

6
RI



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"CAMPUS ARAGON"**

**ANALISIS DE LAS REFORMAS DEL ARTICULO
20 CONSTITUCIONAL FRACCION PRIMERA**

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ALBARRAN ACUÑA LUDMILA VALENTINA**

ASESOR: DR. ARTURO ARRIAGA FLORES

SAN JUAN DE ARAGON, ESTADO DE MEXICO, 1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**A Dios, por quien
a la vida vine**

**A mis padres como una
muestra de gratitud
y cariño, por todo lo que
de ellos he recibido**

**A mis hermanos con cariño
por el apoyo que siempre
me han brindado**

**Al Lic. Arturo Arriaga
porque sin su ayuda
no hubiera sido posible
la conclusión de este
trabajo.**

INDICE

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTO UNIVERSAL DE LA LIBERTAD

pag.

| | |
|--|----|
| 1.1. Concepto Universal de la Libertad. | 1 |
| 1.2. Libertad de Querer y libertad de Actuar. | 3 |
| 1.2.1 Libertad en sentido negativo. | 4 |
| 1.2.2. Libertad en sentido positivo. | 5 |
| 1.3. Derecho a la Libertad. | 6 |
| 1.4. Libertad y Derechos Humanos. | 6 |
| 1.4.1. Fundamento de los Derechos del Hombre. | 7 |
| 1.5. Garantías Individuales en nuestro derecho. | 10 |

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

| | |
|--|----|
| 2.1. Antecedentes de la Libertad Provisional en México Independiente. | 19 |
| 2.1.1. Constitución Política de Cádiz de 1812. | 20 |
| 2.1.2. Constitución de Apatzingan de 1814. | 21 |
| 2.1.3. Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822. | 21 |
| 2.1.4. Constitución Federal de 1824. | 22 |
| 2.1.5. Constitución Centralista de 1836. | 22 |
| 2.1.6. Proyecto de reformas a las Leyes de Constitución de 1840. | 23 |
| 2.1.7. Proyecto de Constitución de 1842. | 23 |
| 2.1.8. Bases Orgánicas de 1843. | 22 |
| 2.1.9. Estatuto Provisional de la República Mexicana 1856. | 24 |
| 2.1.10. Constitución de 1857. | 24 |
| 2.2. La Libertad Provisional Bajo Caucción en Leyes Secundarias. | 25 |
| 2.2.1. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1880. | 26 |

| | |
|--|----|
| 2.2.2. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1894. | 26 |
| 2.2.3. Código Federal de Procedimientos Penales de 1908. | 27 |
| 2.3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. | 27 |
| 2.3.1. Primera reforma al artículo 20 Constitucional fracción primera 1948. ... | 30 |
| 2.3.2. Segunda reforma al artículo 20 Constitucional 1985. | 32 |

CAPITULO TERCERO

LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LOS ÚLTIMOS TIEMPOS

| | |
|--|----|
| 3.1. La Pena Privativa de Libertad. | 40 |
| 3.1.1. Como Retribución. | 42 |
| 3.1.2. Como Prevención Especial. | 43 |
| 3.1.3. Como Prevención General. | 44 |
| 3.1.4. Límites de la Pena. | 44 |
| 3.2. Fines de la Privación Cautelar de la Libertad. | 46 |
| 3.3. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. | 49 |
| 3.4. Reformas Procesales en el C.P.P.D.F y C.F.P.P.de 1991. | 51 |
| 3.4.1. Libertad Provisional Ampliada. | 54 |
| 3.4.2. Código Federal de Procedimientos Penales. | 54 |
| 3.4.3. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. | 56 |
| 3.4.4. Delitos Fiscales. | 57 |
| 3.4.5. Análisis a los artículos 399 del C.F.P.P. y 556 del C.P.P.D.F. | 59 |

CAPITULO CUARTO

CONTENIDO ACTUAL DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL FRACCIÓN I

| | |
|---|----|
| 4.1. Naturaleza Jurídica y Clasificación de la Libertad Provisional bajo Caución.64 | |
| 4.1.1. Clasificación de la Libertad Provisional bajo Caución. | 66 |
| 4.2. Reformas al artículo 20 Constitucional 1993-1996. | 67 |
| 4.3. La Procedencia de la Libertad Provisional Bajo Caución. | 71 |

| | |
|---|-----|
| 4.4. Excepciones a la Procedencia de la Libertad Provisional bajo Caución. . . . | 72 |
| 4.5. Limitaciones a la Libertad Provisional bajo caución en delitos no graves. . . | 77 |
| 4.6. Requisitos exigidos para la procedencia de la l.p.b.c. | 79 |
| 4.6.1. Que no se trate de delito grave. | 79 |
| 4.6.2. Que se otorgue garantía. | 79 |
| 4.7. La Caución. | 80 |
| 4.7.1. Garantía de sanciones pecuniarias. | 80 |
| 4.7.2. Garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas en razón del proceso. | 81 |
| 4.7.3. Garantía de la reparación del daño. | 85 |
| 4.7.3.1. Los Perjuicios en la reparación del daño. | 87 |
| 4.7.3.2. Delitos en los que no se obliga a la reparación del daño. | 89 |
| 4.7.3.3. Destino de la caución en la reparación del daño | 90 |
| 4.7.3.4. Modificación al monto inicial de la caución. | 91 |
| 4.8. La libertad provisional bajo caución ante autoridades administrativas. . . . | 94 |
| 4.9. La libertad provisional bajo caución ante autoridades judiciales. | 95 |
| 4.10. Momento procesal oportuno para solicitar la libertad provisional bajo caución. | 96 |
| 4.11. Formas de garantizar la libertad provisional bajo caución. | 98 |
| 4.12. La Revocación de la libertad provisional bajo caución. | 102 |
| 4.13. La Libertad Provisional sin garantía y bajo protesta. | 104 |

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

**La libertad, al fin y al cabo, no es
sino la capacidad de vivir con las consecuencias
de nuestras propias decisiones**

James Mullen

INTRODUCCION

Después del derecho a la vida, la libertad se ha convertido en la prerrogativa más importante para los individuos de cualquier sociedad, pues de cualquier forma; que sería la vida si no se cuenta con la capacidad de decidir como se quiere llevar acabo la misma. En consecuencia el derecho a la vida y el derecho a la libertad son derechos del individuo que cada día vemos más inseparables.

Es por ello que através de la historia hemos conocido el gran antagonismo a veces individuales y en su mayoría masivas por defender el derecho a la libertad entre quienes desean se les reconozca y quienes han pretendido por cualquier medio ignorarlo o limitarlo.

Y como resultado de constantes luchas y esfuerzos, dentro de nuestra sociedad tenemos el reconocimiento del derecho a la libertad en sus diversas manifestaciones a nivel constitucional, lo que garantiza que todos podremos ejercer nuestra libertad la que no va a ser restringida sino en los casos que la misma Constitución establezca. Y es en esta última parte donde encontramos el antecedente del presente trabajo, ya que através de él mostramos algunas reflexiones acerca de un caso en que la libertad de tránsito se ve legalmente restringida para algunos ciudadanos, con todo lo que esto implica, y como la forma en que el constante esfuerzo por salvaguardar esa libertad, nos lleva a la creación de medios idóneos que permitan por una parte, mantener el orden en una sociedad y por la otra garantizar el máximo respeto a los derechos de cada uno de sus integrantes.

Uno de dichos medios lo encontramos en la creación de la figura jurídica de la Libertad Provisional Bajo Caución, que surge cuando un individuo es limitado en su derecho a la libertad de tránsito por encontrarse sujeto a un procedimiento penal, cuando se le imputa la comisión de hechos considerados como delito. Es entonces que al darse la prisión preventiva que surge una posibilidad para el inculpado de ser reintegrada su libertad através de la Libertad Provisional Bajo Caución, por lo que ésta constituye un medio que auxilia a la impartición de justicia procurando reconocer el máximo respeto a los

derechos de quien esté sujeto a procedimiento penal, es decir, se convierte en un conciliador entre los intereses de la sociedad que exige justicia y los derechos del individuo a quien se le imputa la comisión del delito.

Es por ello que en el presente trabajo, recordaremos cuando y como surge esta figura dentro de nuestro sistema jurídico mexicano; cual ha sido su importancia y evolución dentro del procedimiento penal mexicano, cuales son las reformas que ha sufrido y cuales los factores que han determinado dichas reformas, para finalmente comprender cual es su nuevo alcance y procedencia.

Es el caso que se presenta cuando un individuo es limitado en su derecho de libertad de tránsito por encontrarse sujeto a un procedimiento penal, por se le imputa la comisión de hechos que son considerados como delitos.

La figura jurídica de la Libertad Provisional bajo Caución, motivo del presente trabajo, puede entenderse como uno de esos medios que auxilia a la impartición de la justicia procurando reconocer el máximo respeto de los derechos a quien este sujeto al procedimiento, es decir se convierte en un conciliador entre los intereses de una sociedad que exige justicia y los derechos del individuo sujeto a procedimiento penal.

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTOS GENERALES

1.1. Concepto Universal de la Libertad

La libertad personal es uno de los derechos más importantes que consagra nuestra Constitución, que además de ser uno de los valores más discutidos, en nuestros días se ha convertido en un tema vigente, por ello en el presente capítulo se analizarán los conceptos fundamentales de libertad iniciando con enfoques generales para terminar en el punto de vista jurídico de la misma.

La palabra libertad encuentra su origen en el latín "libertas" entendido como el poder de acción o no realizar una acción, sin embargo no es posible reconocer una libertad absoluta ya que esta limitada ante la esfera de la libertad de otros hombres.

Existen varias definiciones de lo que debemos entender como libertad, y a continuación transcribimos algunas de ellas:

"Libertad es la ausencia de necesidad o carencia de determinación en el obrar; estado o condición del que es libre, del que no está sujeto a poder extraño, a una autoridad arbitraria o no está constreñido a una obligación, deber, disciplina, etc." ¹ Diccionario Enciclopédico Universal.

¹ Diccionario Enciclopédico Universal. Jaime Monserrat, Tomo 5 Ediciones y Publicaciones Credsud, España 1972, pag. 2350.

"Facultad natural del hombre de obrar de un manera o de otra, y de no obrar. Estado o condición de ser libre. Falta de sujeción y de subordinación"² Diccionario de la Lengua Española.

"Facultad que debe reconocerse al hombre, dada su conducta racional para determinar su conducta sin más limitaciones que las señaladas por la moral y el derecho...el ser humano nace libre y por lo tanto su derecho a vivir libre no es un regalo de alguna autoridad, sino una consecuencia lógica de su propia naturaleza."³ Rafael de Pina.

Las anteriores definiciones tratan a la libertad como simples posibilidades de movimiento o se refieren a aspectos volitivos, en los que lo determinante es la capacidad de decisión del sujeto que goza de dicho atributo, este es solo un enfoque de la libertad, sin embargo, en el lenguaje cotidiano podríamos ver que entendemos por libre a alguien que no tiene ocupación o alguien que a cumplido una sentencia. De este resulta que la libertad es un concepto tan amplio que en muchas de las veces nos resulta difícil precisarlo.

Para comprender un poco más acerca de las diferentes formas en que se puede presentar la libertad el autor Peces-Barba, Martínez, nos señala que "históricamente existen tres sentidos diferentes del término libertad; primero, la libertad psicológica que es un dato de la condición humana; segundo la libertad de elección, la cual permite escoger entre diversas posibilidades de acción y la libertad moral, la cual es una meta, un fin, un ideal a alcanzar. Hace referencia a este concepto como un concepto histórico, porque en el orden mencionado ha tenido lugar una de la otra en la evolución humana, no obstante, actualmente resultan ser complementarias, "Así la libertad de elección es el fundamento de la libertad moral; solo podemos hablar de libertad moral porque podemos elegir libremente. Por su parte la libertad de elección con sentido, si existe la libertad moral como meta, y por eso sólo puede ser una meta histórica que cada hombre pretenda alcanzar en su vida situada en el tiempo ". Posteriormente señala que "...la libertad psicológica y de elección se encontraban ya en la edad antigua y media, mientras que la libertad moral, es

² Diccionario de la Lengua Española. Editorial Porrúa. 38 Edición. pag. 73

³ De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho, 14a edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1986, pag. 337.

un concepto histórico del propio mundo a partir del renacimiento. A través de su desenvolvimiento en los Derechos Humanos, el hombre moderno pretende poner la sociedad, el poder y el derecho, al servicio del dinamismo de la dignidad humana. Es la forma moderna de realizar en sociedad la mediación entre la libertad de elección y la libertad moral. Es por consiguiente una idea de libertad instrumental o medial..."⁴

Por último, en el artículo 60. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de fecha 24 de Junio de 1793, el pueblo francés proclamaba que la Libertad es el poder que pertenece al hombre de hacer todo lo que no dañe a los derechos de los demás; tiene como fundamento la naturaleza; como regla la justicia; como salvaguardia la ley; su límite moral está en esta máxima; no hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a ti.

1.2. Libertad de querer y libertad de actuar

Por su parte el autor Juventino Castro, opina que la libertad de querer es la cualidad de estar libre de cualquier presión tanto física como moral para tomar una decisión, es un fenómeno interior, que corresponde a la libertad psicológica mencionada, por su parte la libertad de actuar es la exteriorización de un pensamiento o sentimiento en el hacer del individuo y que precisamente por que dicha cualidad la tienen todos los individuos, al interactuar con otros individuos en sociedad, se pueden llegar a lesionar su derecho entre sí o a los de la sociedad en su conjunto.⁵

A la primera forma de libertad comúnmente se le llama libre albedrío que el derecho estudia pues se parte de la hipótesis de que existe una forma natural en todo hombre, y su análisis tiene relevancia únicamente en relación a los discapacitados mentales o aquellos individuos que por cualquier otra razón no pueden elegir su consentimiento libremente (por ejemplo los

⁴ Peces-Barba Martínez, Gregorio. Sobre el Fundamento de los Derechos Humanos, en Textos Básicos sobre Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid España, 1973, pag. 271 y sigs.

⁵ Castro Juventino V., Garantías y Amparo, 8a. Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1994, pags. 17-20

menores de edad) mientras que la segunda forma, o sea la libertad de actuar interesa al derecho directamente por ser éste el único poder legítimo para limitarla y en algunos casos en el ejercicio de ese poder, hacer uso de la coacción física para el cumplimiento de lo prescrito en las normas jurídicas.

1.2.1. Libertad en Sentido Negativo

Por libertad en sentido negativo se entiende la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos. También a esta libertad se le llama utilizando la terminología de Norberto Bobbio "Libertad como ausencia de impedimento", impedir se debe entender como no permitir a los otros hacer algo, por lo tanto decir que la libertad comprende la ausencia de impedimento no se está diciendo otra cosa sino que la posibilidad de hacer. Este autor maneja también el término libertad como ausencia de contricción que significa la posibilidad de no hacer y encuentra aquí la presencia de libertad en sentido negativo.

El autor Isaiah Berlín tiene una postura interesante en el mismo sentido, manifestando en términos negativos que alguien es libre en la medida en que ningún hombre o grupo de hombres interfiera en su actividad, dado que si ese ámbito de actividad se contrae puede decirse que está siendo coaccionado, aunque el término coacción no puede aplicarse a todos los casos pues la coacción implica la intervención deliberada de otros seres humanos dentro del ámbito en que alguien podría actuar si no intervinieran; un ejemplo es el supuesto de una persona que siendo tan pobre no puede permitirse algo respecto a lo cual no existe impedimento legal como viajar o inclusive el propio acceso a la misma justicia, dicha persona tendría tan poca libertad para obtenerlo como si la misma ley se lo impidiera.

Por otra parte, la amplitud de la libertad negativa es difícil de determinar, aunque depende el poder del sujeto de elegir en un caso determinado. Siguiendo el ejemplo de una persona a quien se le está torturando para que delate a sus cómplices, esta persona si decide proporcionar la información a aquellos que lo torturan, se puede decir que actuó libremente puesto que tomó una decisión ya que pudo haber elegido ir a la cárcel, ser severamente lesionado o inclusive que le privaran de la vida. La amplitud de la

libertad de este sujeto parece depender de cuántas posibilidades tuvo, de la facilidad o dificultad que tuvo al elegir entre esas posibilidades, de qué importancia tengan éstas e incluso del valor que se les atribuye a estas posibilidades no solo por el que obra sino por el sentir general de la sociedad en que vive (Ver Supra Capítulo III).

1.2.2. La Libertad en Sentido Positivo.

Por libertad positiva se entiende la situación en que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones sin que se vea determinado por la voluntad de otros. Esta forma de libertad también se le puede denominar autodeterminación o autonomía y es positiva porque indica la presencia de un atributo específico que es precisamente la capacidad de moverse hacia un objetivo.⁶

El sentido positivo de la palabra libertad deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño, el ideal de la verdadera libertad a consistir en que todos los que forman parte de la sociedad humana tengan por igual el máximo de poder para hacer de ellos lo mejor. Es en este sentido en que el maestro Burgoa entiende la libertad al manifestar es "...cualidad inseparable de la persona humana consistente en la potestad que ésta tiene de concebir fines y descogitar los medios respectivos que más le acomoden para el logro de su felicidad particular".⁷

En consecuencia la libertad negativa se entiende como una calificación de la acción y la libertad positiva como una calificativa a la voluntad. La libertad positiva consiste en ser dueño de sí mismo y que ningún otro hombre impida la facultad de decisión. Por ejemplo libertad en sentido negativo significa que mi acción no se va a ver obstaculizada y por lo tanto puedo llevarla a cabo; y cuando alguien dice ser libre en sentido positivo afirma que su voluntad no es manipulada por fuerzas extrañas a él mismo.

⁶ Bobbio, Norberto, *Igualdad y Libertad*. 1a. Edición, Ediciones Paidós, ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Trad. Pedro Aragón Rinosin, Barcelona, España, 1993, pag. 100-102.

⁷ Burgoa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. México 1988. Editorial Porrúa. 21a. Edición. pag 595

1.3. El Derecho a la Libertad.

Para poder hablar de un derecho, es necesario hacer referencia a una serie de actos prescritos en la ley, donde por una parte su titular es el poseedor del derecho subjetivo y por otro existe un sujeto que tiene el deber jurídico de prestarlo. El maestro García Maynez, en su libro introducción al estudio del derecho indica "El obligado a observar una conducta determinada no está facultado para dejar de observarla, aún cuando de hecho, falte a su deber. La violación de la norma es entonces una manifestación del libre albedrío, más no representa el ejercicio de la libertad jurídica"⁸

De la anterior cita notamos claramente la contraposición entre la libertad natural y la libertad jurídica, donde esta última puede ser definida como la facultad de hacer o de omitir aquellos actos que no están prohibidos o permitidos según sea el caso. La libertad en amplio sentido se traduce en una facultad de elección, sin embargo cuando el ser humano sede parte de esa facultad a un organismo regulador como lo es el Estado, su libertad natural se ve limitada y surge la libertad jurídica.

1.4. LA LIBERTAD Y LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos Humanos han existido desde siempre, no obstante el reconocimiento de los mismos por parte de las diferentes sociedades no ha sido siempre en la misma medida ni bajo el mismo rubro ya que los hemos encontrado bajo diferentes denominaciones como son; Garantías Humanas, Garantías Individuales, Derechos Subjetivos Públicos, Derechos Fundamentales, Derechos Constitucionales, entre otros. Asimismo, de la misma manera en que encontramos diversas formas de referirnos a los

⁸ García Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho, 39a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1988, pag. 217.

Derechos Humanos también tenemos varias definiciones de lo que estos son, tal es el caso de nuestro país donde en la actualidad, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, reconoce a los Derechos Humanos como los que corresponden a la dignidad que todos los hombres y mujeres merecen por igual y que son necesarios para la existencia de los individuos y la colectividad. Por su parte la Comisión Nacional de Derechos Humanos de nuestro país entiende a los Derechos Humanos como un conjunto de facultades que en cada situación y momento histórico concretan las exigencias de la dignidad humana de acuerdo con las particularidades del hombre con respecto a sus formas de ser y de estar en el mundo. Además de diversos conceptos doctrinarios, donde los derechos humanos son reconocidos como:

“Facultades que los hombres tienen, por razón de su propia naturaleza, de la naturaleza de las cosas y del ambiente en que viven, para conservar, aprovechar y utilizar libre, pero lícitamente, sus propias actitudes, su actividad y los elementos de que honestamente pueden disponer, a fin de lograr su bienestar y su progreso personal, familiar y social”⁹

1.4.1. Fundamento de los Derechos del Hombre

El hecho de precisar el fundamento de los Derechos del Hombre hasta la fecha resulta ser un tema muy controvertido. Bobbio, afirma que no es posible encontrar un fundamento absoluto, antiguamente los iusnaturalistas creyeron haber encontrado un fundamento absoluto, pero la naturaleza del hombre ha demostrado ser insuficiente, según este filósofo contemporáneo, las limitaciones existentes son las siguientes;

Primero que no exista una definición exacta del concepto derechos del hombre, pues cuando se han tratado de definir resultan incompletas o contradictorias. En segundo lugar, los derechos humanos son relativos históricamente, es decir, por ser consecuencia de un de las condiciones existentes, no pueden ser similares de una época a otra; una tercera limitante resulta de la contradicción de los mismos derechos considerados

⁹ Bazilresch, Luis Garantías Constitucionales, 2a. Edición, Editorial trillas, S.A.de C.V, México 1983. pag. 34.

fundamentales, que cuando se afirma la existencia de un derecho en favor de una categoría de personas, implica la supresión correspondiente de otra categoría de personas que tienen aquel derecho, un ejemplo de esto se da en la existencia de la esclavitud.

En el caso concreto de la figura jurídica que nos ocupa, libertad provisional bajo caución, se pretende lograr el equilibrio que debe existir entre el derecho del inculcado a ser puesto en libertad y el derecho de la sociedad de verse restablecida en su bien jurídico lesionado, en consecuencia no es posible ampliar el grado en el goce de la libertad, sin que exista el riesgo de la sustracción del inculcado a la acción de la justicia, la imposibilidad de castigar al presunto responsable, en una forma de prevención de esas conductas delictivas.

