerla ante el juez penal por causa de sobreseimiento o sentencia absolutoria o bien por el no ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, se podrá recurrir en los términos que ésta establezca.

La reparación del daño a cargo directo del delincuente constituye pena pública sobre la que el juez debe resolver precisamente en la sentencia definitiva del proceso, pero la que es exigible a terceros tiene el carácter de responsabilidad civil y debe tramitarse en forma de incidente ante el propio juez de lo penal, o en juicio especial ante los tribunales del orden civil si se promueve después de fallado el proceso. Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XIX, pág. 177. A.D. 5455/59. Ismael Piña Pérez. 5 votos. Vol. XXXII, pág. 89. A.D. 3648/55. Embotelladora Kist de Guadalajara, S.A. Unanimidad de 4 votos. Vol. XXXII, pág. 93. A. D. 4016/60. José Arévalo Córdova y Coag. Unanimidad de 4 votos.

DETERMINACION SOBRE REPARACION DEL DAÑO.-

En toda sentencia condenatorio el juzgador debe resolver sobre la reparación del daño, ya sea absolviendo o condenando a pagar cantidad precisa y no dejar a salvo los derechos del ofendido ni aplazar la determinación del monto a incidente o resolución posterior. Quinta Epoca: Tomo LIII, pág. 2168. Macario Castillo. Sexta Epoca, Segunda Parte. Vol. XXVI, pág. 121 A.D. 13304/59. Rodolfo Quintanilla Espejel. 5 votos. Vol. LV, pág. 55 A.D. 33507/61. Francisco Ocaña Hernández. 5 votos. Vol. LX, pág. 40 A.D. 8928/61. Alfonso Vázquez Pérez. Unanimidad de 4 votos. Vol. XC. pág. 26. A.D. 2970/63. José Cruz Gómez. 5 votos.

REPARACION DEL DAÑO, FIJACION DE LA.- Si la autoridad responsable no acató lo mandado en el artículo 31 del Código Penal en el Estado de Sonora, en razón de que solamente tomó en consideración los daños ocasionados al ofendido, olvidando tener en cuenta la capacidad económica del procesado para cubrir esa cantidad procede conceder el amparo de la Justicia Federal, a efecto de que se dicte una

nueva sentencia, en la que se cumpla con lo dispuesto en dicho dispositivo. Amparo directo 1193/1968. Espiridión Sánchez Orozco. Octubre 10 de 1969. Unanimidad. Ponente: Mgdo. Nicéforo Olea Mendoza. Tribunal Colegiado del QUINTO Circuito. (Hermosillo). TRIBUNALES COLEGIADOS Séptima Época. Volumen 10. Sexta Parte, Pág. 48.

Finalmente en los delitos en donde intervengan automóviles, camiones u otros objetos lícitos con que se llegara a cometer el delito y sean propiedad del inculpaado o bien de un tercero obligado a la reparación del daño, se podrán garantizar para asegurar la garantía de la reparación del daño, bien por el Ministerio Público o por la autoridad judicial (Art. 40 C.P.) y cuando exista el temor fundado de que el obligado a la reparación de daño oculte o enajene los bienes en la que se pueda hacer efectiva dicha reparación y esté comprobado el tipo penal por el Ministerio Público, por oficio por instancia de parte se podrá pedir al tribunal el embargo precautorio de dichos bienes o bien si se otorga fianza, bastante a juicio de tribunal podrá no decretarse dicho embargo o en su caso levantarse el ya practicado (Art. 427 C.P.P.)

3.3. CONDICIONES PARA FIJAR LA GARANTÍA EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

Para poder determinar las condiciones para fijar en su caso la reparación del daño, deberá de sujetarse a lo establecido por la ley sustantiva y la adjetiva que en este caso es en materia penal. Hasta aquí

se estableció que la reparación moral, consiste en el resarcimiento por el daño material o moral producido por la realización de un delito. Si consideramos que el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales ambos vigentes en el Estado de México son leyes imperativas, por consecuencia debemos de acatarlos tal cual, en consecuencia veamos que dicen los artículos al respecto:

ART. 33.- "En caso de lesiones y homicidio y a falta de pruebas específicas respecto al daño causado, los jueces tomarán como base la tabulación de indemnizaciones que fija la Ley Federal del Trabajo y el salario mínimo existente en la región. Esta disposición se aplicará aún cuando el ofendido fuere menor de edad o incapacitado".