Bobbio continua diciendo que el problema relativo a los derechos del hombre es, ya no el de encontrar una justificación o su naturaleza absoluta, sino protegerlos y garantizar que estos no van a ser violados. Finalmente, este filósofo termina aceptando que el problema del fundamento de los derechos del hombre ha quedado resuelto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ya que los gobiernos existentes han llegado a un consenso sobre cuales son los derechos que deben ser protegidos, sin indicar las razones específicas por las cuales se deban considerar estos.

Cabe recordar en este momento, que como resultado práctico de las actividades del de las Naciones Unidas, en fecha 10 de Diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas apoyo y proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el preámbulo de la declaración, a título de exposición de motivos consigna:
"Consideramos que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta, su fe en los Derechos Fundamentales del Hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el proceso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad

Consideramos que los Estado miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades del hombre, y considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso:

La Asamblea Proclama:

La presente declaración Universal de derechos humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan mediante la enseñanza y la educación, el respeto a los derechos y libertades, y aseguren con medidas progresivas de carácter nacional e internacional su reconocimiento y aplicación universal y efectivos tanto en los pueblos de Estados miembros como entre los territorios colocados bajo su jurisdicción.

En su parte dogmática esta declaración sanciona los conceptos enunciados reconociendo validez al respeto de la persona humana, así como a los principios de legalidad, igualdad, y libertad al indicar

Artículo 3o. Todo individuo tiene derecho a la vida, la libertad y la seguridad de su persona.

Artículo 7o. Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción derecho igual a protección ante la ley.

Artículo 10o. Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11o. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.¹⁰

Por otro lado, el autor Gregorio Peces-Barba, señala que la fundamentación de los Derechos Humanos supone un análisis racional, sin prescindir del objeto histórico; manejando el ejemplo del Derecho de Libertad, en la Edad Media no existía este concepto, y no porque se careciera de conciencia de la dignidad humana o no se reflexionara sobre la libertad, dice este autor que; "...estos materiales no habían encontrado todavía el catalizador

¹⁰ Díaz Muller, Luis. Manual de Derechos Humanos. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Colección manuales. México 1991. pag. 14

que les transformase en la idea de los derechos y los vinculase al derecho positivo. Sin organización económica capitalista, sin cultura secularizada, individualista, y racionalista, sin el Estado soberano moderno que pretende el monopolio en el uso de la fuerza legítima, sin la idea de un derecho abstracto y de unos derechos subjetivos; no es posible plantear esos problemas de la dignidad del hombre, de su libertad o de su igualdad desde la idea de los derechos humanos, que es una idea del mundo moderno."¹¹

De la transcripción anterior notamos que tanto la Carta de las Naciones Unidas como la Declaración de los Derechos Humanos, tienen como preocupación fundamental; el respeto a la persona humana. Razón por la cual cuando una persona tiene la desgracia de encontrarse sujeto a una averiguación previa o proceso penal es necesario proceder con cautela, debiendo el Estado cuidar que no se resientan por un lado el respeto que se debe al hombre por sí mismo ni la seguridad jurídica que se le debe a la sociedad. Sin embargo, entendemos que la idea que de los derechos humanos se tenga en determinada sociedad será el resultado de un proceso racional determinado por el contexto económico, político, social y jurídico de la misma.

1.5. LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES EN NUESTRO DERECHO

Dentro del régimen estatal, en el que actúan los individuos se distinguen diferentes tipos de relaciones jurídicas que se pueden presentar entre los gobernados y las autoridades estatales de manera directa y el Estado de manera indirecta: de coordinación, de subordinación o de supra a subordinación.

Para el tema que tratamos nos interesa mencionar las relaciones de supra a subordinación, por encontrarse dentro de estas el campo de acción de las garantías individuales. Dichas relaciones se producen cuando el Estado por medio de alguno de sus órganos emite un mandato (unilateral, imperativo y coercitivo), que afecta intereses del gobernado, pues el primero actúa en ejercicio del poder público traducido en actos de autoridad que operan

¹¹ Peces-Barba Martínez, Gregorio. Op. Cit., pag 268

en la esfera jurídica del gobernado afectando sus intereses, al respecto el maestro Ignacio Burgoa manifiesta, "...las relaciones de supra a subordinación son las que existen o se crean entre los órganos estatales por un lado, como depositarios o ejercitantes del poder del imperio y los sujetos frente a los cuales este poder se desempeña a través de variados actos de autoridad de diversa índole, por el acto."¹²

En este orden de ideas tenemos que este tipo de relación se da en base a la autoridad que por ley le es conferida a los órganos estatales para actuar ejerciendo las funciones de gobernantes, sin embargo, debido a que el Estado se encuentra facultado para que a través de sus diferentes órganos emitir actos unilaterales, imperativos y coercitivos, el Constituyente se vio en la necesidad de reconocer al gobernado sobre el cual producen efectos dichos actos, una serie de derechos que se dan como consecuencia de esa relación obligando a la autoridad que emite el acto a respetar ese derecho y cumplir con los requisitos señalados en la Constitución que le den validez jurídica al mismo. Por ello fue necesario asegurar que el Estado no abusara del poder conferido a sus órganos el perjuicio de persona alguna creando con ello las Garantías Individuales.

La palabra Garantía, de acuerdo al maestro Ignacio Burgoa, proviene del término anglosajón "Warranty", que significa la acción de asegurar, proteger, salvaguardar, afianzar, etc. En su concepto la denominación que se hace de garantías individuales, es impropia, ya que en nuestro derecho no se consignan únicamente para el hombre como persona física, sino que se extiende a todo ente jurídico que se encuentre en situación de gobernado, el equívoco de la expresión "individuales" se explica por el resabio del individualismo clásico. Este mismo autor indica que el concepto de garantía individual esta compuesto por elementos como son; Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado a través de sus diferentes órganos (sujeto pasivo), Derecho Público Subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado (objeto), La obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídicas del mismo (objeto) y la previsión y regulación de la citada relación por la ley fundamental. (fuente).

¹² Burgoa, Ignacio. Op. Cit. pag. 170

Por su parte Isidro Montiel Duarte asevera "...todo medio consignado en la constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía. En Derecho Privado, la garantía puede ser considerada como un pacto accesorio mediante el cual se asigna determinada cosa al cumplimiento de una obligación como la prenda, la hipoteca, el fideicomiso, ect. En Derecho Público, la noción de garantía es totalmente diferente pues comprende básicamente una relación subjetiva, pero directa entre la autoridad y la persona. Esa relación es originada por un lado, en la facultad soberana de imponer el orden y regir la actividad social, y por el otro en la necesidad de que los gobernados no sean atropellados en sus derechos humanos por la actuación de la autoridad.¹³

El Constitucionalista Tena Ramírez, considera que los derechos públicos o las garantías individuales de la persona son derechos empíricamente seleccionados, y los cuales reciben el rango de constitucionales por considerárseles susceptibles de ser menoscabados con más frecuencia por la autoridad y merecedores por esta circunstancia de una protección especial.¹⁴

Elisur Arteaga, explica el término de la garantía en la actualidad, es un término equívoco, ya que para el común de la gente se trata de un sinónimo de Derechos del Hombre, mientras que para los conocedores del Derecho se trata del juicio de Amparo que es el medio de defender y hacer efectivos los derechos del hombre consignados en la Constitución.¹⁵

Hector Fix-Zamudio, en la elaboración de este punto proporciona la explicación de lo que se debe entender por garantía, primeramente sugiere que pueden existir garantías fundamentales y garantías constitucionales, las primeras son las consignadas en los artículos 1o a 29 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, mientras que las segundas son aquellos mecanismos que prevé el propio cuerpo jurídico para que los órganos estatales no se extralimiten y rebasen sus atribuciones además estos mecanismos son de carácter predominantemente procesal para que pueda ser

¹³ Montiel Duarte, Isidro. Estudios sobre las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. México 1973. pag. 26.

¹⁴ Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. 25a. Edición, S.A. México 191. pag. 513

¹⁵ Arteaga Nava, Elisur. Derecho Constitucional Estatal. Editorial Porrúa, S.A., México, 1988. pag. 113

establecido el orden jurídico violado. Así en un sentido contemporáneo, como mecanismos dirigidos a resolver conflictos y no en su sentido tradicional de derechos fundamentales deben ser entendidas las garantías constitucionales.¹⁶

Estos mecanismos a los que se refiere el Doctor Fix-Zamudio, en nuestro derecho son:

Juicio Político, consagrado en el artículo 110 de la Constitución Federal y que va dirigido en contra de altos funcionarios de la Federación y de los Estados, y que en que el ejercito sus funciones violaren las normas constitucionales con las sanciones de destitución e inhabilitación.

Controversias Constitucionales, regulado en el artículo 105 de la Constitución, por medio de la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación dirige conflictos que se plantean, excepto las que se refieran a cuestiones electorales, entre; la Federación de un Estado y el Distrito Federal, La Federación y un Municipio, el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, aquél y cualquiera de las cámaras de este o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como Órganos Federales o el Distrito Federal, entre los Estados entre sí, un Estado y el Distrito Federal, el Distrito Federal y un Municipio, dos Municipios de diversos Estados, dos poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, un Estado y uno de sus Municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, un Estado y un Municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales. "Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnados por la Federación, de los Municipios impugnados por los Estados o en los casos a los que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido probada por una mayoría de por lo menos ocho votos".¹⁷

¹⁶ Fix-Zamudio, Héctor. Justicia Constitucional, Obusman y Derechos Humanos, 1a. Edición. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1993. pag 341

¹⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, en vigor desde el 1o. de Mayo de 1917. La cita textual pertenece a la primera parte del artículo 105 Constitucional, mismo que sufrió una reforma por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de Diciembre de 1994

Acción de la Inconstitucionalidad contra leyes, consignado en el texto actual de la fracción II del artículo 105, mismo que fue creado por reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de Diciembre de 1994, plantea la posibilidad de que la Corte conozca; De las acciones de la inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y en esta constitución, con excepción de las que se refieran a la materia electoral.

Las acciones de la inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma por;

a). El equivalente a treinta y tres por ciento de los integrantes de la cámara de diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión.

b). El equivalente a treinta y tres por ciento de los integrantes del senado, en contra de Leyes Federales o del Distrito Federal, expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

c). El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

d). El equivalente a treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de las Leyes expedidas por la propia Asamblea.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueran aprobadas por la mayoría de cuando menos ocho votos. (adición sufrida al artículo 105 de la Constitución)

Procedimiento Investigatorio, que conforme al artículo 97 de la Constitución Federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de oficio, o a instancia del presidente de la República, de las Cámaras del Congreso Federal o de los Gobernadores, realicen una investigación, ya sea a través de sus miembros o algún Juez de Distrito o Magistrado o designar comisionados especiales, de manera exclusiva para averiguar la conducta de algún juez o magistrado federal, o algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual.

El juicio de Amparo, que por comentario de Hector Fix-Zamudio los anteriores mecanismos, (excepto el relativo a la impugnación de inconstitucionalidad de normas generales, que es reciente creación), no han tenido resultados prácticos, provocando que toda la carga de la tutela de las normas constitucionales recaiga en el amparo, por conducto de la afectación de los derechos individuales. En realidad, coincidimos con el maestro Tena Ramirez, en que el juicio de amparo cuando realiza la defensa de la parte dogmática de la Constitución; nada tiene de control de la constitucionalidad en estricto sentido.

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación al referirse a las garantías individuales las interpreta de la siguiente forma "Garantías Individuales. Los derechos que bajo el nombre de garantías individuales consagra la Constitución, constituyen limitaciones jurídicas que en aras de la libertad individual y en respeto a ella, se oponen al poder o soberanía del Estado, quien, por su misma naturaleza política y social, pueden limitar la libertad de cada individuo, en la medida necesaria para asegurar la libertad de todos; y la limitación de que se habla, debe ser en la forma misma en la que se precisan o definen en la Constitución las citadas garantías individuales siendo las leyes generales y particulares el conjunto orgánico de las limitaciones normales que el poder público impone a la libertad del individuo, para la convivencia social, dentro de las mismas garantías individuales so pena de ineficiencia absoluta, en caso de rebasarlas, porque entonces, dado el régimen de supremacía judicial que la constitución adopta, se consigue la protección de las mismas garantías, por medio del juicio de amparo."¹⁸

Concluyendo, el término garantía encierra el significado de protección contra algún riesgo, por lo que las garantías de los gobernados se traducen en exigencias ineludibles que debe observar todo tipo de acto jurídico de autoridad, para ser constitucionalmente válido frente a los gobernados, salvo en caso contrario donde el actuar de los órganos estatales provocaría la invalidez de sus actos.

Dichas Garantías Constitucionales, comparten principalmente seis características: Unilateralidad, por estar a cargo del poder

¹⁸ Suprema Corte de la Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación. Órgano de Publicación del Poder Judicial de la Federación, Quinta Época, T:XL, pag. 3630

público; Irrenunciabilidad; Permanencia, pues dicha garantía se encuentra lista para ser accionada; Generalidad, porque protegen a todo ser humano sin distinción alguna; Supremacía, por encontrarse reconocidas por la Constitución e Inmutabilidad, porque no pueden ser alteradas por ninguna otra ley.¹⁹

La clasificación de dichas garantías individuales de acuerdo al maestro Burgoa, puede hacerse al determinar la obligación que nace para el Estado, al darse la relación de supra a subordinación, de hacer o abstenerse de determinadas conductas que marcan los preceptos legales. Cuando el Estado o sus Autoridades asumen obligaciones de no hacer o abstención, estamos en la presencia de garantías materiales (libertad, propiedad e igualdad), y si al Estado le marcan obligaciones de hacer consistentes en actuar observando las condiciones necesarias para poder afectar los intereses de los gobernados, estamos ante una garantía formal (seguridad Jurídica).

Las garantías de seguridad jurídica contienen un conjunto bastante extenso de prevenciones constitucionales que tratan de producir en las personas la confianza de que en sus relaciones con las autoridades éstas procederán de acuerdo a las reglas legales en vigor que norman sus facultades y no de manera arbitraria y caprichosa.

¹⁹ Bazzdresch, Luis. Garantías Constitucionales. Op. Cit. pags. 31-32.

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

Haciendo un recorrido a través de las diferentes etapas de la historia para observar el desarrollo de la figura procesal denominada Libertad Provisional bajo Caución, nos podemos percatar que como lo menciona el autor Colín Sánchez, "todos los sistemas de enjuiciamiento, implantados en la mayor parte de los países, desde tiempo inmemorial han concedido éste derecho, restringiéndolo o ampliándolo según la ideología predominante".²⁰

Dentro del sistema jurídico de Grecia encontramos que sólo los delitos considerados como graves reduciéndose a conspiración contra la patria, delitos políticos y peculado, que afectaban al gobierno o al país merecían prisión preventiva ya que por lo que respecta a todos los demás delitos el indiciado era beneficiado con el derecho a la caución la que debía otorgarse por tres ciudadanos responsables de la presentación del indiciado al juicio. Además, encontramos como dato interesante, que los funcionarios debían entregar garantía para prevenir cualquier falta en la que incurrieran en el desempeño de sus funciones y una vez estando sujeto a proceso no podía abandonar el país ni ocultar alguna suma que pudiera eventualmente revestir al Estado hasta ser declarado absuelto.

En la legislación romana, indica el autor Teodoro Mammsen, la libertad provisional se encontraba ya como una garantía concedida a todo ciudadano, pues en las doce tablas se prevenía que si el acusado presentaba alguno que respondiera por él se dejaría libre, y cuando se tratara de un hombre rico otro igual mente rico respondería por el pero tratándose de un ciudadano pobre cualquier hombre podía responder por él.

²⁰ Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 10a. Edición, Editorial Porrúa. México 1980. pag 570

Esta libertad provisional era permitida inicialmente en los juicios privados donde el Estado era una especie de arbitro ya que escuchaba a las partes y resolvía, pero una vez que este tipo de proceso cayo en descrédito la libertad provisional con caución se acepta ya tratándose de juicios penales públicos en donde el Estado intervenía cuando el delito amenazaba el orden y la integridad política. Cabe señalar que para otorgar este beneficio cuando procedía, los jueces fijaban a su arbitrio las modalidades tomadas en cuenta tanto la gravedad del delito imputado como la personalidad del delincuente.

En Francia, 1315 bajo el gobierno de Luis el Turbulento; en 1498, bajo el gobierno de Carlos VII; en 1507, bajo el gobierno de Luis XII, existían ordenanzas reales que conferían a los Magistrados la facultad de poner en libertad a los encausados, mientras prestaran caución suficiente para comparecer personalmente.

La Ordenanza en 1539, hace retroceder el sistema de costumbre y de derecho que hasta ese momento existía y ahora la libertad provisional se convierte en una excepción. Esto se debió a que los procedimientos son secretos y el principio inquisitorial exigía un encarcelamiento previo del encausado como condición necesaria. Aunque existían muy pocas excepciones en la práctica y solo para sacerdotes, nobles y personalidades importantes quedaban exentos de la prisión preventiva.

En 1639, por el Edicto de Francisco I, sobre justicia criminal, se abre nuevamente la figura, volviendo a entrar en vigencia el sistema de libertad anterior al inquisitorial. Señalaba que únicamente en los casos de delitos de poca importancia se debía poner en libertad al acusado siempre y cuando presentara una garantía lo suficientemente equitativa en relación con la gravedad del delito.

Durante la época de la inquisición por la naturaleza misma del sistema inquisitivo, se vio suspendido el beneficio de la libertad provisional bajo caución y el proceso se realizaba en secreto, cometiéndose como ya lo señalamos, arbitrariedades por parte de los juzgadores en la mayoría de los casos; sin embargo la Ordenanza de Luis XIV en el año 1670 decretaba ciertos casos en los que sí procedía este beneficio con garantía pecuniaria o sin ella siendo obvio que no todos los ciudadanos gozaban de ella.

La Constitución del 03 de Septiembre de 1791 proclamó en su artículo 12, que ninguna persona arrestada debía ser detenida cuando esta otorgara una cantidad suficiente para garantizar su libertad. La ley que regula la Constitución de 1791, publicada el 29 de Septiembre del mismo año, es innovadora en el sentido de destacar que la libertad del acusado podría ser garantizada mediante la presencia de dos amigos que respondieran por él, y comprometieran su dicho, en el sentido de verse obligados a presentarlo en juicio cuando así fuera requerido.

El Código de Instrucción Criminal de 1808, establece que en caso de consignación a un Tribunal de simple policía, el imputado será puesto en libertad sin ser obligado a dar caución. Así en la Libertad provisional bajo caución se puede solicitar y resolver en cualquier estado del proceso, pudiéndola solicitar cualquiera, excepto el caso de los vagabundos y reincidentes; la garantía bastaba con que se entregara en efectivo y no se discutía sobre la solvencia del inculpado.

2.1. Antecedentes de la Libertad Provisional bajo Caución en México Independiente

Al consumarse la independencia en nuestro país se hereda de España un sistema legal anárquico, de leyes aisladas y no de códigos completos, por lo que eran de difícil aplicación, sobre todo si se considera que eran apropiados para un sistema monárquico y no para el sistema republicano que pretendía nacer. Así pues, y por no contar con otra legislación los tribunales siguieron aplicando durante algún tiempo las leyes de los fueros, la de partidas, las recopilaciones las de Indias y aún los decretos de las Cortes Españolas, por lo anterior es conveniente mencionar de manera ilustrativa algunos de estos cuerpos legales donde encontramos ya reglamentada la libertad provisional bajo caución.

La nueva recopilación contiene en el libro Tercero, Título IV, ley XVIII, que cuando suelten a uno en fiado, no lo pueden aprender nuevamente pasando setenta días si no existe querrela, cuando se trata de delitos leves. El libro IV, Título XVI, Ley x, establece la prescripción de la fianza cuando transcurre un año, contado desde el día en que se le concedió el plazo para presentar al acusado.

En las siete partidas se marcaba que, en las causas criminales cuando saliere fiador por el reo, obligándose bajo cierta pena a traerle en juicio y a esta a derecho debe presentarlo en el día señalado; y no habiendo podido hallarle tendrá otro plazo igual para buscarle y traerle, pero vencido este segundo plazo si no lo trajere a derecho pagará la pena a que se obligó en la fianza párrafo de la partida V. Título XII, Ley XVII. Asimismo, se aprecia en el proemio de la séptima partida que los acusados de un crimen merezca pena de muerte o perdimiento de algún miembro, debe ser preso y no afianzado para que no huyan ni se oculte; más el juez que hubiere dado libertad bajo fianza al acusado de algún delito de pena de muerte o corporal comete falta grave e incurre en la pena arbitraria si se verificare en caso de fugarse el reo. De acuerdo a la partida III, Título XVIII, Ley XXIV y la VII, Título I, Ley XVI, la fianza tiene lugar cuando por no podersele imponer al acusado pena corporal se le deja en libertad quedando el fiador como custodio del presunto reo con la obligación de presentarle en el término legal o en el que señale el juez; estableciéndose con esto, que el beneficio de la libertad caucional sólo procedía en los casos en que el delito no ameritara sanción corporal.

2.1.1. Constitución Política de Cádiz de 1812.

El Capítulo III, de la Constitución Española de Cádiz de 1812, expedida por las Cortes de Cádiz, jurada en España el 19 de Marzo, lo fue en Nueva España el 30 de Septiembre del mismo año, y en sus artículos 295 y 296 consagran ya el derecho de todo inculcado sujeto a prisión preventiva a obtener su libertad mediante una fianza.

Artículo 295. No será llevado a la cárcel el que de fiador en los casos en que la ley no prohiba expresamente que se admita fianza.

Artículo 296. En cualquier estado de la causa que aparezca que no pueda imponérsele al preso pena corporal, se le tendrá en libertad, dando fianza.²¹

²¹ Incluye la publicación de la Carta de Cádiz, entre las Leyes fundamentales de México, no sólo por haber regido durante el período de los movimientos preparatorios de la emancipación, sino también por la influencia que ejerció en varios de nuestros instrumentos constitucionales, no menos que por la importancia que se le

2.1.2. Constitución de Apatzingan de 1814

Esta Constitución está inspirada en las ideas recogidas de la Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos de 1789, dictada en Francia, y cuyo artículo 9 prescribe; que "Siendo todo hombre presunto inocente, hasta que sea declarado culpable, si se juzga indispensable su detención, la ley debe reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona"²²

La Constitución de Apatzingan fue sancionada el 22 de Octubre de 1814, con el título de Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, la Carta careció de vigencia práctica pero en su artículo 30 establecía ya el principio de la presunción de inocencia mientras no se declarara la culpabilidad del procesado, al indicar que "Todo ciudadano se reputaba inocente mientras no se declarara culpable.

2.1.3. Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822

Aprobado en Febrero de 1822, por la Junta Nacional Instituyente, cuya función era la de regir mientras se expedía la Constitución de 1824. En su artículo 74 y 75 de este ordenamiento disponía;

Artículo 74. Nunca será arrestado el que de fiador en los casos en que la ley no prohíbe admitir fianza, y este recurso quedará expedito para cualquier estado del proceso, en que conste no haber lugar a la imposición de la pena corporal.

Artículo 75. No se hará embargo de bienes, sino cuando el delito induzca responsabilidad pecuniaria y solo en proporción a la cantidad a que debe extenderse.

reconoció en la etapa transitoria que procedió a la organización constitucional del nuevo Estado" Textualmente citado en Tena Ramírez, Felipe. Leyes fundamentales de México, 1810-1991, 16a Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1991. pag 59

²² Ibidem, pag 139

2.1.4. Constitución Federal de 1824.

Fue firmada el 04 de Octubre de 1824 bajo el título de Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, estuvo en vigor hasta el año de 1835. Esta Constitución omite el catalogo de los derechos fundamentales, tomando el ejemplo de la Constitución Americana; la facultad para legislar en dicha materia quedo delegada a los Estados miembros de la Federación por disposición del artículo 161 fracción IV.

2.1.5. Constitución de 1836

Las leyes Constitucionales Centralistas, también llamadas como La Constitución de las Siete Leyes, por estar dividida en siete estatutos, decretada por el Congreso General de la Nación en Abril de 1836, fueron muy someras en cuanto a la regularización del tema que nos ocupa, sin embargo la Ley Quinta, en su artículo 46 dice;

Artículo 46. Cuando en el progreso de la causa, y por sus constancias particulares, apareciere que el reo no debe ser castigado con pena corporal, será puesto en libertad, en los términos y con las circunstancias que determinará la ley.²³

De la lectura del artículo anterior se desprende la obligación legislativa de permitir la libertad provisional, en el caso específico de que el indiciado no merezca ser sancionado con pena corporal por el delito atribuido y la condición de que en términos y circunstancias que la ley determine, creemos que no es otra cosa sino la garantía que deberá prestar el procesado para gozar de esa libertad.

²³ *Ibidem*, pag 328

2.1.6. Proyecto de Reforma a las Leyes Constitucionales de 1840.

Este surge el 30 de Junio de 1840, y en su artículo noveno que contenía los Derechos del Mexicano, fracción V. indicaba; "Que no pueda ser detenido ni permanecer en prisión, dando fianza, siempre que por la calidad del delito, o por las circunstancias del proceso aparezca, que no se le pueda imponer según la ley, pena corporal. (24)

2.1.7. Proyecto de Constitución de 1842.

Presentado el 25 de Agosto de 1842, dentro de su capítulo de Garantías Individuales en su artículo 7o, fracción VIII, contiene; "No puede declararse preso a un individuo sin que proceda una información sumaria por escrito, y solo cuando de ella resulten nuevos indicios o se corroboren legalmente los anteriores; ni podrá conservarse en detención o prisión dando fianza, siempre que de la calidad del delito, o de las constancias procesales, aparezca que no se le puede imponer pena corporal."²⁴

Nuevamente dentro de este texto notamos la transcripción de los textos anteriores, pues la libertad provisional bajo caución procede sólo en delitos sancionados con pena corporal.

2.1.8. Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843

Fueron publicadas el día 14 de Junio de 1843, y en su artículo 9o de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, contenía;

²⁴ Ibidem, pag 388

Fracción IX. "En cualquier estado de la causa, en que aparezca que al reo no pueda imponérsele pena corporal será puesto en libertad dando fianza".²⁵

2.1.9. Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856.

Expedido el 15 de Mayo de 1856, en su capítulo de Seguridad, artículo 50, reconoce como Garantía Individual;

Artículo 50. En los delitos en que las Leyes no castiguen con pena corporal se pondrá al reo en libertad bajo fianza."

Hasta aquí observamos que no varia el móvil de procedencia de esta figura jurídica.

2.1.10. Constitución de 1857

En fecha 16 de Junio de 1856, se presenta un proyecto de Constitución y en relación a la figura jurídica estudiada, en su artículo 31 se proponía;

Artículo 31. Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquiera estado del proceso en que aparezca que el acusado, no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios, o de cualquier otra ministración de dinero.

²⁵ Tena Ramírez, Felipe. Op. Cit. pag 407

Esta disposición pasa a la Constitución expedida por el Congreso Extraordinario Constituyente del siguiente año como copia íntegra y en su artículo 18 se establecía a la libertad provisional bajo caución como una garantía y por lo tanto irrenunciable, que a la letra decía

Artículo 18. Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá el libertad bajo fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios, o de cualquier otra ministración de dinero.

2.2. La Libertad Provisional bajo caución en Leyes Secundarias

En 1871, se expide en nuestro país el Código Penal redactado, naciendo en ese momento la necesidad de crear la legislación que regulara el procedimiento penal. Dicha comisión, en ese mismo año presentó un proyecto llamado Código de Procedimientos Criminales para el fuero común, y en relación a la libertad provisional contenía

Artículo 255. Toda persona detenida o presa por un delito cuya pena no sea más grave de cinco años de prisión podrá obtener su libertad bajo caución previa audiencia del

Ministerio Público llenando las siguientes condiciones; A) Si la pena es alternativa dará fianza por el máximo de la pena pecuniaria y por los resultados de la responsabilidad civil B) Si la pena es corporar y es competencia de los Tribunales correspondientes, la caución será de cinco a diez mil pesos, C) Si el delito es de competencia del jurado, la caución será de cinco a diez mil pesos. Para poderla otorgar necesita el procesado probar su buena fama y debe tener domicilio fijo y conocido y tener o ejercer alguna profesión, industria, arte u oficio. Tomandose en cuenta la gravedad del delito.

2.2.1. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de Baja California. 1880

Este reconocía la existencia de dos tipos de libertades una por desvanecimiento de datos y la otra provisional bajo caución.

Artículo 259. Aunque no se hayan desvanecido los fundamentos que sirvieron para decretar la prisión preventiva del inculpado podrá este ser puesto en libertad provisional, siempre que concurren las circunstancias siguientes; I. Que el delito no tenga señalada pena orporal, o que si la tuviere no exceda de tres meses de arresto; II. Que el inculpado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siga el proceso; III Que tenga buenos antecedentes de moralidad; IV. Que tenga profesión, oficio o modo honesto de vivir; V. Que no sea mendigo, no haya sido condenado por otro juicio criminal, VI. Que ha juicio del juez no haya temor de que se fuge y, VII. Que se proteste presentarse ante el juez o tribunal simepre que se le ordene.

Artículo 261. Concurriendo todas las circunstancias que expresa el artículo anterior, el juez hará prestar la cacuión conforme a las siguientes reglas; I. Si el delito que se persigue debiere ser castigado con pena pecuniaria, alternativa o corporal, el inculpado prestará caución por el máximo de la pena pecuniaria. II. Si la pena fuere corporal y el delito de la competencia de los jueces correccionales la caución se prestará por una cantidad mayor que no baje de trescientos pesos y no exceda de dos mil pesos; si fuere de la competencia del jurado de mil a diez mil pesos.

2.2.2. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1894.

El 24 de junio de 1891 se expide la Ley de Jurádos en Materia Criminal para el Distrito Federal, ésta lejos de ser clara y precisa, crea duplicidad adjetiva con el Código de 1880, en consecuencia nace la necesidad de crear una nueva legislación que concilie las dos anteriores y se expide el Código de Procedimientos Penales de 1894, que en relación a la figura jurídica estudiada contenía;

Artículo 440. Toda persona detenida o presa por un delito que el maximum de la pena no exceda de siete años de prisión podrá obtener su libertad bajo caución siempre que se llenen las condiciones fijadas en el artículo 438.

2.2.3. Código Federal de Procedimientos Penales de 1908.

Este ordenamiento en relación a la libertad provisional bajo caución disponía;

Artículo 355. Toda persona detenida o presa por un delito cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión, podrá obtener su libertad provisional bajo caución siempre que llene las condiciones que fija el artículo 352.

Cabe señalar que hasta este momento en la ley adjetiva no se habla del término medio aritmético de la pena corporar para decidir sobre la procedencia de este beneficio.

2.3. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917.

El texto del mensaje de Carranza del 1o de Diciembre de 1916, motivan los antecedentes directos del artículo 20 vigente en nuestra Constitución y en lo que respecta a la libertad provisional bajo caución expresó:

"El artículo 20 de la Constitución de 1857, señala las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal, pero en la práctica esas garantías han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente al lado de ellas, se han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales, que dejan por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los jueces y aún de los mismos agentes o escribientes suyos.

Conocidas son de Ustedes, señores diputados, y de todo el pueblo mexicano, las incomunicaciones en muchas ocasiones por meses enteros, unas veces para castigar a presuntos reos políticos otras para amedrentar a los infelices sujetos a la acción de los Tribunales del Crimen obligándolos a hacer confesiones

forzadas, casi siempre falsas, que solo obedecían al deseo de librarse de la estancia de calabozos inmundos en que estaban seriamente amenazada la salud y la vida.

El Procedimiento Criminal en México, ha sido hasta hoy, con ligerísimas variantes, estrictamente el mismo que dejó implantado la dominación española, sin que se haya llegado a templar en lo más mínimo su dureza, pues esa parte de la legislación mexicana ha quedado enteramente atrasada sin que nadie se haya preocupado en mejorarla. Diligencias secretas y procedimientos ocultos de que el reo no debía tener conocimiento, como si no se tratase en ellos de su libertad o de su vida; restricciones del derecho de defensa impidieron al mismo reo y a su defensor asistir a la recepción de pruebas en su contra

La ley concede al acusado la facultad de obtener su libertad bajo fianza durante el curso de su proceso; pero tal facultad quedó siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces, quienes podían negar la gracia con solo decir que tenían temor de que el acusado se fugase y se sustrajera a la acción de la justicia."²⁶

Estos antecedentes resultan importantes, pues ponen de manifiesto el estado que guardaban las cosas hasta ese momento, y la preocupación que se tenía por llevar a cabo una reforma que transformara las injusticias de las disposiciones anteriores.

La Comisión Dictaminadora encargada del artículo 20 Constitucional, en cuanto a su estudio dentro de su dictamen se expresó de la siguiente manera;

"El artículo 20 del Proyecto de Constitución contiene innovaciones trascendentales que transformarán por completo el sistema de enjuiciamiento en toda la República Mexicana haciéndolo más liberal y más humana. En virtud de esas reformas, quedará destruido el secreto con que se seguían los procesos en todos los Tribunales, privándose así al acusado de los elementos para defenderse ampliamente, si el acusador tiene libertad completa para acumular todos los datos que haya en su contra, es la mayor inequidad que al acusado se le pongan trabas para defenderse cuando ya la privación de la libertad lo coloca en una situación desventajosa respecto del acusador. Este proyecto contiene tres grandes innovaciones; prohíbe al acusado se le obligue a declarar en su contra por medio de la incomunicación, fija el tiempo máximo

²⁶ Ibidem, pag 505

dentro del cual se debe dictar la sentencia en juicios del orden criminal y pone la libertad bajo caución al alcance de todo procesado por delitos con pena menor a cinco años de prisión. No obstante, en una de las numerosas iniciativas que la comisión ha recibido se ataca la disposición propuesta para la libertad caucional argumentándose que como en nuestro país la mayoría de los acusados son pobres, seguramente sólo podrán obtener esa libertad con fianza personal, pero como no se determina en que casos procederá esta garantía quedará a juicio de los jueces la gracia de que se trata. Sin embargo, la comisión no estima fundada esta objeción pues tiene como indubitable, que acreditándose la idoneidad de un fiador, no puede quedar al criterio de un juez restringirla sino deberá admitirla en todo caso."²⁷

Estos antecedentes resultan importantes, pues ponen de manifiesto el estado que guardaban las cosas hasta ese momento, y la preocupación que se tenía por llevar a cabo una reforma que transformara las injusticias de las disposiciones anteriores.

La fracción primera del artículo 20 Constitucional, en definitiva fue aprobada en los siguientes términos;

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

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

Comparando este texto con el relativo a la materia en la Constitución de 1857, encontramos grandes avances en cuanto al derecho del procesado, pues la Constitución anterior de manera muy confusa indicaba que

²⁷ Congreso de la Unión. Cámara de Diputados. Los Derechos del Pueblo Mexicano. Editorial Porrúa, México 1978, pag. 205 a 208

cuando al acusado no se le "pudiera" imponer la pena de prisión se le otorgaría la libertad bajo fianza, sin dejar claro si el "no poder", dependía del delito cometido como es el caso de que no ameritara sanción corporal lo cual resultaría ilógico o se extendía a una circunstancia muy particular del acusado, sin embargo, en este último artículo finalmente se da un tratamiento diferente a la libertad provisional, así pueden gozar de esta en aquellos casos en que inclusive los delitos cometidos por el acusado ameriten pena de prisión, con la limitante de que únicamente a aquellos que no tienen señalada una pena mayor a cinco años de prisión.

Esta Constitución fue promulgada el cinco de Febrero de 1917 y entró en vigor el primero de Mayo del mismo año.

Es innegable que ha medida que el tiempo pase, por el mismo desarrollo de la sociedad algunas normas jurídicas carecen de actualización o simplemente dejan de ser aplicables, es por ello la necesidad de acoplar las normas jurídicas a la problemática actual y esto se logra indudablemente a través de las reformas a la misma.

2.3.1. Reforma a la Fracción Primera del Artículo 20 Constitucional de 1948.

El Artículo 20 Constitucional en su fracción I, ha sufrido varias reformas siendo la primera de ellas en 1948, para la cual en la exposición de motivos del proyecto de reformas enviado por el Presidente de la República al Congreso de la Unión el 11 de Noviembre de 1947, manifiesta que dicha disposición consagra como garantía individual de todo acusado, que será puesto inmediatamente en libertad, cuando lo solicite siempre que reúna estas don condiciones, que el delito no merezca pena mayor de cinco años de prisión y otorgue una fianza o caución que no exceda de diez mil pesos, esta cantidad representaba una suma bastante considerable y suficiente para responder al interés social predominantemente que en todo precepto penal existe y para arraigar al procesado, de tal suerte que quedara sujeto a juicio y no eludiera, en su caso, el cumplimiento de la pena que le fuera impuesta. Mas si esto fue en aquella época, ante el constante cambio del valor adquisitivo del dinero por razones económico sociales que no es el caso analizar, la suma de diez mil pesos resulto insuficiente prestándose que con frecuencia los

delinquentes no sólo burlaban a los Tribunales si no que, además tratándose de delitos patrimoniales, resultaba provechoso para ellos el otorgar garantía dispuestos a perderla, pues aunque de antemano sabían que se les haría efectiva al sustraerse de la acción de la justicia, era lo de menos pues así podían disfrutar tranquilamente del producto de su delito.

Aunado a lo anterior tenemos también que esta reforma se da como consecuencia de la interpretación hecha por el Congreso de la Unión, al reglamentar esta garantía en el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1931, que a la letra dice;

“Artículo 556. Todo acusado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, siempre que el máximo de la sanción corporal correspondiente al delito imputado no exceda de cinco años de prisión...”

No obstante el contenido del artículo anterior, existían ya reclamos por parte de los afectados para que se tomara en cuenta el término medio aritmético de la sanción para determinar sobre la procedencia del delito. La primera ejecutoria dictada en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que consideraba inconstitucional al artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales, data del 20 de Febrero de 1933, y se pronuncia por la aplicación del término medio aritmético para proceder la libertad provisional bajo caución, posteriormente fue reforzada por otras ejecutorias en igual sentido, hasta sentar jurisprudencia.

Con estos argumentos en fecha 12 de Diciembre de 1948, se publica en el Diario Oficial de la Federación la reforma y adición en la fracción I del Artículo 20 Constitucional, quedando en los siguientes términos;

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

I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor a cinco años de prisión, sin mas requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la

autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juez en su aceptación.

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

No obstante que se sigue utilizando el término fianza, y no el de caución ya se contempla la consideración al término medio aritmético, de la pena para la procedencia de dicho beneficio, al respecto el autor Rivera Silva considera que, "...aún antes de la reforma se presentaron algunos casos en los que no procedió la libertad, porque el máximo de la pena señalada en el Código Penal excedía de cinco años, a pesar de que el término medio aritmético no lo rebasaba. La Suprema Corte de Justicia, en Tesis en la que fue ponente el Ministro salvador Urbina, sostuvo invocando los artículos 52 y 118 del Código Penal, que se debía tomar en consideración el término medio aritmético. En esta época también se afirma que antes de la sentencia no se podía determinar la pena que correspondía al sujeto en el caso concreto, por lo que, en justicia, debía tomarse el término medio aritmético".²⁸

Consideramos que el legislado prosigue con el error de marcar cantidades exactas de la caución para el otorgamiento del beneficio lo que en obvio de circunstancias, al cambio de valor del peso mexicano se vuelve ineficiente.

2.3.2. La Reforma al Artículo 20 Constitucional de 1985.

En fecha 03 de Septiembre de 1984, el entonces presidente de la República Mexicana, Miguel de la Madrid Hurtado, envió a la Cámara de senadores del H. Congreso de la Unión un proyecto de reformas a la fracción I del Artículo en comento. Dicho proyecto en la exposición de motivos entre otras cuestiones, destacaba;

²⁸ Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento penal. 16a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1986 pag 359

"Se propone modificar el primer párrafo de la fracción I, del artículo 20, a fin de dejar claramente asentado, que para la concesión o la negativa de la libertad provisional, con base a la pena aplicable al delito se consideraran las modalidades en que éste se presente, y por lo tanto, la pena que legalmente corresponda. Así, quedará recogido el delito que verdaderamente se cometió y no una hipótesis penal abstracta.

Por otro lado, el segundo párrafo de la misma fracción, determina hoy día que el límite máximo de la fianza o caución, será de doscientos cincuenta mil pesos. Esta estipulación cuantitativa ha permanecido inalterada a lo largo de 35 años y es evidente que no corresponde ya a las circunstancias de la realidad y que por lo mismo, su aplicación es a menudo fuente de problemas que han provocado malestar social como consecuencia de la liberación provisional de algunos inculpados bajo garantías muy reducidas. Sin embargo, los jueces no pueden incrementar el monto máximo de la caución pese a las razones que en determinado caso pudiera haber para ello, porque se encuentran sujetos a esa prevención constitucional desactualizada.

Cabe observar además que paulatinamente han desaparecido del Derecho Federal Mexicano los señalamientos de cantidades absolutas identificadas en pesos, para ser substituidas por múltiplos de salario mínimo, cuya variación periódica permite el ajuste automático y racional de la cuantía que contempla la ley, sin necesidad de reformas normativas.

Por todo ello se propone que el límite máximo de la caución sea la cantidad equivalente a la percepción del salario mínimo durante dos años, en la inteligencia de que se alude al salario vigente al lugar en que se cometió el delito.

En los casos en los que esa garantía pudiera resultar inadecuada e insuficiente, en vista de la gravedad del ilícito, de las condiciones del inculpadado y de la víctima. Para entender debidamente esos factores dignos de la mayor consideración desde la perspectiva de la defensa social, se considera asimismo que la cantidad mencionada pueda ser duplicada cuando lo solicite motivadamente el Ministerio Público, en su calidad de representante social, y mediante resolución que igualmente exprese las razones del incremento.

Nada de esto implica tratamiento inequitativo de los inculpadados, pues la reforma que se pretende sólo señala el máximo de la caución, no el mínimo de esta. Consecuentemente el juzgador puede y debe actuar con equidad en la fijación de la garantía, conciliando intereses particulares y sociales, que el Estado ha de observar y proteger por igual. Así se tutelan tanto los derechos del individuo como los de la sociedad en general.

Para asegurar en mayor medida el desarrollo del proceso y la protección a la víctima del ilícito, se solicita modificar la parte final del segundo párrafo de la fracción I, indicando que si el delito representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño o perjuicio patrimonial, la garantía será

cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños o perjuicios causados, en los términos en que estos aparezcan acreditados cuando el juzgador debe resolver sobre la petición de la libertad provisional.

El proyecto de reforma enviado por el entonces presidente de la república fue aprobado por las Cámaras, sin embargo estas propusieron además que a dicha fracción se le aumentara un tercer párrafo para destacar que si el delito era preterintencional o imprudencial bastaría que se garantizara la reparación del daño y los perjuicios patrimoniales causados y se aplicara lo dispuesto en los dos párrafos anteriores de la citada fracción. Disposición que fue aceptada y posteriormente se presta a confusión en su interpretación.

En definitiva la reforma a la fracción en comento fue aprobada en los siguientes términos,

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

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

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

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

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

Esta reforma trajo consigo varias innovaciones primeramente, respecto a tomar en cuenta las modalidades del delito, se inició una polémica interesante. En principio cabe advertir que en la discusión de la iniciativa del presidente para estas reformas, la Cámara de senadores a través de su comisión designada, expresa

"Las suscritas comisiones coinciden también con el juicio que manifiesta la iniciativa, al incluir las modalidades del delito a fin de que el órgano jurisdiccional para determinar la caución o negativa del beneficio de la libertad provisional bajo caución, atienda no solamente al tipo básico, si no a las modalidades atenuantes o agravantes del mismo.

Cabe mencionar que este punto de vista ya ha sido adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y debe destacarse que con él se busca tanto tutelar al interés social como al imputado.