Este artículo nos establece que en dos casos de lesiones y homicidios cuando no existen pruebas que acrediten el daño causado, se tomará como base la tabulación de indemnización que fija la Ley Federal del Trabajo y así como el salario mínimo vigente en la región, en este supuesto debemos de apoyarnos para determinar el daño en otras leyes. Para tal efecto se transcribe la siguiente tesis jurisprudencial la cual establece:

REPARACION DEL DAÑO. FIJACION DEL MONTO DE LA , RECURRIENDO A NORMAS LABORALES.- Es criterio de esta Suprema Corte de Justicia, el remitirse a las normas laborales en auxilio de la ley penal, para determinar el monto de la reparación que debe de pagarse, sin que esta circunstancia implique que se supla la deficiencia de la queja, pues por ser la reparación del daño, una pena pública, la misma es exigible desde el momento en que alguien es condenado por un hecho delictuoso.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

79

Amparo directo 1765/74.- Arturo Almanza Almanza.- 6 de septiembre de 1974.- Véase la votación en la ejecutoria.- Ponente: Ezequiel Burguete F.
Véase:

Séptima Epoca:

Volumen 63. Segunda Parte. pág 36.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volumen 69.- Segunda Parte. Septiembre 1974. Primera Sala. Pág. 30.

Tratándose de los delitos contra el ambiente para poder establecer la reparación del daño (art. 33 del Código Penal para el Estado de México) se deberá de sujetarse al dictámen emitido por la autoridad estatal respectiva misma que precisará los daños causados. En caso de existir varios responsables de un delito determinado, se obligarán solidariamente a cubrir el importe correspondiente a la reparación del daño.

Estas son algunas disposiciones especiales a casos concretos de un delito es decir en aquellos hechos que coincidan con las disposiciones mencionadas con antelación por lo que para gozar de la garantía de la reparación del daño deberemos de seguir lo establecido (de manera más general) a las siguientes disposiciones, si bien es cierto que el artículo 340 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de México, nos refiere que:

ART. 340.- "Desde el momento en que sea puesto a disposición del Juez, todo inculcado tendrá derecho a ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:..."

Hasta aquí dicho artículo nos dice las condiciones que debemos de acatar para poder gozar de dicha garantía más adelante nos refiere el mismo artículo en su fracción I:

"...

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

Aquí nos da como requisito, que debemos cubrir lo estimado para el juzgado, o bien por el ministerio público en su fase investigadora, del daño causado o producido por la realización del delito, que se pueda imputar, finalmente en su último párrafo del citado artículo el cual nos menciona que:

"...

"I...

"...

"II...

"III...

"IV..

"La garantía a que se refiere la fracción Y deberá ser siempre mediante depósito en efectivo..."

Como se puede notar este artículo es muy claro al establecer que el monto de la reparación del daño deberá de ser siempre mediante depósito en efectivo, esto me hace pensar el ¿por qué? de esta situación, es decir como ya lo vimos en otros puntos de este trabajo que se debe dar un valor material, en dinero para la cuantificación del daño moral o bien material, es decir también se puede dar otro tipo de garantía (prenda, hipoteca, fianza) ya que al fin y al cabo son cosas materiales con un valor

económico y cuantificable, que un momento determinado se puede cambiar por dinero en efectivo, sin dejar de perder el propósito de éste, el garantizar cualquier obligación.

3.4 LA GARANTÍA EN EFECTIVO.

Sabemos que efectivo "es dinero disponible" del cual podemos conseguir sin ningún problema, ahora bien el hecho de que el Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México en su artículo 340 nos dice en referencia a la reparación del daño que este sea en efectivo, limita al inculpado para poder gozar de la libertad, es decir, que se podrá hacer cuando no se cuente con efectivo, pero se tenga algún otro bien enajenable y por consiguiente se pueda obtener el dinero necesario para poder exhibir ante el juez (o Ministerio Público en su caso) que conozca del asunto. Pero para que se de este supuesto lo más seguro es que se pase un tiempo mayor, a que si lo tuviésemos disponible en efectivo.