Por otro lado, al introducirse el concepto de modalidades del delito, también se beneficia a los imputados, cuyo hecho o conducta es atenuada por alguna de las circunstancias de tal naturaleza."²⁹

En resumen, tanto la cámara de senadores como la Cámara de Diputados coinciden con la iniciativa en el sentido de que la inclusión de las modalidades del delito deben ser valoradas por el órgano jurisdiccional en el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución para tomar en cuenta el delito efectivamente cometido, según se halla desprendido de las constancias del procedimiento, es decir, considerando sus modalidades atenuantes o agravantes y no solo a lo que de denomina tipo básico o fundamental.

Asimismo, ambas cámaras en sus dictámenes coinciden en que la jurisprudencia de la corte se había venido produciendo en ese sentido.

En realidad la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se había inclinado en el sentido de que no se deben tomar en cuenta las atenuantes y agravantes ya que estas son materias de sentencia.

²⁹ Diario de Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, año III, LII Legislatura, Tomo III, No. 9

Pues aquí existiría el problema de prejuzgar o analizar sobre esta situación antes de que formalmente se declare la existencia de dicha modalidad.

"LIBERTAD CAUCIONAL. Para concederla, debe atenderse solamente a la pena que corresponde al delito imputado, tal cual está señalado en la ley, sin tener en cuenta las atenuantes o agravantes que puedan existir, porque estas son materia de las sentencia que pone fin al proceso."³⁰

Inclusive en varios criterios aislados se confirmó el antes mencionado;

"LA LIBERTAD CAUCIONAL. Para decidir sobre ella los jueces de Distrito se basarán en los datos que arrojan el auto de formal prisión, pues las excluyentes o atenuantes que el inculcado alegue, sólo pueden ser tomados en cuenta en la sentencia definitiva, así como todas las pruebas que tiendan a fijar el grado de responsabilidad del inculcado."³¹

Consideramos que la verdadera razón que motivó la reforma en dicho sentido fue la reforma sufrida a los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito Federal, por decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación el 27 de Diciembre de 1983 para el Código Federal y de 04 de Enero de 1984, para el Código Local, que en sus artículos 556 para el Distrito Federal y 399 para el Código Federal de Procedimientos Penales, en relación a la libertad provisional, establecían;

"Artículo 556. Todo inculcado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución cuando el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado no exceda de cinco años de prisión. El juez atenderá para este efecto a las modalidades y calificativas del delito cometido. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor."

³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Unión, Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia No. 173. Quinta Época, pag. 341, Sección Primera. 1a. Sala.

³¹ Suprema Corte de Justicia de la Unión, Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia No. 173. Quinta Época, pag. 341, Sección Primera. 1a. Sala.

"Artículo 399. Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado, incluyendo sus modalidades atenuantes o agravantes de éste, acreditadas cuando se resuelva sobre dicha libertad".

Ahora bien del texto reformado del artículo 20 Constitucional fracción primera podemos desprender varias situaciones

Los fallos posteriores a las reformas de la fracción I del artículo 20 constitucional presentaban contradicciones, ya que en ocasiones se sostenía que desde que se dicte el auto de formal prisión era necesario incluir las calificativas o modalidades, mientras que algunos otros jueces sostenían lo contrario, esta situación llegó a la Corte por la contradicción en las sentencias dictadas por los Tribunales Colegiales de Circuito y así la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 03 de Mayo de 1989 resolvió;

De la reforma al artículo en cometo, se desprenden varias cuestiones, en el presente trabajo, mencionaremos sólo las más relevantes como son;

Se substituye el concepto de juez por el de juzgador, ya que el segundo resulta ser más genérico, pues abarca tanto al de primera como el de segunda instancia. Asimismo, se substituye el término fianza para referirse al de caución, pues este último resulta ser el genero y abarca diversos tipos de garantía.

Se indica que para la procedencia de este derecho se tomen en cuenta las modalidades del delito. En este aspecto existieron grandes discusiones puesto que mientras la misma Corte interpretaba que no se debían tomar en cuenta estas modalidades pues son materia de sentencia, la Constitución las contenía como requisito indispensable.

"AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS DEL DELITO EN EL. Atento a lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el auto de formal procesamiento sólo se precisará la materia de la causa a seguir, al determinar el órgano jurisdiccional los hechos delictivos que motivaron el ejercicio de la acción penal y subsumirlos provisionalmente dentro de una o varias disposiciones legales que tipifiquen tales hechos, sobre la base de que

existan datos de la probable responsabilidad del acusado en su comisión. Por ello, todo juzgador al dictar un auto de formal prisión debe limitar su actividad al estudio del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, sin analizar las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, ya que estos extremos deben ser objeto del proceso penal correspondiente y de la sentencia respectiva. No es obstáculo a la conclusión anterior, lo perceptuado por el artículo 20 fracción I Constitucional, en el sentido de que al resolver sobre la procedencia de la libertad provisional, debe tomarse en cuenta las calificativas para que el delito materia del ejercicio de la acción penal se invoque por el Ministerio Público, ya que esta última disposición no se refiere en concreto al auto de formal prisión sino a la hipótesis en que el acusado solicite y se le conceda la libertad bajo caución; además de que al reformarse al último de los dispositivos legales citados, en los términos aludidos, no sufrió enmienda el artículo 19 de la Constitución de la República.”³²

Haciendo algunas consideraciones en torno a lo anterior tenemos que si resultaba procedente el tomar en cuenta las modalidades del delito ya que el artículo 19 del mismo ordenamiento, sin referirse expresamente a las circunstancias agravantes o atenuantes del delito, en el fonda aludía a ellas, porque si bien es cierto que los dos elementos estructurales del auto de formal prisión son la integración del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, también lo es que dentro del auto de formal prisión se exige mencionar el lugar tiempo y circunstancias de ejercicio y como las modalidades se identifican con estos requisitos, se puede decir que aquí tenemos las modalidades del delito, que definitivamente no son exclusivas de tomarse en cuenta hasta el momento de dictar sentencia. Sin embargo, el analizar las modalidades para el efecto de determinar sobre la procedencia de la libertad provisional bajo caución si trunca el derecho de las personas sujetas a un proceso, por lo que fue más acertado el constituyente al no mencionar las modalidades del delito protegiendo de manera más amplia la libertad del procesado. El autor Zamora-Pierce, se manifiesta en el mismo sentido al afirmar”...la única consecuencia se incluir las modalidades en el cómputo de la pena, para los efectos de la caucional es la de cerrar el camino de la libertad a un número mayor de procesados. Limitar la garantía cuando debería ser ampliada”³³. El legislador al introducir esta disposición crea un fuerte problema de sobrepoblación penitenciaria, que acarrea violencia convirtiéndose en la negación de la readaptación social.

³² Ibidem, Jurisprudencia, No. 4/89, 8a. Época. Primera Sala

³³ Zamora-Pierce, Jesús. *Las Garantías Individuales son Derechos Mínimos que pueden ser ampliados*. Revista. El Derecho Mexicano Hacia la Modernidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. pag 94

Se eliminan las cantidades fijas en cuanto al monto de la fianza, pues ya se determina el monto de esta por equivalente a días de salario mínimo general vigente en el lugar donde se cometió el delito

Se faculta al juzgador para incrementar el monto de la caución hasta por cuatro años de salario mínimo, no obstante consideramos que hubiese sido mejor poner un tope máximo a ciertos delitos dependiendo de su gravedad, pues con esto aseguraría la discrecionalidad que debe tener el juzgador en la imposición del monto de la garantía al tener que tomar en cuenta aspectos subjetivos como son las circunstancias personales del imputado. En la reforma penal de Septiembre de 1993, veremos como se suprime cualquier juicio hecho sobre los datos subjetivos del inculpado, aunque la legislación secundaria que reglamenta el precepto vuelve hacer alusión a ellos.

El párrafo cuarto resulta confuso, pues ordena que si el delito es preterintencional o imprudencial bastará que se garantice la reparación de los daños y los perjuicios patrimoniales y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, esto resulta muy grave pues por un lado menciona que en este tipo de delitos, bastara que se garantice la reparación de los daños y perjuicios causados para obtener la libertad provisional, pero agrega además que se estará a lo dispuesto en lo párrafos anteriores, lo que resulta completamente ilógico. Creemos que el legislador quiso decir que tratándose de delitos preterintencionales o imprudenciales se deberá garantizar la reparación de los daños y los perjuicios patrimoniales y no se estará a lo dispuesto en los párrafos anteriores.

El artículo transitorio de la Reforma publicada el 14 de Enero de 1985 en el Diario Oficial de la Federación determina que dicho decreto entrará en vigor después de los seis meses de su publicación.

CAPITULO TERCERO

LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN EN LOS ÚLTIMOS TIEMPOS

Desde el siglo XIX con el auge de las ideas humanistas el ser humano como identificado en su individualidad, vuelve a ser el centro de atracción de los filósofos y en general de todas las manifestaciones tanto culturales, políticas y sociales que en ese momento se desarrollaban. Obviamente el tema de la libertad del ser humano vuelve a ser muy discutido y el reprobador las limitaciones a ese derecho muy concurrido.

Independientemente de la ideología anterior, creemos que el hecho de la privación provisional de la libertad, no cumple con ninguna otra finalidad que no sea la de impedir que el procesado se evada de la acción de la justicia sin embargo, esta justificación consideramos no es suficiente para aplicar dicha medida pues los daños causados pueden ser incalculables para la persona que se encuentra sujeta a una investigación o proceso penal del que se desconoce si va a resultar responsable.

Lo anterior aunado a que en un número de casos muy amplio la privación de la libertad como medida cautelar no es necesaria ni conveniente pues, "La investigación criminológica nos demuestra que la idea de mejorar al individuo mediante la privación de su libertad, en forma de encarcelamiento, es una ilusión. Por el contrario, hoy se acepta que tal castigo conduce a una pobre rehabilitación y a una gran reincidencia, además del efecto destructivo que tiene sobre la personalidad".³⁴

³⁴ La investigación criminológica nos demuestra que la idea de mejorar al individuo mediante la privación de su libertad, en forma de encarcelamiento es una ilusión. Por el contrario, hoy se acepta que tal castigo conduce a una pobre rehabilitación y a una gran reincidencia, además del efecto destructivo que se tiene sobre la personalidad. Ideas de Fernández Muñoz, Dolores Eugenia, en su obra "La Pena de Prisión Propuestas para sustituirla o abolirla, 1ª. edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993, pag. 182.

A continuación mencionaremos algunas de las consecuencias negativas que traen aparejada el encarcelamiento preventivo, para después abordar las reformas procesales relacionadas con la figura jurídica en cuestión.

3.1. La Pena Privativa de Libertad

La pena de privación de la libertad, parece ser originario de Inglaterra en 1955 y en Amsterdam en 1595, como una forma legal de castigo para aquellos que cometían conductas delictivas. La palabra pena se deriva de la voz griega "poine", que significaba composición pecuniaria, que a su vez tiene un significado más antiguo proveniente de "punia", que quería decir purificación. En el castellano pena y pago son homologos.³³

La pena se puede definir como "...sufrimiento impuesto por el Estado, en el ejercicio del poder sancionador que otorga la legítima defensa social, en ejecución de una sentencia dictada por el órgano jurisdiccional competente, al culpable de una infracción penal, prevista en una ley general y anterior al hecho delictivo y con una finalidad de tutela de la justicia de seguridad y el bien común"³⁶

El sistema penal es entendido como un conjunto de medidas de control social, conforme al sistema actual, nosotros nos regimos por un Estado democrático de Derecho, por lo que el derecho penal y los demás sectores de control penal se encuentran limitados a dicho régimen. El Estado de Derecho así concebido tendrá como función la realización de fines consistentes en crear y asegurar las condiciones de existencia que satisfagan las necesidades del grupo de individuos que le dieron origen y posibilitar la vida en comunidad.

³³ Aguirre Obanrio, Eduardo. Multas y Fantasia, artículo publicado en "Estudios Jurídicos en Honor de Raúl F. Cardenas", 1a. edición Editorial Porrúa S.A. , México 1983, pag. 41

³⁴ Aguirre Obanrio, Eduardo. Multas y Fantasia, artículo publicado en "Estudios Jurídicos en Honor de Raúl F. Cardenas", 1a. edición Editorial Porrúa S.A. , México 1983, pag. 41

Se dice que nos encontramos ante un Estado de Derecho cuando la función de éste se realiza a través de medios jurídicos, los que limitarían el poder del propio Estado pretendiendo el no abuso en sus atribuciones y procurando que este cumpla con su finalidad para lo cual se le reconoce la facultad de imponer sanciones, las cuales siempre deberán estar acordes a alguna ley jurídica que le reconozca tal facultad.

Una vez que mencionamos que por encontramos formando parte de un Estado de Derecho, el cual, en su afán de cumplir con la finalidad de su existencia, está facultado para imponer sanciones en su afán de preservar el orden social, analizaremos que sentido tiene la existencia de las penas.

De acuerdo a las ideas de Claus Roxin, en su obra Sentido y Límites de la Pena Estatal, la pena puede tener tres diversos sentidos

3.1.1. Como Retribucion

De acuerdo a esta concepción, el sentido de la pena se encuentra en que la culpabilidad de autor sea compensada mediante un perjuicio impuesto en razón del que él cometió.

Las críticas que se mencionan son primeramente, que constituye un cheque en blanco al legislador puesto que no explica cuando se tiene que penal, únicamente se dice que si de delinque se penará. Otra crítica es la de negarle a la culpabilidad su fundamento, entendida como un juicio de reproche que se le hace al autor por haber tenido alternativas en su actuar, presuponiendo el libre albedrío, y éste todavía no ha sido demostrado como característica inherente al ser humano, por lo que la premisa básica, la culpabilidad, queda sin fundamento. Existe otra objeción hecha por los partidarios de la Escuela de la Defensa Social en el sentido de que es incomprensible como se puede borrar un mal sumándole otro, lo que se traduce en una venganza, misma que en un Estado de Derecho no podría tener cabida.

3.1.2. Como Prevención Especial

En esta no se pretende reprimir al autor por la lesión causada, sino prevenir nuevos delitos que pudiera cometer dicho responsable. Para ello se ha pensado en dos posibles soluciones; primera, corregir al infractor, esto si científicamente se puede (resocialización), e intimidarlo para que se abstenga de cometer nuevos delitos.

Estas ideas han cobrado auge al inicio de la década de los cincuenta sobre todo por el desarrollo de la Escuela de la Defensa Social que hablan de internamiento, tratamiento, readaptación curación, mejoramiento y educación. Nuestra legislación penal acepta esta tendencia de la ideología del tratamiento, y en la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre readaptación Social de Sentenciados, establece que Artículo 2o, "el sistema penal se organizará sobre las bases del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente", y artículo 6o, "el tratamiento será individualizado, con aportación de las diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación social del sujeto, consideradas sus circunstancias personales". Por su parte el Doctor Moreno critica esta tendencia porque al ser la continuación del positivismo italiano, se trata de una tendencia que conlleva inseguridad jurídica y violaciones a los derechos humanos, además de que la ideología del tratamiento es una utopía.³⁷

Otra objeción que se le hace a esta teoría es que no existe la posibilidad de delimitar temporalmente la intervención del Estado, puesto que siempre buscará que se corrija en definitiva al infractor. Por último, se objeta que aún en el caso de la comisión del delito más grave que se conozca, se tendrá que dejar impune a su autor, si se demuestra que no existe peligro de repetición por haberse socializado.

³⁷ Moreno Hernández, Moises. Algunas Bases para la Política Criminal del Estado Mexicano. Revista Mexicana de Justicia. No. 2 Volumen III, Abril-Junio 1985. pag. 17-18

3.1.3. Como Prevención General

Aquí la amenaza no se dirige al individuo autor del ilícito penal, sino a la generalidad para que se comporten conforme a un orden establecido.

Los argumentos en contra se dan en primer lugar cuestionando la facultad que tiene el Estado de intimidar al pueblo en general, sin que haya realizado ningún hecho que sea punible; el Estado resulta ser un Estado autoritario, puesto que siempre va a infundir miedo al gobernado. Otra objeción se presenta en el sentido de que existen personas que no harán caso de dicha amenaza, como son los delincuentes profesionales, prueba de ello también, es que la comisión de un delito demuestra que es ineficaz esta prevención general.³⁸

3.1.4. Fundamento y límite de la pena; culpabilidad

Entre los principios que se dan para establecer una buena política criminal dentro de un Estado de Derecho, se encuentra el principio de la culpabilidad, refiriéndose a que, para la aplicación justa de la pena, la culpabilidad sea la medida y el límite de esta.³⁹

La Culpabilidad conforme a la doctrina actual se entiende como "el juicio de reproche que se hace a aquel sujeto que realizó una acción antijurídica, pudiendo haber actuado de otra manera, al sujeto se le reprocha en la medida de que tuvo alternativas de actuar y, en lugar de actuar conforme a derecho, realiza una acción antijurídica."⁴⁰

Nuestra legislación actual acepta el principio de culpabilidad, como se desprende de la lectura del artículo 52 del Código Penal

³⁸ Moreno Hernández, Moisés. Algunas Bases para la Política Criminal del Estado Mexicano. Revista Mexicana de Justicia. No. 2 Volumen III, Abril-Junio 1985. pag. 17-18

³⁹ Moreno Hernández, Moisés. Op. Cit. pag. 120

⁴⁰ Ibidem pag. 388

Federal (reformado el 10 de enero de 1994), que a la letra dice "El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y en el grado de culpabilidad de la gente..."

Las dos funciones principales de la culpabilidad son; la de servir de fundamento a la pena y ser el límite de esta.

La primera se traduce en imponer un mal adecuado por la conducta antijurídica realizada, si se parte del supuesto de que los individuos son personas libres y que pueden autodeterminarse por poseer libre albedrío; implicando por lo tanto que son responsables de sus actos y omisiones, se justifica como consecuencia la teoría de la retribución en razón a la aplicación de un mal impuesto a un individuo, por no haber realizado una conducta diferente, las críticas hechas a esta teoría, como se dijo fundamentalmente son hechas por partidarios de las teorías preventistas, que reprobaban ese mal en los casos en que puede ser evitada una posible lesión a un bien jurídico, por ser corregible, sin embargo, podría aceptar esta crítica si se contempla a la culpabilidad aisladamente y no a manera de venganza, pero como se dijo anteriormente, debe considerarse a la culpabilidad el problema del injusto, mismo que servirá dependiendo de su gravedad, para mesurar junto con al culpabilidad el alcance de la pena.⁴¹

La segunda, que la culpabilidad sea considerada para limitar a la pena; si únicamente fuera utilizada en este sentido, la función de la culpabilidad sería una garantía del individuo en contra de los abusos del Estado que esté inspirado en teorías de prevención, pero no tendrá una vinculación directa con la compensación que recibe aquel individuo libre y responsable. Sin embargo, cumpliendo la doble función que mencionábamos, se podrá, además de poner un límite a la facultad punitiva del Estado, reivindicar la dignidad humana.

Para determinar los momentos en los que se limitará la facultad punitiva del Estado, el Doctor Moreno menciona que la culpabilidad como límite se manifestará a través de los diferentes órganos que intervienen en la aplicación del derecho penal; un primer momento es cuando el órgano legislativo establece los tipos penales, donde se persigue esencialmente fines preventivos generales, aquí el papel de la culpabilidad se tomará en cuenta para

⁴¹ *Ibidem* pags. 406-408

establecer excepciones de responsabilidad e inclusive atenuantes, por lo que el efecto es en este nivel indirecto y no concreto determinando el grado de ésta. En cambio ante el órgano jurisdiccional, es donde la culpabilidad se gradúa, aquí existe un individuo libre y responsable concreto, en contra del cual se plantea un reproche a su conducta puesto que no se condujo conforme a la norma, es aquí donde la retribución se actualiza, pero no una retribución mecanicista que sanciona un movimiento corporal sino únicamente a los sujetos que tuvieron la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta y aún así quiso y acepto en resultado de esta.⁴²

3.2. Fines de la privación cautelar de la libertad

Existen diversas posturas al respecto, el argumento más usado es que el fin de la detención preventiva se justifica para asegurar el cumplimiento de la eventual condena que pudiera recaer sobre el procesado. Evidentemente, la crítica más común a esta postura es la que objeta tal medida si el proceso termina con una sentencia absolutoria, por lo tanto, la consecuencia es injusta e irreparable.

El autor, Sergio García Ramírez, resume la postura de diversos tratadistas, respecto a esta figura procesal, indicando⁴³

“Vidal entiende que la preventiva sirve para impedir la fuga y poner al inculpado a disposición del juez, evitando que haga desaparecer las pruebas, advierta a sus cómplices, soborne o influencie a los testigos, haga estériles las pesquisas y oculte el producto del delito”

“...para Floilán, la preventiva se orienta en las sendas de los propósitos: seguridad de la persona y garantía de la prueba...”

“Fenech estima que los objetivos de la citada medida: son asegurar los fines del proceso y garantizar la eventual ejecución de la pena...”

“Pisapia indica que a partir de su aparición en Roma y en el Derecho Medieval hasta nuestros días, las funciones de la prisión preventiva han sufrido una

⁴² Ibidem pags. 406-408

⁴³ García Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal. 1a. Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1977, pag. 409

evolución que permite advertir en ella los siguientes planos sucesivos: garantía para la ejecución de la pena, aflicción con carácter de ejecución anticipada de aquellas o para los efectos ejemplares, coerción procesal encaminada a asegurar la presencia del inculpado en el proceso, y prevención inmediata de la perpetración de delitos por parte del propio inculpado o contra el mismo. Es inmoral su contenido aflictivo o ejemplar porque se aplica a quien aún no ha sido condenado.”

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

Eugenio Zafaroni, en relación a este aspecto opina;

“Los sistemas penales latinoamericanos operan violando la legalidad penal por varias vías; la conversión del auto de prisión preventiva en sentencia condenatoria y la sentencia formal en instancia de revisión, como resultado de la prolongación burocrática del proceso penal y de la consiguiente generalización del fenómeno del preso sin condena...”⁴⁴

Aquellas posturas que justifican la detención preventiva con el único objeto de que el acusado no destruya o altere las huellas dejadas por los hechos delictivos, están equivocadas pues entonces sería ilógico que en aquellos delitos en los que no existe huella física, se justificara entonces la privación de la libertad preventiva. Además el tener encarcerada a una persona va en detrimento de la preparación para su defensa ante los tribunales lo que implica una flagrante violación a las garantías de los procesados.

Ahora bien, mencionaremos cuales son las justificaciones por las que consideramos que la prisión preventiva resulta perjudicial.

En primer lugar, las personas sujetas a la prisión preventiva, no pueden seguir contribuyendo económicamente al sostenimiento de él ni de su familia. (y si resulta una sentencia absolutoria, ¿no sería bueno que el Estado pagara

⁴⁴ Zafaroni, Eugenio Raúl. La Legalidad como Garantía y como Pretexto. Revista Mexicana de Justicia, número 4, Volumen V, México 1987, pag. 121

daños y perjuicios), fomentando, en la mayoría de las veces la desintegración de la familia, que es ya uno de los problemas más fuertes a los que se enfrenta nuestro país.

La moral del hogar se ve desfavorecida puesto que es conocido que el estar en prisión crea un grave estigma social, pues el hecho de tener un familiar en prisión (sin importar los motivos ni circunstancias), se tiende a considerarlo como un ser peligroso y antisocial, lo que en muchas ocasiones le llevará a ser rechazado.

La lesión psicológica que se causa al afectado puesto que además del hecho de perder su libertad de tránsito, el tener que convivir en el ambiente de peligrosidad que se vive actualmente en los centros preventivos puede inducirle a tener un sentido negativo de la realidad y desarrollar actitudes criminales. (recordemos que no esta declarado culpable)

El gasto económico que implica para el Estado (sin olvidar que nosotros através de nuestros impuestos subsidiamos dichos gastos), mantener a una persona privada de su libertad, ya que no se les puede obligar a trabajar y si se les tiene que cubrir sus necesidades básicas además de los gastos por el personal que tiene que participar en todo este proceso.

Por otro lado, están los casos en los que la libertad debiera proceder sin que se lastimaren los derechos de una sociedad que queda a merced de un delincuente y se garantizara el respeto a las garantías procesales del inculpado.

Es muy difícil acreditar que han sido protegidos y respetados ambos valores, sin embargo se podría tomar en cuenta, algunos cuestionamiento como:

La libertad se tendrá que ver privada cuando el procesado sea una persona que ha renegado vivir en convivencia con la sociedad, pudiera ser el caso del reincidente consuetudinario o aquel que desafía a la autoridad y a la justicia constantemente.

Que el auto que ordena la prisión preventiva sea fundado y motivado como cualquier otro acto de autoridad.

Que los elementos constitutivos del tipo este probados plenamente, y la presunta responsabilidad perfectamente determinada.

En consecuencia, la detención preventiva solo deba proceder excepcionalmente, en los casos de extrema necesidad conforme al principio universal de que toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Si dependiendo de las características personales del inculcado, como serían solvencia moral, trabajo estable, no antecedentes penales y se puede acreditar que no se sustraerá a la acción de la justicia, no haría falta su detención.

La protección adecuada de la víctima en la Comisión de determinado delito, ampliando dicha protección para casos no únicamente en los que se sufre un detrimento económico sino moral e inclusive de seguridad personal.

Estos son entre otros los lineamientos que las reformas no sólo en los Códigos Mexicanos sino en todos los Códigos latinoamericanos y europeos han seguido. Las reformas tienden a ampliar la posibilidad de la obtención de la libertad provisional bajo caución sin desproteger los intereses de la sociedad y dejando a salvo las pretensiones de las víctimas del delito.

Esta ha sido la actitud seguida por nuestros ordenamientos procesales y que al parecer se ha acentuado más esta tendencia desde la creación en 1990 de la Comisión de Derechos Humanos y las reformas hechas a los Códigos de Procedimientos Penales tanto federal como local en 1991, que ha continuación mencionaremos como el origen de las reformas a la Constitución de 1993 y como consecuencia las reformas correspondientes los Códigos antes mencionados en 1994.

3.3. COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Fue creada por el entonces presidente Carlos Salinas de Gortari, en fecha 06 de Junio de 1990, como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, para hacerse responsable de la promoción, la vigilancia y el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa de los derechos humanos. El primero de Agosto del mismo año se

publicó su primer Reglamento Interno, publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 12 de Noviembre de 1992, mismo que fue abrogado por el Nuevo Reglamento Interno de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Cabe destacar que dicha comisión fue creada tanto a nivel federal como a nivel local.

Esta Comisión tiene como antecedente inmediato la institución nacida en Escandinavia conocida como el "ombudsmann, palabra sueca que significa delegado, representante o mandatario, instaurada por primera vez el 06 de Julio de 1809, cuya función originalmente era la de vigilar a los funcionarios administrativos del rey. La existencia de esta figura se extendió por varios países, en 1919 a Finlandia; en 1952 a Noruega, en 1953 a Dinamarca (limitando su actuación a asuntos de carácter civil), 1957 a Alemania, 1962 a Nueva Zelanda, 1967 a Inglaterra, 1969 a Irlanda del Norte y Canadá, 1971 a Israel.

En cuatro se pueden definir las características principales de esta Institución; Se trata de un funcionario autónomo y no influido por partidos políticos, que vigila la administración; atiende las quejas del público contra las injusticias y errores de la Administración; tiene poder para investigar quejas, pero no revocar lo resuelto y se trata de un organismo dependiente del legislativo, pero con autonomía funcional, por ello fue calificado de Comisionado Parlamentario.⁴⁵

Conforme a la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de Junio de 1992, su artículo 6o. menciona las atribuciones de dicho cuerpo que en resumen son; Investigar las presuntas violaciones a los derechos humanos por actos de autoridades administrativas federales y por actos de particulares con la tolerancia de algún servido público o autoridad; Formular recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias; Procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas como responsables; impulsar la observancia de los Derechos Humanos en el país; Proponer a los órganos competentes los ajustes a las leyes y reglamentos de su ámbito de competencia, que redunden en una mejor protección de los derechos humanos, promover el estudio, la enseñanza y la divulgación de los derechos humanos, entre otras.

⁴⁵ Fix Zamudio, Héctor. Legislación Reciente sobre los Derechos Humanos. Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas. El Derecho Mexicano Hacia la Modernidad. Editorial Porrúa S.A., y UNAM México 1991. pag. 70

En nuestro país la Comisión Nacional de Derechos Humanos se ve frecuentemente cuestionada en cuanto a su autonomía, independencia y eficacia de sus actividades a lo que alega la misma que de el total de recomendaciones expedidas hasta Diciembre de 1994 era de 830, de las cuales solamente han sido cumplidas 396 y lo han sido de manera parcial 410 y el resto después de cuatro años de funciones de la comisión, no se han logrado cumplir. No obstante existe quien opina acerca de su buen funcionamiento ya que(según datos proporcionados por el mismo organismo), la tortura que era el principal motivo de quejas durante los primeros meses de su fundación, ahora ocupa el décimo lugar en denuncias; además de que han existido significativas reformas a los Códigos Penales, y de procedimientos tanto federal como local con apoyo en las propuestas formuladas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos al ejecutivo.

Respecto a esta Institución consideramos que debido a la poca confiabilidad que de nuestra parte existe hacia el sistema político que por parte de la mayoría del pueblo mexicano se ha visto que sentimos, dudamos de la eficacia de la misma y a manera de cuestionamiento nos preguntamos ¿que no están reconocidos ya los derechos humanos a traves de las garantías individuales contemplados en nuestra Constitución ?, y cuando estas resultan violadas ¿no tenemos ya un medio de defensa para hacerlas valer? ¿porque necesitamos una comisión especial cuando de hecho, si se respetan las garantías individuales, no deberían existir violaciones a los derechos humanos por parte de ninguna autoridad?, ¿porque, crear un organismo nuevo, (con todos los gastos que ello implica), para vigilar el cumplimiento de las obligaciones de las autoridades, cuando en realidad se debe exigir a esas autoridades que cumplan por sí solas con dichas obligaciones?

REFORMAS PROCESALES EN LOS CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS PENALES FEDERAL Y DEL DISTRITO FEDERAL DE 1991.

El presidente de la república dio instrucciones al titular de la recién creada Comisión Nacional de los Derechos Humanos para proponer reformas tendientes a proteger los derechos penales.

Se propuso la modificación a la fracción I del artículo 20 constitucional, dicha sugerencia fue rechazada argumentando que se presentarían complicaciones por el procedimiento de las reformas a la Constitución. Sin embargo, el 16 de Septiembre el presidente envió una iniciativa de reformas optando por implementar los cambios a los Códigos de Procedimientos Penales tanto Federal como Local para el D.F:

El decreto de iniciativa en lo relativo a la libertad provisional refiere principalmente que: con el propósito de que el acusado alcance la libertad provisional, en casos en que la pena del delito exceda del término medio aritmético a los cinco años de prisión, se pueda facultar al juez, para que concediera la libertad fundando y motivando sus resoluciones, así es como se reformaron los numerales 399 y 556 de las leyes procesales federal y distrital respectivamente.

Es necesario hacer un relato de la posibilidad de que en las leyes secundarias puedan ampliar las garantías penales consagradas en la constitución. Al respecto en aquel tiempo se planteó la disyuntiva por varios doctrinarios de que si las garantías constitucionales eran el máximo de derechos que podían ser reconocidos o si estos podían ser sujetos a una ampliación válida por leyes secundarias.

Al respecto, nuestra Carta Magna reconoce que "las garantías que otorga esta Constitución no podrán restringirse...". indicando además que "No se autoriza la celebración de tratados ...ni de convenios en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano." El artículo 1º al mencionar que "no podrán restringirse", no se refiere a un aumento, es decir, este sí procedería, no obstante el artículo 15 al indicar "... que se alteren", se refiere tanto a un aumento como a una disminución y de acuerdo a esto no procedería la ampliación de las garantías individuales.

El autor Zamora-Pierce, en contra de la interpretación última, apoya la idea de que la celebración de tratados que otorguen más o mejores derechos a los hombres no contradice el sentido de la constitución, apoyando el criterio tomado para la exposición de motivos del Decreto de

Reformas y Adiciones al Código Federal de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de Diciembre de 1983, que este mismo autor cita y a la letra dice:

"Las garantías penales que la Constitución expresamente establece, implican solo el mínimo de Derechos que la autoridad debe reconocer al gobernado. En consecuencia, la ley secundaria puede ampliar ese mínimo y otorgar al individuo nuevos y mayores derechos frente al poder público, cuando ello resulte conveniente y no se vulneren los intereses de la sociedad."⁴⁶

Al respecto el autor García Ramírez, opina que "La Constitución no contiene un catálogo cerrado de los derechos del individuo, un máximo riguroso, sino apenas el mínimo que no puede ser menoscabado, disminuido, reducido por autoridad alguna, pero que bien puede ser extendido por decisión de la ley secundaria. Aquí funcionan en plenitud las intenciones y las posibilidades del Estado de Derecho. Una interpretación contraria volcaría el régimen de garantías en contra del supuesto beneficiario; exigiría reformas constitucionales solo para mejorar la suerte del individuo". Finalmente añade que las reformas a los Códigos Procesales de 1991 "...tuvieron un doble efecto benéfico; mejorar el estatuto de los inculpados en orden a su libertad, por una parte, y reiterar la idea de que los derechos constitucionales pueden ser ampliados por la legislación secundaria..."⁴⁷

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en una tesis se pronuncio. Garantías Individuales, Alcance de las. Las Garantías Constitucionales no deben tomarse como un catálogo rígido, invariante y limitativo de los derechos concedidos a los gobernados que debe interpretarse por los tribunales de amparo en forma rigorista, porque ello desvirtuaría la esencia misma de dichas garantías. Más bien debe estimarse que se trata de principios o lineamientos vivos y sujetos a la evolución de las necesidades sociales, dentro del espíritu que animó al constituyente a establecerlos. De lo contrario, se desvirtuaría la función esencial de las garantías constitucionales y del juicio de amparo.⁴⁸

⁴⁶ Zamora-Pierce, Jesús. Las Garantías Individuales son Derechos Mínimos que pueden ser ampliados. Revista, El Derecho Mexicano Hacia la Modernidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Editorial Porrúa S.A. México 1991. pag. 173.

⁴⁷ García Ramírez Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano. 1a. Edición. Editorial Porrúa, México 1994 pag. 61

⁴⁸ S.C.J.N., Op. Cit. Vol 62, 6a parte, pag. 39.

Existen otras opiniones en su mayoría en el mismo sentido y con las cuales coincidimos, en torno a que cualquier restricción a alguna garantía de las reconocidas por la Constitución constituye una violación franca a los derechos humanos, mientras que cualquier intento de ampliación de las mismas, incluso en la legislación secundaria, es un avance en la lucha por la adecuación del reconocimiento de los derechos del hombre a la realidad que vive.

3.4.1. La Libertad Provisional Bajo Caución Ampliada.

La libertad provisional "ampliada", como fue llamada, constituyó una nueva orientación en nuestra legislación penal, al abrir la posibilidad por primera vez de otorgarla en delitos cuya pena media aritmética fuera mayor a cinco años de prisión.

EL 8 de enero de 1991, se publicaron dos decretos, mismos que entraron en vigor a partir del 1º de Febrero del mismo año, y que reformaron el entonces artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y su correlativo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

3.4.2. Código Federal de Procedimientos Penales.

"Artículo 399.- Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponde al delito imputado, incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

En los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, y no se trate de los delitos señalados en los siguientes párrafos de este artículo, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

1.- Que se garantice debidamente, a juicio del juez, la reparación del daño;

II.- Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social;
III.- Que no exista riesgo fundado de que el inculpaado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

IV.- Que no se trate de personas que por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadiría la acción de la justicia.

Para los efectos del párrafo anterior, no procederá la libertad provisional cuando se trate de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal : 60, 123, 124, 125, 127, 128, 132 a 136, 139, 140, 145, 146, 147, 149 bis, 168, 170, 197, 198, 265, 266, 266 bis, 302, 207, 315 bis, 320, 323, 324, 325, 326, 366 y 270 segundo y tercer párrafos cuando se realicen en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones VIII, IX y X, y 381 bis.

De igual modo, para los efectos del segundo párrafo de este artículo, no se concederá el derecho de libertad provisional respecto a los delitos previstos en el artículo 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y en los artículos 102, 104, 105, 108, 109 y 115 bis del Código Fiscal de la Federación."⁴⁹

En la determinación que dicte, el juez fundará y motivará el otorgamiento o la negativa de libertad, así como la revocación de ésta, en su caso, tomando en cuenta las prevenciones constitucionales y legales aplicables. En lo que respecta a la determinación del monto de la caución, se hará señalamiento específico sobre los daños y perjuicios, en la medida en que de las actuaciones se desprendan datos para fijar unos y otros. El juez valorará lo actuado, asimismo, para resolver si se trata de un delito intencional, preterintencional o imprudencial, con el propósito de precisar las consecuencias de esta clasificación para los efectos de la garantía debida.

Fuera de los casos de la libertad ordenada por órgano jurisdiccional, o de aquellos a que se refiere el artículo 107 Constitucional, en ningún otro caso se excarcelará al inculpaado sin que previamente el encargado del reclusorio lo notifique personalmente al ministerio público."

⁴⁹ Por reforma publicada en el D.O.F., el 20 de Julio de 1992, los artículos 102, 104, 105, 108, 109 y 115 bis del Código Fiscal de la Federación fueron excluidos de la enumeración del aquel entonces texto del artículo 399. Actualmente el texto del artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y el 558 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no hacen una enumeración de los delitos graves, en cambio el artículo 194 del C.F.P.P. y el 268 del C.P.P.D.F. , si lo hacen. Después de la reforma del 10 de Enero y 22 de julio de 1994 se catalogan como graves los artículos 104 fracción II III último párrafo, 105 fracción IV y 115 bis del Código Fiscal de la Federación.

3.4.3. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

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

En los casos en que la pena del delito imputado rebase en término medio aritmético rebase los cinco años de prisión, y no se trate de los delitos señalados en el siguiente párrafo de este artículo, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos;

I.- Que se garantice debidamente, a juicio del juez, la reparación del daño;

II.- Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social;

III.- Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

IV.- Que no se trate de personas que por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirían la acción de la justicia.

Para los efectos del párrafo anterior, no procederá la libertad provisional cuando se trate de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal: 60, 139, 140, 168, 170, 265, 266, 266 bis, 287, 302, 307, 315 bis, 320, 323., 324, 325, 326, 366 y 370 segundo y tercer párrafos cuando se realicen en cualesquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones VII; IX y X, y 381 bis.”

De lo anterior se desprende que los delitos excluidos de este beneficio de la libertad provisional bajo caución eran:

| | |
|---|--|
| Artículo 60. | Delitos imprudenciales calificados como personal de empresas |
| graves, imputables al | |
| dedicadas a servicios públicos ferroviarios | |
| escolar que cause | aeronáuticos, navieros, y de transporte |
| personas. | homicidio de dos o más |
| Artículo 123 | Traición a la Patria. |
| Artículo 124 | Daños a la Patria |
| Artículo 125 | Reconocimiento a Gobierno invasor. |

| | |
|-------------------------------------|--|
| Artículo 127 | Espionaje |
| Artículo 128 | Revelación de Informes a Gobierno |
| Extranjero | |
| Artículos 132 a 136 | Rebelión |
| Artículo 139 | Terrorismo |
| Artículo 140 | Sabotaje |
| Artículo 145 | Penalidad especial que cometen los |
| servidores públicos relativo al | Título Primero |
| del Libro Segundo del Código Penal. | |
| Artículos 146 y 147 | Piratería |
| Artículo 149 bis | Genocidio |
| Artículos 168 y 170 | Ataques a las vías de comunicación |
| (mediante el uso de explosivos) | |
| Artículos 197 y 198 | Delitos contra la salud |
| Artículos 265, 266 y 266 bis | Violación |
| Artículos 302, 307, 315 bis y 320 | Homicidio simple y calificado |
| Artículos 323 y 324 | Parricidio |
| Artículos 325 y 326 | Infanticidio |
| Artículo 366 | Plagio o secuestro |
| Artículo 370, 2º y 3º párrafo | Robo cuando el monto de lo robado |
| excede de 100 o de 500 veces | el salario |
| mínimo general vigente | |
| en relación con el 372 | Robo con violencia |
| Artículo 381 fracción VIII | Robo aprovechándose de catástrofe o |
| desorden público. | |
| fracción IX | Robo por una o varias personas armadas |
| fracción X | Robo en contra de oficina bancaria o |
| recaudatoria | |
| Artículo 381 bis | Robo en lugar cerrado. |

En materia del fuera federal se aumentan;

Ley de Armas de fuego y Explosivos;

| | |
|--------------------------------|-------------------------------------|
| Artículo 84 | Introducción clandestina al país de |
| materiales de uso exclusivo de | las Fuerzas |
| Armadas. | |

3.4.4. Delitos Fiscales

Como delitos graves en el Código Fiscal de la Federación se señalaron;

| | |
|--------------------|-------------|
| Artículo 102 y 104 | Contrabando |
|--------------------|-------------|

Artículo 105
Artículo 108
Artículo 109
Artículo 115 bis

Delito asimilado al contrabando
Defraudación fiscal
Asimilado a defraudación fiscal
Operaciones financieras ilícitas.

El artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, fue reformado nuevamente el 20 de Julio de 1992, esta reforma se debió a la discusión que se creó de que si un delito fiscal en rigor debe ser considerado como grave. El mismo decreto que reforma el artículo 399 del ordenamiento referido, se reforma el artículo 92 del Código Fiscal de la Federación, a fin de otorgar el derecho a la libertad provisional bajo caución a los acusados de delitos fiscales, esta reforma se dio a través de la adición de un cuarto párrafo de dicho artículo 92., que a la letra dice:

En los delitos fiscales en que sea necesaria querrela o declaratoria de perjuicio y el daño o perjuicio sea cuantificable, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público hará la cuantificación correspondiente en la propia querrela o declaratoria. La citada cuantificación sólo surtirá efectos en el procedimiento penal. Cuando el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado exceda de cinco años, para conceder la libertad provisional, el monto de la caución que fije la autoridad judicial comprenderá, en su caso, la suma de la cuantificación antes mencionada y las contribuciones adeudadas, incluyendo actualización y recargos, que hubiere determinado la autoridad fiscal a la fecha en que se promueva la libertad provisional. La caución que se otorgue en los términos de este párrafo no substituye a la garantía del interés fiscal.”

Además, se agregó a este artículo un séptimo párrafo que indica:

“En caso de que el procesado hubiera pagado o garantizado el interés fiscal, a entera satisfacción de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la autoridad judicial, a solicitud del procesado podrá reducir hasta en un veinte por ciento el monto de la caución, siempre que existan motivos o razones que justifiquen dicha reducción”.

De lo anterior se desprenden algunos cuestionamientos como por ejemplo, ¿se reconoce facultad a una autoridad administrativa para fijar el monto de la garantía?, ¿cuales son los motivos y razones que se deben

tomar en cuenta para poder reducir hasta en un veinte por ciento, el monto de la caución?.

3.4.5. Análisis de los Artículos 399 del C.F.P.P. y 556 del C.P.P.D.F.

El contenido de estos dos artículos en su primer párrafo expresaron lo prescrito en la fracción I, del artículo 20 Constitucional vigente en aquel momento, "Todo inculpadado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponde al delito imputado, incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor."

Fue en el segundo párrafo donde se establece la "ampliación de la libertad provisional bajo caución", ya que se establece la procedencia de este beneficio aún cuando el término medio aritmético de la pena privativa de libertad rebasara los cinco años de prisión, siempre que se cumpliera con determinados y requisitos y no se tratara de conductas delictivas para las que este beneficio quedaba expresamente improcedente. Los requisitos de procedencia para la libertad provisional ampliada eran;

Fracción I.- Que se garantice debidamente la reparación del daño a juicio del juez. Sin tomamos en cuenta que el precepto constitucional vigente en aquel momento, disponía ya que en delitos intencionales en los que su autor obtuviera un beneficio económico era obligatorio garantizar por lo menos tres veces más el beneficio obtenido o el perjuicio causado. El requisito que comentamos amplía el supuesto de garantizar los daños no sólo económicos sino cualquier otro tipo de daños.

Posteriormente veremos como esta condicionante resultado incompleta puesto que en caso de que el procesado se evadiera a la acción de la justicia la víctima no podía obtener la reparación del daño, por la consecuencia lógica de la suspensión del procedimiento penal.