Debemos retomar la idea original del legislador, es decir el porque se debe garantizar solamente en efectivo, para esto debemos saber su intención al establecerlo de tal forma, saber la realidad exacta de dicha norma, no nos olvidemos del significado esencial de garantía, al establecer que es el aseguramiento de una obligación, por lo que cuales serían los cambios que se producirían el "garantizar" dicha obligación con

otro valor que no sea en efectivo, es decir la obligación sería la misma porque existiría disminución en el patrimonio del inculpado.

Al comparar la disposición que nos establece el artículo 340 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en su fracción IV, encontramos que por ejemplo en el Código Adjetivo para el Distrito Federal, no existe disposición alguna que exija dicha garantía en efectivo.

De igual forma el artículo 154 del Código Procesal Penal para el Estado de México, nos establece que:

ART. 154.- "En las averiguaciones que se practiquen por el delito culposo y siempre que no ocurra abandono de la víctima u otro delito doloso, y el inculpado no se halle bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos, bebidas embriagantes o sustancias tóxicas, el agente del Ministerio Público podrá, bajo su más estricta responsabilidad, concederle la libertad previo depósito en efectivo de la cantidad que se le fije, con arreglo a lo dispuesto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

"Al consignar ante la autoridad judicial, se prevendrá personalmente al inculpado para que comparezca ante ella dentro de los tres días siguientes a aquel en que el agente del Ministerio Público haga la consignación, haciéndole saber la fecha de la misma, y que de no comparecer dentro de ese término, el Juez revocará la libertad, ordenará su aprehensión y hará efectiva la garantía".

En este supuesto de igual forma se faculta al Ministerio Público para no permitir la libertad provisional bajo caución, si no se garantiza la

reparación del daño en efectivo, y como consecuencia, se tiene saturación de prisiones preventivas por falta de dinero en efectivo por no poder garantizar la reparación del daño y por tanto se priva de la libertad a muchos individuos sujetos a proceso.

3.5 INCOSTITUCIONALIDAD DE EXHIBIR EXCLUSIVAMENTE EN EFECTIVO LA GARANTIA PARA LA REPARACION DEL DAÑO.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene las normas jurídicas mínimas que tiene todo individuo mexicano, por tanto, éstas normas no deberán de ser violadas por disposiciones que en grado de jerarquía es menor a la norma constitucional, como lo menciona el profesor Eduardo García Maynez al señalar que "en primer término, las normas constitucionales -en los países que tienen una constitución escrita- hállase por encima de la legislación ordinaria y solo pueden ser modificadas de acuerdo con un procedimiento mucho más complicado y largo que el que debe seguirse para la elaboración de las demás leyes"⁶³

Nuestra Carta Magna contiene leyes a las cuales se les da el nombre de "leyes supremas" por lo que las leyes secundarias no pueden estar más arriba que ésta por lo que todo aquello que este arriba de la Constitución o bien en contra de esta será inconstitucional, ahora bien si consideramos que la norma penal tiene como objetivo el orden social,

⁶³ "Introducción al estudio del Derecho" 41ª ed . . . Porrúa, México, 1990, p. 110.

esto deberá de ser siempre apegada a la norma suprema para que pueda se considerada como legal.

Una de las garantías contenidas en la citada Constitución es la de libertad, sabemos que no existe nada mucho mas valioso después de la vida, que la libertad ya que el hombre por su naturaleza es libre, consideremos también que la libertad se pierde por la comisión de un hecho previsto como ilícito, ya que los gobernados nos sujetamos a las normas que nos da el Estado como ente gobernante el cual tiene la obligación de garantizarnos la convivencia en una sociedad (seguridad jurídica, seguridad en bienes, propiedades, trabajo, etc.); y en dicha sociedad se dan conductas conocidas como delitos, que no son otra cosa sino conductas que afectan a la sociedad, en consecuencia como parte de la realización de la conducta prevista como delito existe una sanción, teniendo el caracter de pena, misma que puede afectar la libertad, el patrimonio o bien el ejercicio de nuestros derechos como ciudadanos, ahora bien para que se pueda considerar a una conducta como delito deberá existir una disposición que lo determine como tal, el profesor Fernando Catellanos nos dice que : " El principio de legalidad plenamente reconocido y garantizado en el precepto constitucional citado se complementa con la legalidad en la ejecución de las sanciones impuestas a los delincuentes por lo jueces y Tribunales". Este autor se refiere al artículo 14 constitucional, en este artículo se encuentran garantías en cuanto a la privación de la vida, libertad, propiedades, posesiones o derechos solamente cuando medie juicio seguido ante los Tribunales

previamente establecidos conforme a las leyes establecidas con anterioridad.

Este artículo según el autor, nos da el principio de legalidad para la ejecución de las sanciones que impongan los jueces o bien los Tribunales.

Recordemos que todas las demás leyes secundarias derivan directamente de la Constitución y estas deberán estar apegadas a la Constitución como el Derecho Penal, siendo que la fuente principal del Derecho Penal es la ley, es decir que no hay ley sin pena y pena sin ley, para poder aplicar dichas leyes nos debemos basar en el derecho adjetivo el cual "es el conjunto de reglas destinadas a la aplicación de las normas del derecho a casos particulares, ya sea con el fin de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el propósito de que los órganos jurisdiccionales declaren la existencia de determinada obligación y en el caso necesario, ordenen se haga efectiva"⁶⁴

Aún los acusados tendrán garantías como lo establece el 20 constitucional, en su fracción I que nos dice "... 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

⁶⁴ GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Ob. Cit. .p. 83.

inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio..."

En el proceso de orden penal como lo acabamos de apreciar tiene el inculpado las garantías entre otras la de la libertad provisional bajo caución siempre y cuando se garantice el monto de la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que puedan imponerse, siempre que sean de los delitos no considerados como graves.

Sabemos que en la comisión de un delito y cuando se tienen indicios que acrediten los elementos del tipo penal, así como la probable responsabilidad penal de una persona, esta se sujetará a un proceso llamado penal, pero sabemos también que existen indicios que lo acreditaran únicamente por ese momento, y será durante el proceso cuando se confirme o desmientan dichos indicios, por consiguiente el probable responsable tiene la garantía de que podrá seguir el proceso en libertad provisional, teniendo este carácter hasta que termine el proceso a cambio de la prisión se gozará de la libertad provisional, la cual consiste en dar una garantía para que el individuo sujeto a proceso, no se sustraiga de la acción de la justicia, el Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México nos da de manera clara y específica en que va a consistir dicha garantía, pero el citado artículo nos menciona que cuando la reparación del daño que será única y exclusivamente en efectivo, para gozar de la citada libertad, en el presente trabajo establecí que la reparación del daño consiste en pagar los daños morales o

subjetivos por la comisión de un delito determinado. Ahora bien, el Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México es una disposición que se desprende de la Constitución, entonces dicho ordenamiento se deberá de sujetar a la misma, pero no es así, ya que para poder gozar de la libertad provisional bajo caución se deberá de cumplir los requisitos que nos da la norma suprema. El artículo 20 constitucional nos especifica que bastará con garantizar la reparación del daño, entre otras es por lo que se sobreentiende que podrá ser en alguna otra forma siempre y cuando no sea un delito considerado como grave, de lo anterior no encuentro razón alguna o lógica aplicable para que el ya citado artículo 340 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México nos exija "efectivo" ya que existen otras formas de garantizar el cumplimiento de la obligación por la probable -será probable hasta que no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada en su contrarresponsabilidad de un delito, es decir la prenda como la hipoteca y aún más la fianza recaen sobre bienes o derechos de cosas materiales que como materiales que son tienen un valor estimado en dinero, como consecuencia éste dinero seguirá siendo el mismo mientras tenga este carácter, en tal virtud se tendrá un detrimento patrimonial del inculpaado y con esto se compromete a cumplir con las obligaciones contraídas por la supuesta comisión del delito imputado.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha sufrido diversas reformas como consecuencia de los constantes cambios de la Sociedad creciente y uno de los más recientes en materia penal lo

fue la reforma del tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres publicado en el Diario Oficial de la Federación el artículo 20 en su fracción I nos establecía: "... 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, y otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgado en su aceptación...".