Fracción II.- Que no constituya un grave peligro social. Entendiendo al peligro como un riesgo de que se produzca un daño o perjuicio, que se traduce en la incertidumbre que vive una sociedad de que una persona acusada de

haber cometido un delito obtenga su libertad provisional y pueda delinquir ocasionando daños particulares y en general a la sociedad, para determinar lo anterior el juez debería haber tomado en cuenta la naturaleza de la acción u omisión, los medios empleados para ejecutarla, el daño causado, la edad del inculgado, la educación, sus costumbres, etc.

Fracción III.- Que no exista riesgo fundado de que el inculgado pueda sustraerse a la acción de la justicia.-

Esta condicionante sólo se podía cumplir si el juez realizaba un análisis de las circunstancias del inculgado en relación directa con su actitud delictiva, valorando su actuación como miembro de una sociedad así como las circunstancias que podrían influir en su conducta.

Fracción IV.- Que no se trate de personas que por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirán la acción de la justicia.

El Código Federal de Procedimientos Penales, contiene además dos últimos párrafos en su artículo 399, en ellos se dispone la obligación de fundar y motivar la resolución judicial, este requisito es, una exigencia innecesaria ya que en nuestro sistema de derecho, toda resolución de autoridad que afecte los intereses de los gobernados deberá estar fundada y motivada, de acuerdo al artículo 16 de nuestra Constitución y de no ser así se estaría violando una garantía individual reconocida por la misma constitución.

CAPITULO CUARTO

CONTENIDO ACTUAL DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL FRACCIÓN I

Como resultado de la reforma de 1991 a los códigos procesales de la materia, mencionada en el capítulo anterior, teníamos la coexistencia de dos sistemas para el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución. La diferencia entre estos dos tipos de libertades (la tradicional y la ampliada), se determinaba por el término medio aritmético de la pena que correspondiera al delito imputado. En los casos en que dicho término medio aritmético de la pena correspondiente al delito imputado no excediera de cinco años de prisión, parecía no existir conflicto ya que ese era el único requisito de procedencia, sin embargo, tratándose de delitos cuyo término medio aritmético sí rebasara los cinco años de prisión existe una limitante, que no se trate de delitos considerados como graves, haciendo un enlistado de cuales delitos serían considerados como tales, es decir, graves, este último sistema fue el inicio de una evolución rápida de dicha figura jurídica con un enfoque muy diferente al tradicional, y que tiene detrás una política criminal con tendencia a reducir el empleo de la prisión preventiva debido al exceso de presos que se encuentran en los centros de reclusión y con fundamento en el principio de presunción de inocencia.

Es de todos conocido el impacto negativo que se tiene con la gran cantidad de procesados en prisión preventiva, en consecuencia la tendencia a crear sustitutos de la misma para superar problemas de sobrepoblación, gasto público que implica el mantenimiento de dichos centros preventivos, las injusticias al privar de su libertad a gente que puede ser inocente, por lo que el método más utilizado ha sido la libertad provisional bajo caución, libertad potestatoria, el empleo de penas alternativas y ahora hasta la libertad sin caución a la cual nos referiremos más adelante.

Según datos proporcionados, la capacidad de alojamiento en los reclusorios del Distrito Federal, queda rebasada por la cantidad real de internos que se alojan en ellos. Al finalizar la década de los ochentas y

principios de los noventas, las cifras eran: reclusorio norte, capacidad 1250 internos y población real 3026; reclusorio sur capacidad de 919 y población real 1901; reclusorio oriente capacidad para 1244 y población real 3021; por citar sólo un ejemplo. Los centros femeniles no han presentado el problema a la máxima expresión, sin embargo sus niveles de capacidad sobre todo del oriente y el norte, sí han rebasado el índice de capacidad. Por lo que respecta a la Penitenciaría del Distrito Federal su capacidad es de 1500 internos y su población real de 2287.⁵⁰

Antes de entrar de lleno al estudio de la reforma a la fracción 1 del artículo 20 Constitucional, mencionaremos brevemente otros cambios que sufrieron también otras de las garantías individuales, como son:

El artículo 16 Constitucional que regula los lineamientos de las ordenes de aprehensión y sus modalidades, así como las relativas a los cateos y visitas domiciliarias, la modificación fue incorporar a dicho artículo el párrafo segundo de la fracción XVIII del artículo 107 Constitucional que se encontraba mal acomodado en los lineamientos relativos al juicio de amparo. Ahora aparece como párrafo tercero del artículo 16 Constitucional, suprimiendo el término de veinticuatro horas que tenían los ejecutores de una orden de aprehensión para poner al detenido a disposición del juez por la expresión "sin dilación alguna". Se faculta además al Ministerio Público para dictar ordenes de aprehensión en casos urgentes tratándose de delitos graves y bajo el riesgo fundado de que el indiciado se pueda sustraer a la acción de la justicia, cuando no se pueda recurrir a una autoridad judicial ya por la hora, el lugar o las circunstancias. Otra de las novedades fue el regular la detención ampliada, consistente en que la retención se podrá duplicar en aquellos casos en que la ley prevea como delincuencia organizada, hasta por un término de 48 horas, y esta dada la complejidad de su investigación.

El artículo 19 Constitucional, en que se establecen los lineamientos del auto de formal prisión o auto de sujeción a proceso que dicta el juez dentro de las 72 horas posteriores a la consignación del inculcado, sufrió también reformas pues se sustituye el concepto procesal de cuerpo del delito por "acreditación de los elementos del tipo penal". Además se reubica el

⁵⁰ García Ramírez Sergio. Las Reformas Penales de 1990. Revista el Derecho Mexicano Hacia la Modernidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Editorial Porrúa, S.A México, 1991. pag 150

primer párrafo de la fracción XVII del artículo 107 constitucional en el cual dentro de los lineamientos del juicio de amparo se disponía sobre la obligación de los custodios de poner en libertad a todo inculpado cuando su detención no se justificara con un auto de formal prisión.

El artículo 20 Constitucional también reformado sufrió cambios en cuanto, primero a la libertad provisional bajo caución, tema de desarrollo en este trabajo. Se modificó la fracción II, para precisar que no solo no se puede obligar a declarar al inculpado en su contra, como ya se prevía, sino que ahora la prohibición es más amplia y se transforma en la potestad absolutoria del inculpado de declarar o no hacerlo si así conviene a sus intereses. La fracción III, se modificó para quedar a solicitud del inculpado el que se lleven a cabo los careos, con el fin de que se logre una mayor agilidad en los procedimientos penales. La fracción IX, se plantea la garantía de que goza el inculpado de ser informado desde el inicio de cualquier procedimiento de los derechos que goza el inculpado, consignándose en esta fracción la defensa adecuada. Además se menciona que lo que se refiere a la mención expresa de que los derechos regulados en las fracciones Y; II; V; y IX de este artículo también se aplican durante la fase de la averiguación previa, además de que las dos primeras fracciones no podrán sujetarse a condición alguna. Por último, este artículo se ve adicionado con un último párrafo en el cual por primera vez se tutelan constitucionalmente los derechos de las víctimas u ofendidos del delito, dicho derecho consiste en recibir asesoría jurídica; que le sea satisfecha la reparación del daño; coadyuvar con el Ministerio Público; recibir atención médica de urgencia cuando lo requiera y además, se hace una remisión a las demás señaladas en las leyes secundarias.

Por su parte el artículo 119 Constitucional, se reforma y proporciona el fundamento para la celebración de los convenios de colaboración entre las Procuradurías de Justicia de los Estados, Distrito Federal y la Federación, con el objeto de entregar sin demora a indiciados, sentenciados, procesados, así como practicar el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito. Esta reforma abandona la vía judicial de la extradición interregional o interna con la derogación tácita de la ley reglamentaria de 1954. El 25 de Septiembre de 1993, se celebró el convenio de colaboración entre las Procuradurías Generales de Justicia de los Estados, el Distrito Federal y la Procuraduría General de la República, publicado el 3 de Diciembre de 1993.

Concluyendo, estas reformas constitucionales tienen por objeto poner de manifiesto la importancia de las mismas en el sistema penal mexicano tanto sustantivo como procesal y como consecuencia directa de ellas se crea un decreto publicado el 10 de enero de 1994, por el cual surgen reformas al Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal; los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el Federal; la ley de Amparo; la Ley de Extradición Internacional; el Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal; Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos y la Ley Federal para prevenir y sancionar la Tortura, principalmente.

4.1. NATURALEZA JURÍDICA Y CLASIFICACIÓN DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

Hemos hablado ya del desarrollo evolutivo que hasta este momento tenía la figura procesal de la libertad provisional bajo caución, y una vez que llegamos hasta aquí consideramos conveniente referirnos a su naturaleza jurídica así como la clasificación de la misma para posteriormente en la segunda parte de este capítulo analizar el texto vigente de la multicitada fracción I, y finalizar con el estudio a los Códigos Procesales Penales tanto el local como el federal.

A esta figura procesal se le ha denominado de diferentes maneras como "libertad bajo fianza", "libertad provisional", "libertad preventiva", "libertad caucional", "libertad con efectos limitados" o la más aceptada "libertad provisional bajo caución".

Inicialmente mencionaremos que la denominación de Libertad Provisional, no se considera exacta, puesto que si a todo individuo se le considera inocente, hasta no demostrarse su culpabilidad, lo que debiera ser provisional es el estado de encarcelamiento adelantado y lo normal sería la libertad.

Ahora bien, por lo que hace a las características más importantes de dicha figura tenemos;

- Se trata de una Garantía Constitucional en favor de aquella persona sujeta a proceso penal, reconocida en el artículo 20 Constitucional y por lo tanto no puede ser renunciable, ni condicionada sino por la misma Constitución.

- Es una medida cautelar o precautoria ya que se encuentra sujeta a las consecuencias del proceso y su duración es limitada al mismo proceso.
- Da seguridad procesal porque su fin entre otros, es el de garantizar que se pueda continuar el juicio al evitar en lo posible que el inculpaado se evada a la acción de la justicia.
- Es de índole personal porque como derecho subjetivo público, su titular es un individuo y el Estado esta obligado a reconocer dicho derecho.
- Sus efectos son provisionales, porque su duración existe en tanto la sentencia que dará fin al procedimiento adquiere la calidad de ejecutoria y sus términos obligaran en forma hasta ese momento.
- Para su obtención es necesario otorgar una caución económica en dinero o especie, que garantice el arraigo del inculpaado, evitando la evasión a la acción de la justicia y garantizando por otro lado, la reparación del daño y el cumplimiento de las sanciones pecuniarias que pudieran resultar.
- Su efecto primario es hacer cesar las consecuencias de la prisión preventiva a la cual esta sujeto el indiciado, y sus efectos secundarios son los de contraer por parte del indiciado las obligaciones que en razón del proceso se desprendan.
- Es una medida esencialmente revocable, por cuanto se inspira en la garantía de que el imputado no se sustraerá a la acción de la justicia

En relación a esto, la Suprema Corte de Justicia ha opinado que

LIBERTAD CAUCIONAL. Su procedencia queda fuera de toda duda, cuando el procedimiento en que se solicita, consiste solamente en la imposición de un arresto, por la autoridad gubernativa.

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

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

LIBERTAD CAUCIONAL. Con su otorgamiento no se afecta el interés social, porque no se disminuye la seguridad de reprimir el delito.⁵¹

⁵¹ S.C.J.N. Op. Cit. Quinta Época Tomo II. pag 1456

4.1.1. Clasificación de la libertad provisional bajo caución.

a) Es una medida tendiente a poner en libertad a los inculcados que se encuentren en prisión preventiva, en contraste con las medidas en libertad comprendidas el tratamiento en libertad, semiliberación y trabajo en favor de la comunidad, que hacen cesar la prisión punitiva. La finalidad de la primera es impedir el proceso de encarcelamiento desde el inicio del proceso, por su parte la finalidad de las segundas consiste en evitar también el encarcelamiento o darlo por terminado pero cuando ya existe la certeza de responsabilidad del inculcado en la conducta delictiva cometida.

b) La libertad provisional bajo caución requiere de una garantía patrimonial exigida como condición para su otorgamiento, a diferencia de las garantías honorarias como por ejemplo la libertad bajo protesta donde la promesa de no evadirse es la garantía es sí, o la llamada libertad provisional sin garantía que por obra del legislador federal y del Distrito Federal, se introduce esta nueva institución por reformas del 10 de enero de 1994.

c) Desde el punto de vista de la autoridad que obsequia la libertad provisional bajo caución, será una medida administrativa si se otorga ante el Ministerio Público, o Jurisdiccional si se solicita ante el órgano judicial.

d) Atendiendo el grado de discrecionalidad que goza la autoridad que emite la resolución de dicho beneficio. El autor Sergio García Ramírez, propone una división en tres sistemas de libertades provisionales:

De Determinación Legal Estricta. Aquí el legislador hace una determinación estricta de los casos y formas en las que procede dicha libertad, por consiguiente se excluye o limita de manera importante la actuación del juez. Este sistema rige en México hasta antes de la reforma de 1991 y con la reforma penal de 1993 se reincorpora nuevamente.

De Determinación Judicial Absoluta. La puesta del anterior régimen descrito, el Tribunal valora y no el legislador de cuales son las circunstancias objetivas y subjetivas en cada caso, decidiendo discrecionalmente de la procedencia o improcedencia de la libertad bajo su exclusiva responsabilidad. Aquí existe confianza en el tribunal para decidir sobre dicha libertad caucional, facultad amplísima que trae inconvenientes en aquellos casos en que el sistema judicial no sea lo suficientemente preparado. Sistema que nunca ha regido en el derecho mexicano.

Régimen Mixto. Combinación de determinación legal con judicial. Se puede decir que este fue el utilizado en la reforma de 1991, referente a la libertad ampliada.⁵²

REFORMAS AL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL 1993-1996

Debido a la reformas hechas en las leyes procesales penales de 1991, donde se reconoce la libertad provisional "ampliada" nace la necesidad de cambiar el texto del artículo 20 constitucional en su fracción primera, ya que no se encontraba reconocida tal figura a nivel constitucional. De tal forma la Constitución fue reformada primero en 1993 y posteriormente en 1996, a continuación veremos en que consistieron tales reformas;

El texto de este artículo después de la reforma de 1993 era siguiente;

Artículo 20. En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado 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 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 la caución que se fijen deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial;

⁵² Conferencia en curso de Actualización sobre la Reforma Penal 1994. Organizada por la Academia Mexicana de Ciencias Penales en Colaboración con la Barra de Abogados. Revista Criminalista. Año XL No. 1 Editorial Porrúa, S.A. México D.F., Enero a Abril 1994. pags 161 a 162

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

No obstante esta reciente reforma a texto constitucional en comento, para el presente año se aprobó una nueva modificación a este numeral teniendo como exposición de motivos la siguiente; "...existe un vacío legal que se creó con la reforma de 1993 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el sentido de que era procedente la libertad provisional bajo caución, aún rebasándose el término medio aritmético de cinco años de prisión, siempre que no se tratara de delitos graves, situación que se ha deformado en la práctica al permitir la libertad a individuos que puedan aprovechar esta garantía para cometer nuevos ilícitos o para evadir la acción de la justicia.

La iniciativa de reforma regula la hipótesis de aplicación de la libertad provisional bajo caución en los delitos no graves y establece cuales son los presupuestos para que esta se dé; esto es, cuando no exista una condena previa por delito, también se prevé que podrá ser negada la petición debidamente razonada por el Ministerio Público. En cuanto a la caución le da al Ministerio Público la posibilidad de aportar elementos para la fijación judicial de la misma y el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades circunstancias del delito, las características del inculpado y del ofendido y los daños y perjuicios causados a éste.

Asimismo, se propone que la ley determinará los casos en que el juez podrá revocar la libertad provisional y con ello ante varias hipótesis que puedan darse para revocar la libertad, se evita que el inculpado disfrutando de dicho beneficio, cometa otros delitos."

Cabe señalar que junto con esta nueva iniciativa de reforma se propone reformar los artículos 16, 20 fracción primera y penúltimo párrafo, 21, 22 y 73 fracción XXI, Esta reforma estuvo apoyada ante la Cámara de Diputados principalmente por los representantes del Partido Revolucionario Institucional y Partido Acción Nacional y su principal opositor lo encontró en el voto de los representantes del Partido de la Revolución Democrática.

"ARTÍCULO 20 En todo proceso del orden penal tendrá el inculpado las siguientes garantías:

I . Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la caución, el juez, deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;

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

Esta nueva redacción del artículo 20 Constitucional en su fracción primera, constituye un gran avance en cuanto a la procedencia de la libertad provisional bajo caución para personas sometidas a proceso penal y es una clara manifestación de el avance en el reconocimiento y la ampliación de las garantías individuales, es por ello que consideramos importante analizarla a través del presente trabajo.

Iniciaremos el análisis del texto por el encabezado del mismo, el que por casi setenta y siete años había establecido que;

“Artículo 20. En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías.”; no obstante el texto actual indica que;
Artículo 20. En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpaado las siguientes garantías.

Como podemos observar el texto constitucional a partir de la reforma de 1993, cambia la palabra “juicio” por “proceso”, creemos que con esta reforma se hizo consistente la preocupación por parte del constituyente en el sentido de que las garantías penales puedan ser gozadas por los inculpaados también dentro del período de la Averiguación Previa. El autor Osorio Nieto define a la Averiguación Previa como “La etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso el cuerpo del delito (ahora elementos del tipo) y la probable responsabilidad y opta por el ejercicio o abstención de la acción penal”.⁵³

El maestro Rivera Silva, ha definido al Procedimiento Penal como “El conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delitos para en su caso aplicar la sanción correspondiente”. Este es un concepto genérico que según este autor encierra tres períodos,

-De Preparación de la Acción Procesal.- que se inicia con la averiguación previa y termina con la consignación, es decir, el acto en el que el Ministerio Público ejercita la acción penal formalmente.

-De Preparación del Proceso.- principia con el auto de radicación y termina con el auto de formal prisión.

-De Proceso.- en caso de haber sido dictado un auto de formal prisión o sujeción a proceso, este período continúa desde la instrucción hasta el fallo o juicio.⁵⁴

Continuando con el texto del encabezado, tenemos que desde la reforma de 1993, fue cambiada la expresión de “orden criminal” por la de “orden Penal”, esto ha sido un ajuste técnico, ya que al hablar de un derecho criminal aludía a la personalidad del sujeto, principio no admisible en

⁵³ Conferencia en curso de Actualización sobre la Reforma Penal 1994. Organizada por la Academia Mexicana de Ciencias Penales en Colaboración con la Barra de Abogados. Revista Criminalista. Año XL No. 1 Editorial Porrúa, S.A. México D.F., Enero a Abril 1994. págs 161 a 162

⁵⁴ Conferencia en curso de Actualización sobre la Reforma Penal 1994. Organizada por la Academia Mexicana de Ciencias Penales en Colaboración con la Barra de Abogados. Revista Criminalista. Año XL No. 1 Editorial Porrúa, S.A. México D.F., Enero a Abril 1994. págs 161 a 162

nuestro derecho, ya que debe juzgarse conforme al principios del acto, es decir conductas que están consideradas como ilícitas por estar descritas en un tipo y que por su consecuencia, la pena, se ha bautizado de esta forma Derecho penal y no Derecho Criminal, en consecuencia esta reforma resulta ser una variación técnica. De la misma forma en que fue sustituido el término "acusado" por el de "inculcado", ya que estrictamente, un acusado es aquel al cual el Ministerio Público ha vertido en sus conclusiones un sentido acusatorio, y en ese momento procedimental se designa al afectado como acusado. Cabe mencionar que la doctrina ha dado diferentes nombre a la persona sujeta a procedimiento penal, dependiendo del estado procedimental en que se encuentre, de tal forma que se le conoce como presunto responsable o indiciado durante la etapa de la averiguación previa, procesado si se encuentra ya en alguna etapa del proceso penal e interno (ya no reo) si este sujeto se encuentra ya cumpliendo sentencia privativa de libertad. Es por ello que resulta más apropiado referirnos al inculcado, tal como lo contempla la constitución pues abarcaremos tanto a los sujetos sometidos a una averiguación previa como a los procesados en primera o segunda instancia.

4.3. La Procedencia de la Libertad Provisional bajo Caución.

La fracción 1 del artículo 20 Constitucional, estableció inicialmente que la procedencia de este beneficio sería cuando el delito de que se trate no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión. Posteriormente, la reforma de 1948 recoge las interpretaciones jurisprudenciales de aquella época en el sentido de considerar a la pena del delito en cuestión tomando en cuenta el medio aritmético de la misma, procediendo en aquello cuyo término medio aritmético de la sanción privativa de libertad no rebasara los cinco años de prisión.

En 1985, la reforma constitucional establece que para la procedencia de la libertad provisional bajo caución, además de tomarse en cuenta el medio aritmético de la pena se deben considerar las modalidades del delito.

La ley secundaria amplía los derechos constitucionales, y en este caso se vio al ser modificado el Código de Procedimientos Penales y otorgar la libertad provisional aún cuando el término medio aritmético de la

pena rebase los cinco años de prisión. Surgen aquí la combinación de dos sistemas, el constitucional en el cual procede la libertad del inculpado en todos los casos cuando no excede de cinco años el término medio aritmético del delito imputado, y el de la libertad ampliada en aquellos casos en que se faculta a los jueces para otorgar la libertad cuando los delitos exceden de dicho término y no se encuentran catalogados como graves.

Cabe señalar que en esta última reforma del año en curso al artículo en comento, se vuelven a sufrir modificaciones en lo relativo a la libertad provisional bajo caución, sin embargo por lo que hace a la procedencia de la misma no fue alterada la esencia del mismo, pues mantiene que la procedencia es para todos los delitos excepto los considerados como graves, tal como se desprende del contenido del texto constitucional que a la letra dice **"Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.**

En resumen, actualmente tienen derecho a la libertad provisional bajo caución todos los procesados, con la excepción de aquellos a quienes se les impute un delito calificado por la ley como grave, y, en consecuencia lo que inicia en nuestra legislación como un beneficio determinado por la sanción atribuida al delito cometido, es ahora un derecho en forma para que esta determinado ya no por la pena sino por la calificativa del delito (gravedad). Es decir antes era una excepción la libertad provisional bajo caución, ahora es una regla general y la excepción la constituyen los casos en que esta no procede.