Tomemos en cuenta que la finalidad de la reforma del tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, son las de tener una "medida para ampliar el Margen de libertades... y restringir a lo necesario el uso de la prisión preventiva". Así como "... el de preferir la libertad de quien no ha sido declarado culpable sobre el interés que protege a la víctima, ello en razón de presunción de inocencia y preponderancia de la libertad frente a los bienes tutelados por los delitos que alcanzan genéricamente ese beneficio".

Ahora bien, como es posible que la ley fundamental básica cambie y no así las secundarias, es decir si la ley fundamental considera dar más oportunidad al inculcado para poder gozar de su libertad provisional, y no así una ley secundaria como lo es en este caso el Código de

Procedimiento Penales vigente en el Estado de México ya que al exigir exclusivamente efectivo atenta tanto a los principios constitucionales y a la finalidad del Código de Procedimientos ya citado, finalidad que no se puede obtener si no se cumple con el requisito básico de impartición de justicia, sabemos que en el Estado de México por su gran extensión territorial así como las condiciones económicas del mismo varían grandemente, esto hace que el cumplimiento exigido por el artículo 340 del Código de Procedimiento Penales se vuelva aún más difícil de cumplir, por las condiciones particulares del inculpado y dejándolo en un estado aún más precario al exigirle el desembolso inmediato de la suma en efectivo fijada como garantía, para poder gozar de su libertad provisional, haciendo de este derecho un privilegio exclusivo para aquellas personas que cuentan con la suficiente solvencia económica, para cubrir la reparación del daño y gozar así de la garantía constitucional de la libertad provisional.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las disposiciones contenidas en nuestra Constitución serán para el resguardo de sus gobernados y son consideradas como garantías, además de dar los lineamientos para las legislaciones que de ésta se desprendan.

SEGUNDA.- Una de las garantías que se contemplan en nuestra Constitución es la de libertad, hablando en el caso concreto de los individuos que se encuentran sujeto a proceso entre otras, por lo que la aplicación de las normas constitucionales no deberán restringirse en ningún caso ni momento, salvo las disposiciones que de la misma establezca.

TERCERA.- Las legislaciones que deriven de la Constitución deben de sujetarse a la misma y todas los ordenamientos que lo establezcan en forma contraria a la Carta Magna son Inconstitucionales.

CUARTA.- Para poder privar de la libertad a un individuo se debe cumplir con los requisitos que exige el artículo 16 Constitucional, pudiendo gozar de la libertad provisional bajo caución siempre y cuando se cumpla con los requisitos que para tal efecto se señalan.

QUINTA.- Para poder gozar de la libertad provisional se debe considerar lo establecido en el artículo 8-bis del Código Penal en vigor para el Estado de México, en lo referente a los delitos que son considerados como graves, en consecuencia, todos los demás delitos que no estén dentro de este supuesto serán no graves.

SEXTA.- La reparación del daño consiste en reparar o componer los daños causados por la comisión de un delito, pero cuando se trata de un daño irreparable como lo es la vida, la moral, y lo sentimental, no se puede determinar el monto exacto del daño causado, por lo que resulta imposible establecer una cantidad que cubra el daño causado.

SEPTIMA.- No se puede establecer un monto como reparación del daño al procesado, para obtener su libertad provisional, si aún no se tiene la certeza de que es responsable o no por el delito imputado y en consecuencia responsable del daño causado.

OCTAVA.- No debe exigirse como requisito exhibir la garantía de la reparación del daño en efectivo, toda vez que en la fracción primera del artículo 20 constitucional no lo establece así.

NOVENA.- La libertad provisional bajo caución mediante la garantía de la reparación del daño no se sujetará a condición alguna, tal y como lo establece la penúltimo párrafo del artículo 20 constitucional.

DECIMA.- Se debe realizar un estudio de las condiciones económicas del procesado para fijar la cantidad como reparación del daño que otorgará para gozar de su libertad provisional bajo caución.

DECIMO PRIMERA.- La forma de garantizar la reparación del daño para gozar de la libertad provisional bajo caución, debe ser mediante efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido, de acuerdo a las condiciones que presente el procesado.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- BECARIA, Cesare, De los Delitos y las Penas, 2ª ed., Buenos Aires, editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p.p.279
- 2.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, 8ª ed., México, editorial Porrúa, 1990, p.p. 1038.
- 3.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, 26ª ed., México, editorial Porrúa, 1994, p.p. 810.
- 4.- CARDENAS V., Filiberto, Legislación Penal y Jurisprudencia Tomo I, 1ª ed., editorial Cardenás, Editor y Distribuidor, 1992, p.p. 897.
- 5.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano Parte General, 1ª ed., México, editorial Porrúa, 1977, p. p.766.
- 6.- CASTELLANO TENA, Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, 18ª ed., México, editorial Porrúa, p. p. 359.
- 7.- CASTRO JUVENTIVO V., Garantías y Amparo, 4ª ed., México, editorial Porrúa, 1983, p. p. 555.
- 8.- COLIN SANCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 14ª ed., México, editorial Porrúa, 1993, p.p.786.

9.- CONCHA MALO, Ramón, La Fianza en México, 1ª ed., México, editorial Futura editores S.A de C.V., 1988, p.p. 247.

10.- DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, 5ª ed., México, editorial Porrúa, 1976, p.p. 398.

11.- DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, (Contratos en Particular) Vol. IV, 6ª ed., México, editorial Porrúa, 1986, p.p.387.

12.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 41ª ed., México, editorial Porrúa, p.p. 444.

13.- GARCIA RAMIREZ, Sergio, Derecho Procesal Penal, 1ª ed., México, editorial Porrúa, 1974, p.p. 556.

14.- GARCIA RAMIREZ, Sergio, El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, 1ª ed., México, editorial Porrúa, 1994, p.p. 447.

15.- GARCIA RAMIREZ, Sergio, Justicia Penal, 1ª ed., México, editorial Porrúa, 1982, p.p.270.

16.- GARCIA RAMIREZ, Sergio, Proceso Penal y Derechos Humanos, 2ª ed., México, editorial Porrúa, 1993, p.p. 410.

17.- GARCIA RAMIREZ, Sergio, et. al., Prontuario del Proceso Penal Mexicano, 4ª ed., México, editorial Porrúa, 1985, p.p. 753.

18.- MATEO MUÑOZ, Agustín, Etimologías Grecolatinas del Español, 25ª ed., México, editorial Esfinge, 1988, p.p. 408.

19.- PALLARES, Eduardo, Prontuario de Procedimientos Penales, 12ª ed., México, editorial Porrúa, 1991, p.p. 400.

20.- PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario para Juristas, 1ª ed., México, Mayo Ediciones, 1981, p.p. 1439.

21.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamiento de la Parte General del Derecho Penal I, 8ª ed., México, editorial Porrúa, p.p. 568.

22.- RIVERA SILVA, Manuel, El Procedimiento Penal, 9ª ed., México, editorial Porrúa, 1978, p.p.379.

23.- SANCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, 11ª ed., México, editorial Porrúa, 1991, p.p. 616.

24.- SILVA SILVA, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, México, editorial Harla, 1990, p.p.

25.- TENA RAMIREZ, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, 2 ed., México, editorial Porrúa, 1994, p.p.

LEGISLACION

1.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

2.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

3.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MEXICO.

4.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

5.- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO.

6.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO.

7.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS , UNAM, SERIE DE TEXTOS JURIDICOS, MEXICO, 1985, P. 358.