4.4. Excepciones a la procedencia de la Libertad Provisional bajo Caución. Delitos Graves

Debido a que la improcedencia de la libertad provisional bajo caución, a partir de la reforma de 1993 a la Constitución queda sujeta a la calificativa de los delitos como graves, surge un gran interés por entender cuales forman parte de estos delitos, es decir cuales son calificados como graves y en base a que se les determina esa cualidad.

El estudio de este tema ha sido discutido por varios doctrinarios, principalmente constitucionalistas, dado que el problema se presenta cuando se analizó la responsabilidad del Presidente de la República, el que durante el tiempo de su encargo sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delito graves del orden común (artículo 108 2º párrafo de la constitución)

En relación al tema, el constitucionalista Felipe Ramírez Tena, sostenía la siguiente postura:
"La expresión, delitos graves del orden común es muy ambigua y peligrosa... queda a discreción de las Cámaras calificar en cada caso la gravedad de los delitos y con ello está a merced de las mismas la suerte del Jefe del Estado... parece aconsejable... por todo ello reanudar la tradición interrumpida en 57, especificando concretamente en la constitución los delitos por los que pueda ser acusado el presidente de la república durante el tiempo de su encargo". Posteriormente agrega, "...puede hallarse en base al artículo 22 de la Constitución, para clasificar los delitos graves ya que autoriza para ellos la pena de muerte"⁵⁵

Manuel Herrera y Lasso en sus estudios constitucionales

afirma:

"Si la constitución distingue los delitos más graves, es muy fácil inferir, con dialéctica indefinible, cuales son en el léxico constitucional "delitos graves". Muy graves o gravísimos deben reputarse los enumerados en el artículo 22 sancionables con la pena capital; menos graves los que dan lugar a la libertad bajo fianza, de acuerdo con la fracción del artículo 20; graves resultan, entonces, aquellos delitos respecto de los cuales niega la Constitución la garantía de la libertad caucional. Y esta conclusión doctrinal (que difiere de la que Tena Ramírez sustenta) tiene en mi concepto, por directa y inmediatamente deducida en la Constitución, en la virtud en un mandamiento legal"⁵⁶

Existen otras interpretaciones que apuntan en el sentido de considerar delitos graves aquellos que se sancionaban con pena de prisión, dado que en el derecho penal es un derecho extremo, que únicamente sanciona las conductas que lesionan bienes jurídicos importantes, por lo tanto si había un tipo en el Código Penal con una sanción corporal entonces era suficiente

⁵⁵ Tena Ramírez, Felipe. Op. Cit. pags. 576 a 577

⁵⁶ Herrera y Lasso, Manuel. Estudios Constitucionales. 2a. Edición Editorial Jus. S.A., México 1990. pag. 87

para considerarlo como grave. Esta interpretación desde nuestro punto de vista resulta muy extrema.

De las dos interpretaciones antes citadas, es decir, de la que los delitos graves eran aquellos que su término medio aritmético de su pena mínima con su máxima era mayor a cinco años y por lo tanto todos los demás no eran graves y la otra interpretación que decía que los consignados en el artículo 22 Constitucional por la condena a la pena de muerte serían los delitos graves; el texto vigente de la fracción I del artículo 20 Constitucional a partir del 03 de Septiembre de 1993, aclara la cuestión debatida por los constitucionalistas, determinando claramente que únicamente los poderes legislativos de cada entidad federativa, así como el congreso de la Unión, por lo que respecta al ámbito Federal interpretarían las conductas que se considerarán graves.

Posteriormente con la reforma de 1994, en los Códigos de Procedimientos Penales del Distrito Federal y Federal, se creó un catálogo que enumeraba los delitos graves, para efectos de obtener la libertad provisional, ordenamientos que pueden ser debidamente aplicados a otros supuestos y sobre todo tratándose de responsibilities de funcionarios públicos.

Delitos Graves en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, están previstos con una base constitucional, como ya se dijo, a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Enero de 1994, lista de delitos que fue adicionada por decreto publicado en el Diario Oficial de la federación el día 22 de julio de 1994, y que reforma tanto el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, como el Código Federal de Procedimientos Penales, en sus artículos 268 y 194 respectivamente, por lo que el texto actual del artículo 268 del C.C.P.D.F., cuarto párrafo dice:

"Para todos los efectos legales por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo 3º; Terrorismo previsto en el artículo 139 pfo I; Sabotaje previsto en el artículo 140 pfo 1º; Evasión de Presos (inicialmente, se había la excepción de la parte primera del párrafo primero del artículo 150 del Código Penal. Ahora con la reforma sufrida el artículo 268 del C.P.P.D.F., por el decreto publicado el 22 de julio de 1994, queda comprendido como o delito grave todo el artículo 150 del C:P;) previsto en los artículos 150 y 152.; Ataques a las vías de Comunicación previsto en los artículos 168 y 170; Corrupción de Menores previsto en el artículo 201; Trata de Personas previsto en el artículo 205 segundo párrafo;

Explotación del Cuerpo de un Menor de Edad por Medio del Comercio Carnal previsto en el artículo 208 (los delitos de trata de personas artículo 205 2º pfo. del Código Penal, y explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal artículo 208 C.P. fueron introducidos como delitos graves en el decreto publicado el 22 de julio de 1994.); Violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; Asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo (no existe segundo párrafo en el artículo 286 en el Código Penal por lo que este supuesto no resulta ser delito grave) y 287 (este artículo 287 es el único supuesto que no se repite en el listado de delitos graves que hace el C:F:P:P.; en su artículo 194); Homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, y 313, 315 bis, 320, 323; Secuestro previsto en el artículo 366; exceptuando a los párrafos antepenúltimo y penúltimo; Robo Calificado previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafo segundo y tercero, cuando se realicen en cualquiera de las circunstancias señaladas para los artículos 372 y 381 fracción VIII, IX y X, y 381 bis; Extorsión previsto en el artículo 390; y despojo previsto en el artículo 395 último párrafo (este delito también se introduce en la modalidad de grave por el decreto del 22 de julio de 1994.), todos del Código penal para el Distrito federal “

Los delitos graves en el Código Federal de Procedimientos Penales son contemplados en su artículo 194 y la lista incluye los transcritos anteriormente, sin embargo por tratarse de materia federal se agregan a la lista anterior los siguientes delitos: Traición a la Patria previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126; Espionaje previsto en los artículos 127 y 128; Sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero (este artículo 140 2º párrafo también fue adicionado a la lista de delitos graves por la reforma de 22 de julio de 1994); así como los artículos 142 párrafo 2º y 145; Piratería previsto en los artículos 146 y 147; Genocidio previsto en el artículo 149 bis; uso ilícito de instalaciones destinadas a tránsito aéreo previsto en el artículo 172 bis párrafo tercero; contra la Salud previsto en los artículos 194 y 195 párrafo 1º; 195 bis excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice uno (incorporado como delito grave por las reformas del 22 de julio de 1994); 196 bis, 197 párrafo 1º y 198 parte primera del párrafo 3º; Falsificación y alteración de moneda previsto en los artículos 234, 236 y 238 (ahora delito grave por reformas del 22 de julio de 1994); Asalto en carreteras o caminos previstos en el artículo 286 2º párrafo (no existe segundo párrafo en el artículo 286 del C.P. por lo que este supuesto no resulta ser delito grave); Homicidio previsto en el artículo 302 con relación al 315, todos previstos en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal. Además de los previstos en los artículos 83, fracción

III, 83 bis, exceptuando sables, bayonetas y lanzas(adición sufrida por decreto de 22 de julio de 1994); y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y explosivos; Tortura previsto en el artículo 3º y 5º de la Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura(adición sufrida por decreto de 22 de julio de 1994); Tráfico de indocumentados previsto en el artículo 130 de la Ley General de Población y los previstos en los artículos 104 fracciones II y III, último párrafo, 115 fracción IV(adición sufrida por decreto del 22 de julio de 1994), y 115 bis del Código Fiscal de la Federación.

En el debate del 20 de diciembre en el seno de la Cámara de Diputados, el Diputado Javier Centeno Ávila expuso:

“Es sorprendente que en la lista de delitos graves no se incluyan los delitos de los servidores públicos que tanto daño hacen a la Nación, por ejemplo al abuso de autoridad, a la coalición de servidores públicos, uso indebido de atribuciones o facultades, Concusión grave, Tráfico de influencias, Cohecho Grave, Regulado grave, Enriquecimiento ilícito Grave...Al no incluirlos, la pregonada lucha contra la corrupción de funcionarios del gobierno, queda sólo en buenas intenciones a la reforma propuesto únicamente es aplicable a la sociedad civil, autoliberándose de ella el propio poder público”

“Consideramos nosotros, que de ser retirado el delito de sabotaje y de sedición, se habrá dado un paso importante para que no sea penalizada la lucha política o que no exista el temor, vía los comicios, en 1994, con una legislación de carácter represivo, ante cualquier inconformidad popular”³⁷

A nuestro parecer es muy acertada la propuesta del Diputado Centeno, desgraciadamente no paso al texto legal, como se puede observar de la lista de delitos citados.

El acierto de la reforma es que establecen un sistema objetivo que cuenta con seguridad jurídica, evidentemente en perjuicio de la facultad del juzgador para determinar sobre la procedencia o no, aunque no en lo relativo a los requisitos para otorgarla, la libertad provisional. Desgraciadamente el sistema judicial mexicano no se ha distinguido por contar con jueces capacitados, que pudieran determinar en el caso concreto la justicia o injusticia en cada libertad que se les presente. Consideramos que la

³⁷ Diario de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. LV Legislatura, Poder Legislativo Federal. 1er. periodo, año III No. 26. 20 de Diciembre de 1993, pags. 3466 a 3487

Constitución suple esta deficiencia y recoge la tendencia actual de disminuir la prisión preventiva, quizá porque finalmente admite la injusticia que lleva esta en su esencia.

Ya hemos hablado de la gravedad como el requisito de procedencia a la libertad provisional ya que esta procede sólo para delito no considerados como graves. Sin embargo, dentro de la reforma de 1996, la constitución nos sorprende con una nueva limitante para el beneficio de la libertad provisional bajo caución, la que ha continuación mencionaremos:

4.5. Limitaciones a la Libertad Provisional bajo caución en delitos no graves.

El nuevo texto constitucional contiene una limitación a ese preciado derecho a la libertad provisional bajo caución ya que indica; **En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.**

De lo anterior se desprenden dos supuestos en los que sin tratarse de delitos graves, se puede negar el derecho a la libertad provisional bajo caución. El primero de ellos, es cuando el Ministerio Público lo solicite cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley. En este sentido consideramos que esta disposición no es acertada ni conveniente a los procesados, pues por un lado le aumenta las facultades a una autoridad administrativa tan desacreditada en nuestro sistema jurídico, como lo es el Ministerio Público, para que intervenga en la procedencia de una garantía individual de los procesados, pudiendo solicitar se les niegue el beneficio por el hecho de haber sido condenado por otro delito del que seguramente ya cumplió su sanción y se le esta volviendo a sancionar por ello, lo que a toda luz va en contra de las mismas garantías individuales (nadie podrá ser juzgado dos veces por el mismo delito ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene). En segundo lugar, se faculta al

Ministerio Público a solicitar la negativa a la libertad provisional cuando se aporten datos o elementos que indiquen que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad, en este caso nos encontramos ante la misma situación de una excesiva facultad a una autoridad administrativa que es la misma acusatoria del inculcado y quien obviamente presentará elementos que incriminen a una persona que aún ha sido declarada responsable del delito que se le imputa.

En consecuencia, coincidimos con el razonamiento que al respecto de esta reforma hicieron algunos diputados del partido de la revolución democrática, que se manifestaron en contra de la misma quienes argumentaban que: "En lo que atañe al artículo 20 Constitucional fracción I, se establecen tres reglas en lo que atañe a la libertad provisional bajo caución: una de carácter general que autoriza este beneficio a quienes no sean acusados por delito grave y dos reglas adicionales que limitan el alcance de la regla general. La primera regla adicional, se refiere a que en delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad del inculcado cuando haya sido condenado con anterioridad por delito grave y la segunda adicional, a que aún cuando sin haber sido condenado ni estar acusado por delito grave, el Ministerio Público aporte elementos para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias o características del delito, un riesgo para el ofendido o para la sociedad. Además permitir a quienes no tengan antecedentes penales de ningún género ni estén acusados por delito grave, se le pueda negar la libertad caucional, sería contrario a la naturaleza de la prisión preventiva, cuyo objeto es dotar de certeza a la libertad provisional de los sujetos del enjuiciamiento punitivo y de ninguna manera operar como medida de seguridad.

La prisión preventiva de suyo, se encuentra severamente cuestionada, ya que consiste en mantener en prisión durante el proceso penal, a una persona acerca de la cual no tenemos la certeza de que deba estar en prisión. Por ello, la doctrina que justifica la existencia de esta institución, lo hace sobre la base de que independientemente de consideraciones teóricas, la realidad social exige, para garantizar la eficacia del proceso penal, restringir la libertad personal del encausado y alegan que esto debe ser excepción a la regla de que ninguna persona debe estar privada de la libertad personal, sin que se le haya seguido el procedimiento legal respectivo."

4.6. REQUISITOS EXIGIDOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

4.6.1. Que no se trate de un delito grave

Este es un requisito negativo, anteriormente se hizo un enlistado de aquellos delitos graves que conforme al artículo 268 del C.P.P.D.F., y el artículo 194 del C.F.P.P., así son considerados. En realidad este requisito constituye la excepción misma de la regla que es la de obtener la libertad provisional bajo caución.

Siendo estos los requisitos únicos que establece la Constitución, cualquier otro requisito adicional impuesto por alguna otra ley secundaria se considerará como inconstitucional por hacer más gravoso el goce de la garantía constitucional otorgada.

4.6.2. Que se otorgue garantía

El texto constitucional es muy categórico sobre los requisitos que se deberán cumplir para efecto de obtener la libertad en cuestión.

En la reforma de 1993, el primer párrafo de la fracción y del artículo 20, se indicaba "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 inculpaado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio".

De lo anterior se desprendía que los requisitos de garantizar la reparación del daño y las sanciones pecuniarias bastaba para obtener la libertad provisional bajo caución.

Sin embargo con la reforma de 1996, la Constitución dispone que " para resolver sobre la forma y el monto de la caución caución, el juez, deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y

circunstancias del delito; las características del inculpaado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpaado."

De lo anterior se concluye que los requisitos para obtener la libertad bajo caución son; que no se trate de un delito grave, que se entregue caución (y que no solicite el Ministerio Público que se niegue este beneficio).

4.7. La Caución

La caución es un acto o acción de garantizar determinada situación para dar seguridad a las personas con quien nos obligamos de cumplir con el compromiso contraído. Dentro del Proceso penal se traduce en el medio de obligar a los procesados a no sustraerse a la acción de la justicia sin dejar de asegurar los derechos de la sociedad.

En el caso de nuestro sistema jurídico la garantía que se debe entregar para obtener el derecho de la libertad provisional bajo caución debe comprender como ya se indicó;

4.7.1. Garantía de las sanciones pecuniarias.

Respecto de las sanciones pecuniarias en nuestro sistema penal, la única sanción pecuniaria que existe, además de la reparación del daño en la comisión de un delito es la multa, conforme al artículo 29 del Código Penal, para el Distrito federal en materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, consiste en poner a disposición en el juzgado respectivo a la cantidad hasta por el límite máximo de la multa que corresponde al tipo penal imputado y que nunca podrá exceder de quinientos días multa, salvo que la propia ley así lo señale.

Nota.- la reforma del 10 de Enero de 1994, toca lo relativo a la reparación del daño y la multa reformándose los artículos 29, 30, 32, 34, 35, 37 y 115; además se adiciona el numeral 31 bis del Código Penal. El artículo 29 ahora

prevé que se podrá exceder a quinientos días multa, excepcionalmente y sólo cuando sea previsto en ley; el artículo 30 en su fracción 2a en lo relativo a la reparación del daño especifica la obligación de pagar los tratamientos médicos que como resultado del delito sean consecuencia; al adicionar al artículo 31 bis, se obliga al Ministerio público en todos los casos a que se solicite la reparación del daño y al juez a resolver lo conducente, si se omite la sanción puede ser hasta cincuenta días multa conforme al salario mínimo vigente; el artículo 32 da un avance aunque parcial en lo relativo a la responsabilidad del Estado y sus servicios públicos, es parcial porque únicamente se contempla los delitos dolosos de sus servidores públicos cuando tengan como resultado daños y perjuicios para que el Estado asuma la responsabilidad directa y solidaria los artículos 35 y 37 depuran su redacción, sin cambios significativos.

Carranca y Trujillo señala que la pena de multa no es inmoral es divisible, apreciable y reparable; y en los casos de aquellos delitos en los que existe un deseo de lucro tiene un efecto ejemplar. Sin embargo, anota el tratadista, que la multa ha sido criticada argumentándose que para el rico representa la impunidad, en tanto que para el pobre un sacrificio enorme, pero esta crítica se desvanece cuando el Código Penal se establecen mecanismos en los cuales el que acredite que no puede pagar la multa o solamente puede cubrir parte de ella la autoridad judicial podrá sustituir, total o parcialmente por prestación del trabajo en favor de la comunidad(artículo 29 cuarto párrafo)⁵⁸

4.7.2. Garantía del Cumplimiento de las Obligaciones en razón del Proceso.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 556 reformado por decreto del 10 de Enero de 1994, dice:

"Todo inculpado tendrá derecho durante la Averiguación Previa y en el Proceso Judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

⁵⁸ Carranca y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General. 15a. Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1986. pag. 825

- I. Que garantice en monto estimado de la reparación del daño; tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto a la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas en la Ley Federal del Trabajo;
- II. Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso pueden imponérselo
- III. Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se deriven de su cargo en razón del proceso;
- IV. Que no se trate de delitos que por su gravedad estén previstos en el párrafo último del artículo 286 de este Código.

En el mismo sentido el artículo 339 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Aquí estamos en presencia de un requisito adicional establecido por la ley secundaria. El artículo 399 del C.F.P.P., y el artículo 556 del C.P.P.D.F., establecen como garantía adicional que el agente del delito caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo que la ley establece en razón del proceso. ¿aque caución se estarán refiriendo dichos ordenamientos?, ¿será como dice la constitución a la reparación del daño, o quizá a la sanción pecuniaria, es decir la multa que pudiera imponer el tipo penal?. Es evidente, que a ninguna de estas garantías se refieren, sino a la garantía que siempre fue considerada en la constitución hasta antes de las reformas de septiembre de 1993, que es la garantía para asegurar la libertad misma; y que trata de evitar hasta donde sea posible que nadie que esté siendo procesado por algún ilícito penal se sustraiga a la acción de la justicia y como consecuencia pueda cumplir con las obligaciones que tiene en virtud de su calidad de procesado.

Sin embargo, siendo esta garantía en sí misma la esencia de la institución que estudiamos, nos preguntamos porque la constitución la dejó fuera cuando siempre la había regulado. Al respecto indicaremos que en el texto de 1917 la constitución estableció que sería puesto en libertad el acusado "bajo fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute", "sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla", en su momento se dijo que "bajo de fianza" se refería más bien a la especie del género caución. Esta caución no es otra cosa que la garantía referida a la posible sustracción de la acción de la justicia por parte del indiciado, el texto constitucional era claro, se pretendía asegurar la presencia del inculcado en el juicio.

Posteriormente, aquel monto fijo establecido por la constitución quedó obsoleto, y se fijó el tope de hasta 250 mil pesos en la reforma publicada en 1948 y por primera vez se dan las bases para caucionar la garantía de la reparación del daño, se dijo que si se trataba de un delito que representaba para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño, se debería de garantizar cuando menos en tres tantos el beneficio obtenido o el daño ocasionado, fue criticada en su momento la desproporción que tuvo esta garantía en relación al daño o beneficio obtenido, se dijo que se estaba sancionando al inculpaado por una conducta probablemente ilícita y que llegada la sentencia si era el caso de la condena, se estaría en presencia de una doble pena por el mismo acto.

En 1985, las circunstancias fueron diferentes y se utiliza como base de la caución el salario mínimo vigente en el lugar donde se cometió el delito. "la caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en el que se cometió el delito" y se estableció otra garantía para aquellos casos agravados. "La autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en el que se cometió el delito". La garantía aquí establecida no se vincula a la reparación del daño, dado que esta se tomó en cuenta en los párrafos tercero y cuarto del mismo precepto; más bien la vinculación es a la misma garantía que nos hemos venido refiriendo, aquella caución que garantiza la libertad misma y que busca evitar el incumplimiento de las obligaciones por parte del inculpaado para la marcha normal del proceso asegurando su presencia dentro del mismo.

Ahora bien, que ocurrió con la reforma de 1993. Se señaló que los requisitos establecidos en la Constitución únicamente se vinculaban a la reparación del daño y las sanciones pecuniarias, es posible que la garantía de libertad como se le ha denominado se desprende del texto constitucional de la frase en el segundo párrafo de la fracción I del artículo 20 que dice "El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpaado..."

El doctor Zamora-Pierce, comentó al respecto:

"...Bueno ahora, no será una caución serán tres cauciones, esta es la forma en la cual el legislador ordinario ha interpretado en nuevo texto del artículo 20 fracción y, yo les confieso, y esto es una observación nada más entre

paréntesis, que yo no veo tan claro en el artículo 20 fracción I, la existencia de esas tres cauciones...". y continua mencionando "...en primer lugar, una caución para garantizar la reparación del daño, y después parece mencionar una caución para garantizar la multa, y por último parece mencionar una caución para garantizar la libertad..." y además, "...la caución para garantizar la libertad, será una caución en cantidad, que resulte, asequible para el procesado..."⁵⁹

La garantía ¿asequible? como se podría llamar, puede ser considerada como aquella garantía destinada a evitar que el inculcado se evada de la acción de la justicia, y cuando la Constitución habla de que sea asequible, califica únicamente como lo dice la primera parte de ese párrafo, a la forma y al monto de la misma, no implica de ninguna manera, la imposición de una nueva garantía, sino que dichas garantías deberán ser conforme a ese párrafo segundo.

Por lo anterior, coincidimos con la opinión del Doctor Zamora-pierce, y consideramos errónea la interpretación del legislador y por lo tanto inconstitucionales los preceptos 399 del C.F.P.P. y 556 del C.P.P.D.F., que fijan mayores requisitos para obtener la libertad provisional bajo caución, que los que marca la misma Constitución.

Por otro lado, hay que señalar que el considerar para el otorgamiento de la libertad provisional el aseguramiento suficiente del monto de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias, traería como consecuencia que en aquellos delitos en los cuales no exista un daño patrimonial, como pueden ser los delitos de peligro o aquellos en grado de tentativa, o que el daño patrimonial sea mínimo, la única garantía que se deberá otorgar será entonces la de la multa la que jamás será suficiente para garantizar la presencia del inculcado en el juicio.

Estos razonamientos anteriores, (hechos al igual que la mayoría de este trabajo, antes de la reforma constitucional de 1996) encuentran respuesta con esta última reforma en comentario pues en ella se indica que la caución debe comprender la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a cargo del inculcado.

⁵⁹ Conferencia sustentada dentro del curso de actualización citada. Op. Cit. pag. 141

En consecuencia, esta reforma es acertada pues con ella queda cubierta esa garantía que asegura que el inculpado cumplirá con sus obligaciones al verse beneficiado con la libertad provisional bajo caución y que garantiza la libertad misma. Independentemente de que con esta reforma se logra dar legalidad a un requisito que ya exigía la ley secundaria pero que aparecía como inconstitucional al no contemplarse en la Carta Magna.

4.6.3. Garantía de la reparación del daño.

El dictamen de la reforma constitucional de 1993 dice:
"Se busca conciliar este derecho (l.p.b.c.), con el interés de la víctima o del ofendido, a que se le garantice el monto estimado de la reparación del daño. Sin embargo, en aquellos casos en que exista un conflicto grave entre estos dos intereses, en los términos que señale el legislador, se deberá preferir el de la libertad de quien no ha sido declarado culpable sobre aquel interés que protege a la víctima, en razón del principio de presunción de inocencia y de preponderancia de la libertad frente a los bienes tutelados por los delitos que alcanzan genéricamente este beneficio."⁶⁰

Históricamente los daños que el ofendido ha resentido por el delito en el antiguo derecho penal no se diferenciaron de la pena misma, por los que las víctimas del delito se encontraban desprotegidas al no poder ellos realizar un esfuerzo por sí mismos. Actualmente, existe ya una distinción entre la pena y la reparación del daño, en el Código penal de 1871, se independizó por primera vez en nuestro país la responsabilidad penal de la civil y entregó la acción de la reparación al particular ofendido como cualquier otra acción civil (artículos 313 y 367 del Código Penal de 1871), el delito quedaba reconocido así como fuente de derechos y obligaciones civiles. El Código de 1929, impuso al Ministerio Público la obligación de exigir de oficio y en todos los caso la reparación del daño.

Nuestro Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial el 14 de Agosto de 1931, vigente a la fecha dispone en primer lugar que la reparación del daño comprende: la restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible el pago del precio, la

⁶⁰ García Ramírez, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal. Op. Cit. pag. 67

indemnización, el daño material y moral causado; el resarcimiento de los perjuicios ocasionados. (artículo 30 Código Penal). Por otro lado, el artículo 34 dispone que la reparación del daño proveniente del delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio público, sin embargo solo cuando sea exigible a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente.

En relación a los daños exigibles a terceros, el Código Penal, señala a quiénes podrá ser exigida esa responsabilidad: a los ascendientes, por delitos de sus descendientes; los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados; los directores de internados o talleres por los delitos de sus discípulos o aprendices menores de 16 años; los dueños de empresas o encargados de negociaciones por delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, artesanos, con motivo y en el desempeño de sus funciones, y finalmente las sociedades o agrupaciones por los delitos de sus socios o gerentes directos.

El sentido de la reforma constitucional en lo que se refiere en lo que se refiere a la víctima o el ofendido no es el de dejarlos desprotegidos, pues la reforma impone como requisito sine quanon que se garantice el monto estimado de la reparación del daño, además se hizo la adición de un último párrafo en el artículo en comento, que a la letra dice:

“En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando lo requiera y los demás que señalen las leyes”.

Como ya habíamos comentado, aquí se señalan una serie de garantías que la constitución reconoce a la víctima u ofendido de algún delito, estas son las mínimas garantías reconocidas a la víctima más no son limitativas y la legislación secundaria podrá reconocer aún más o ampliar estas.

La Cámara de Diputados al respecto señala que;

“Derechos de la víctima. De la misma manera que se prevén derechos o garantías al inculpado, la iniciativa propone también considerar los derechos de las víctimas u ofendidos del delito, en concordancia con lo que estipula el párrafo último del artículo 20 Constitucional. Tal es el nuevo contenido del artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales, que enlista esos derechos y precisa que, en virtud de ellos, las víctimas u ofendidos podrán

proporcional al ministerio público o juzgador todos los datos o elementos de prueba con que cuenten⁶¹

El artículo a que hace referencia el párrafo anterior indica que

“Artículo 141. En todo procedimiento penal, la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a;

I. Recibir asesoría jurídica y ser informado, cuando lo solicite, del desarrollo de la Averiguación previa o de el Proceso.

II. Coadyuvar con el Ministerio Público

III. Estar presente en el desarrollo de todos los actos procesales en los que el inculcado tenga este derecho.

IV. Recibir la asistencia médica y psicológica cuando lo requiera; y

V. Las demás que señalen las leyes.

En virtud de lo anterior, podrán proporcional al Ministerio Público o al juzgador, directamente o por medio de aquel, todos los datos o elementos de prueba con que cuenten, que conduzcan a acreditar los elementos del tipo penal y a establecer la probable o plena responsabilidad del inculcado, según el caso, y la procedencia y monto de la reparación del daño.

En todo caso, el juez, de oficio, mandará citar a la víctima o el ofendido por el delito para que comparezca por sí o por su representante designado en el proceso, a manifestar en este lo que a su derecho convenga respecto a lo previsto en este artículo”

De esta manera las reformas han dado protección a la víctima que anteriormente había sido abandonada de las garantías legales adecuadas para hacer valer sus intereses legítimos.

4.6.3.1. Los perjuicios en la Reparación del Daño.

EL Artículo 20 constitucional a partir de 1993, señalaba que se debería otorgar la libertad provisional bajo caución, “...siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño...”. No

⁶¹ Diario de Debates, 1er. Período, Año III, No. 26. Op. Cit. 3388

obstante que el texto anterior a la reforma indicaba en el mismo artículo párrafo tercero, "Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico causa a la víctima daño o perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados", y el párrafo siguiente consignaba "Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales..."

Ahora bien, porque el texto de la reforma de 1993, no contempla los perjuicios causados para determinar el monto de la caución en la procedencia de la libertad provisional bajo caución.

Al respecto mencionaremos que conforme a la doctrina civilista, se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrida en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación; y se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación, el primero es el *damnum emergens* y el segundo es el *lucrum cessans*⁶². El perjuicio debe ser una consecuencia inmediata y directa del daño mismo.

Si el ilícito fue el hecho generador del perjuicio, parece injusto que la víctima o el ofendido tengan que absorber la carga de este, además tomando en cuenta que conforme al artículo 30 del Código Penal, el perjuicio se contempla como parte de la reparación del daño, consideramos que se vuelve necesaria la adición en este sentido al texto constitucional.

La Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado al respecto de la siguiente manera:

"REPARACIÓN DEL DAÑO. PERSONAS QUE TIENEN DERECHO A LA.- La reparación del daño es una sanción pecuniaria establecida en el artículo 30 del Código Penal, y que tiene como finalidad la restitución, y si no fuere posible, el pago del precio de la cosa obtenida por el delito, la indemnización del daño material y moral, así como los perjuicios causados a la víctima o sujeto pasivo del delito, susceptible de cuantificación, de acuerdo a las pruebas obtenidas en el proceso, por lo que el pago de dicha pena debe ser impuesta en favor del ofendido y en caso de fallecimiento del mismo, en favor de los familiares o bien a quienes dependan económicamente de él al momento de su fallecimiento, por lo que el acto reclamado que impone dicha pena únicamente

⁶² Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones, 11a. Edición Editorial Porrúa, S.A., México, 1989. pag.458

a favor del Estado viola garantías y procede conceder el amparo para el único efecto de que se elimine la misma por la clara inobservancia del artículo 30 bis, del Código Penal en comentario”⁶³

Al respecto de este tema la última reforma a la Constitución en el presente año, ya considera el perjuicio causado al ofendido para determinar el monto de la caución que deberá entregar el inculcado al contemplar que “para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta...” “...los daños y perjuicios causados al ofendido ...”

Por otro lado, el artículo 560 del C.P.P.D.F. hace posible la reducción de la caución consignada en la fracción I del artículo 20 Constitucional, en el último párrafo del precepto se establece; “Las garantías a que se refieren las fracciones I (de reparación del daño) y II del artículo 556 sólo podrán ser reducidas en los términos expuestos en el primer párrafo de este artículo cuando se verifique la circunstancia señalada en la fracción III del presente artículo. En este caso, si se llegará a acreditar que para obtener la reducción el inculcado simuló su insolvencia o bien, con posterioridad a la reducción de la caución recuperó su capacidad económica para cubrir los montos de las garantías inicialmente señaladas, de no restituir estas en el plazo que el juez señale para ese efecto, se le revocará la libertad provisional que tenga concedida”

4.6.3.2. Delitos en donde no se obliga a la reparación del daño.

El artículo 556 del C.P.P.D.F., indica que “Todo inculcado tendrá derecho durante al averiguación previa y durante el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos;

Fracción I. Que se garantice el monto estimado de la reparación del daño;

⁶³ S.C.J.N. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

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 a la Ley Federal del Trabajo.”

Al respecto el autor, Sergio García Ramírez, comenta “... la reforma introdujo una regla acerca de delitos contra la vida y la integridad corporal: remite a la Ley Federal del Trabajo. Han quedado fuera, las alteraciones en la salud psíquica del ofendido dado que el precepto habla de integridad corporal y no de salud. La norma sólo abarca la hipótesis en que la alteración psíquica sea producto del menoscabo de la integridad corporal”⁶⁴

Consideramos acertada la observación de este autor, ya que existen delitos que no dejan precisamente una alteración en la integridad corporal del ofendido, puede tratarse más bien de consecuencias psicológicas, como sería el caso en que una persona a través de manipulaciones constantes ejerza sobre otra una violencia moral tal, que como resultado produzca locura en aquel sujeto, en este caso se ha producido una alteración en la salud psíquica del ofendido aunque sin afectar la integridad corporal. Lo anterior traería como consecuencia que dicha persona no garantice ningún daño causado para efecto de obtener su libertad, aunque sí haya existido materialmente ese daño.

4.6.3.3. Destino de la caución en relación con la reparación del daño.

Por lo que hace al destino de la caución, para el caso de que se revoque la libertad caucional. El artículo 569 del C.P.P.D.F., establece que:

“En caso de revocación de la libertad caucional, se mandará rehacer al procesado, y salvo la causa prevista en la fracción IV del artículo 568 del mismo código (cuando lo solicite el mismo inculgado y se presente ante su juez), se hará efectiva a favor de la víctima o del ofendido por el delito la garantía relativa a la reparación del daño; las que versen sobre sanciones

⁶⁴ Conferencia sustentada dentro del Curso de Actualización, Op. Cit. pag. 166

pecuniarias y para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso, se harán efectivas a favor del Estado”

Este es un párrafo dentro de toda la regulación procesal penal que rompa con principios generales básicos. Es un principio general que el proceso penal no es posible continuarlo sin la presencia del inculcado, dado que se estaría vulnerando su garantía de defensa, sin embargo cuando el artículo 569 del C.P.P.D.F., dispone que la caución pueda ser hecha efectiva en favor de la víctima o del ofendido en caso de que el procesado se fugará. Hay varios supuestos que se deben contemplar, por ejemplo ¿que pasaría si dentro de la misma orden de aprehensión dispuesta en ese artículo se detuviera al procesado, reanudándose así el proceso?, si es así, entonces será posible que opere una reversión para nuevamente constituir la garantía inicialmente otorgada. Más aún, si resulta absuelta la persona sujeta a proceso, es dable que ya no pueda recuperar su garantía otorgada y por el hecho de haberse sustraído a la acción de la justicia sancionarle en ese sentido.

Consideramos que el legislador secundario no fue acertado al indicar que las garantías se harían efectivas cuando se presentara este caso, pues da la impresión de que quiso proteger el erario, quizá por la gran cantidad de garantías otorgadas y por no poder concluir el proceso se hacía imposible su cobro por parte del Estado.

4.6.3.4. Modificación del Monto de la caución inicial.

En la reforma que sufrió la constitución en 1993, se contemplo además la posibilidad de que la caución otorgada para obtener la libertad provisional bajo caución pudiese ser reducida. El artículo 20 Constitucional fracción I, indicaba.

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

Este tema de reducción de la caución, es novedoso en la constitución y prevé la posibilidad de que el monto fijado inicialmente pueda

ser disminuido. Es decir, si el Ministerio público fijo un monto determinado, al llegar al juzgado este puede ser disminuido o si el juez fija una cantidad dicho monto puede ser disminuido por él mismo esto en una sola ocasión, pero si después aparece que los daños fueron menores ya no podrá modificarla. Cabe aclarar que en este caso sólo se consideraba que la caución pueda ser disminuida y por una sola ocasión, pero no menciona que los daños puedan ser revalorados y se pueda aumentar el monto de dicha caución.

Las reformas publicadas el 10 de Enero de 1994, en el C.P.P.D.F., disponen en su artículo 560 los casos en los que se podrá reducir la caución fijada por la autoridad judicial.

“Artículo 560. A petición del procesado o su defensor, la caución a que se refiere la fracción III, del artículo 556 se reducirá en la proporción que el juez estime justa y equitativa, por cualquiera de las circunstancias siguientes;

I. El tiempo que el procesado lleve privado de su libertad.

II. La disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito.

III. La imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aún con pagos parciales.

IV. El buen comportamiento observado en el centro de reclusión de acuerdo con el informe que rinda el Consejo Técnico Interdisciplinario.

V. Otras que racionalmente conduzcan a crear seguridad de que no procurará sustraerse de la acción de la justicia.

Las garantías a que se refieren las fracciones I y II del artículo 556, sólo podrán ser reducidas en los términos expuestos en el primer párrafo de este artículo cuando se verifique la circunstancia señalada en la fracción III del presente artículo. En este caso, si se llegará a acreditar que para obtener la reducción el inculpado simuló su insolvencia, o bien, con posterioridad a la reducción de la caución recuperó su capacidad económica para cubrir los montos de las garantías inicialmente señaladas, de no restituir estas en el plazo que el juez señale para ese efecto, se le revocará la libertad provisional que tenga concedida.”

Como se puede observar del precepto transcrito, existe una división en la posibilidad de reducir la caución. En su primera parte el precepto indica que la caución señalada en la fracción III del artículo 556 del C.P.P.D.F., que se refiere al cumplimiento de las obligaciones que en los términos de ley se deriven en razón del proceso, también llamada caución de libertad y que en un principio se cuestionó de su constitucionalidad, estableciendo cualquiera de cinco circunstancias que se pudieran dar para reducir esta caución.

La fracción primera, considera el tiempo que el procesado haya sido privado de su libertad, esto resulta obvio ya que el inculpado ha cumplido parte de su pena si fuera el caso de ser responsable. Esta indicación tendrá aplicación frecuente dada la amplitud que resulta de esta garantía conforme al texto vigente.

La segunda fracción, establece como otra circunstancia, la disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito, esto se puede solicitar directamente por el procesado o a través de su defensor, la reducción si se probó que posteriormente a lo largo del proceso que existen circunstancias que así lo acrediten. El autor, Sergio García Ramírez, comentando el artículo 400 del C:F:P:P., precepto homologado al que comentamos en materia local, nos dice:

"La segunda citada circunstancia por el artículo 400(560 del C:P:P:D:F.), es la disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito (fracción III). Es lógico preguntarse ¿porque repercute esto en materia de obligaciones procesales, y no así a propósito de pago, de daños y de sanción pecuniaria, que son los conceptos con los que se relaciona directamente esta disminución de consecuencias o efectos del delito?"⁶⁵

La respuesta a este cuestionamiento resulta ser una interrogante ya que se desconocen las causas que tuvo el legislador para sujetar la disminución de la garantía relacionada con la reparación del daño y sanciones pecuniarias únicamente al caso de insolvencia del inculpado.

La fracción III, dispone que la imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, inclusive en pagos parciales, constituye un dato para reducir la caución, fracción que va orientada a proteger a los económicamente débiles y no negarle por ello la libertad provisional.

La fracción IV del artículo en comento, dispone la reducción de la caución en base al buen comportamiento del inculpado

⁶⁵ Ibidem. pag. 168

Hasta aquí hemos señalado la posibilidad reconocida a la autoridad judicial para reducir la cuantía de la caución, sin embargo con la reforma constitucional del presente año al artículo y fracción en comento, observamos la posibilidad del juzgador no solo de disminuir sino incluso de aumentar el monto de la caución pues el precepto reformado indica " En circunstancias que la ley determine la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución". Es decir ya no se limita esta facultad a solo reducir la caución pues ya la puede aumentar, lo que consideramos es un acierto de este reforma.

4.7. La libertad provisional bajo caución ante autoridades administrativas.

En 1971, dentro de un paquete de reformas importantes al C:P:P:D:F:, entre otros temas se reformó el artículo 271, contemplando la posibilidad de solicitar y ser resuelta la libertad provisional bajo caución ante la autoridad administrativa, es decir, Ministerio Público, aunque esta era limitada a los casos de delitos cometidos por imprudencia con motivo de tránsito de vehículos, precepto que se extendió al C:F:P:P:, en su artículo 135, y posteriormente en 1983 se le permite la procedencia de esta institución a diversos delitos ya no sólo imprudenciales.

Ahora esa facultad al Ministerio público se extiende a todos los casos condicionado a que este otorgamiento siempre será revisado por la autoridad judicial cuando sea consignada la causa, estas reformas a los Códigos Procesales fueron recogidas en el texto constitucional en la reforma del 03 de Septiembre de 1993, y en su penúltimo párrafo lo consigna aunque consideramos, de manera no muy clara, al indicar que " Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan, lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna" .Es decir, si procede la libertad provisional bajo caución ante el Ministerio Público, pero esta no puede ser como lo indica este párrafo, que no este sujeta a condición alguna, porque se contradice con el texto de la fracción I.

Esta laguna o más bien error, vemos que queda subsanado con la reforma sufrida a la Constitución artículo 20 penúltimo párrafo, en este año(julio de 1996), donde se indica que "las garantías previstas en las fracciones I,V,VII yIX, también serán observadas durante la averiguación

previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna”

4.8. La libertad provisional bajo caución ante autoridades judiciales.

El hecho de que la libertad provisional se solicite ante la autoridad judicial es un hecho que se da por entendido. Ahora bien, en cuanto a la forma de elegir el tipo de garantía, la Constitución autoriza a la autoridad tanto para fijar el monto como la forma de la caución, por lo que se pierde la oportunidad del inculpado de elegir cuál de las diversas formas de garantizar le resulta más cómoda, puede ser el caso de que la exigencia de constituir un depósito a través de un billete de caución, en lugar de otorgar fianza puede ser un obstáculo para la satisfacción de dicho requisito. No obstante, creemos que cuando la Constitución indica que la garantía será asequible para el inculpado, se entiende que el juzgador permitirá no sólo en cuanto al monto sino en cuanto a la forma, dar acceso a su otorgamiento por parte del inculpado.

Afortunadamente, los ordenamientos secundarios, dejan a salvo la elección de la forma de la garantía por parte del inculpado.

Artículo 561 C.P.P.D.F. “La naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado, quien al solicitar la libertad manifestará la forma que elige, para los efectos de la fracción V del artículo anterior. En el caso de que el inculpado, su representante o su defensor no haga la manifestación mencionada, el Ministerio Público, el Juez o el Tribunal, de acuerdo con el artículo que antecede, fijará las cantidades que correspondan a cada una de las formas de caución.”

En el mismo sentido el artículo 403, del C.F.P.P., establece que la naturaleza de la caución, quedará a elección del inculpado, ampliando este derecho en relación con el segundo párrafo de la fracción primera del artículo 20 Constitucional, que establece que el monto y la forma de la caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado, y se explicó que al decir “que se fijen”, no se reconocía dicha facultad al inculpado.

4.9. Momento procesal oportuno para solicitar la libertad provisional bajo caución.

El texto del artículo en comento indica que "inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución", obviamente, aquí se indica que el juez, deberá otorgar la libertad provisional en el momento en que le sea solicitada si es que esta procede, y el hecho de que se realice inmediatamente creemos que se refiere a que dicha figura procesal no puede estar condicionada a ningún trámite especial como sería, tramitarlo por medio de incidente, porque esto implicaría lógicamente más tiempo para su concesión, lo que iría contra el espíritu de las garantías individuales. De esto se desprende la inconstitucionalidad de considerar como un incidente a la libertad provisional como caución que aunque no se trámite como tal, se encuentra dentro del capítulo III, sección segunda "Incidentes de libertad" del C:P:P:D:F:

En relación a esto, el artículo 269 del C:P:P:D:F., situado en la sección "Diligencias de Averiguación previa", indica:

"Cuando el inculcado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato de la siguiente forma:
III. Será informado de los derechos que en Averiguación Previa consigna a su favor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y son:
g) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforma a lo dispuesto por la fracción I, del artículo 20 Constitucional Federal, y en los términos del artículo 556 de este Código."

Por su parte el artículo 128 fracción III, inciso f), del C:F:P:P., indica:

"Cuando el inculcado fuese detenido o se presente voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma:
III. Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente, en la Averiguación Previa, de los siguientes:
f) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción y del artículo 20 de la Constitución y en los términos del párrafo segundo del artículo 135 de este Código.

El último párrafo del artículo 134 del C:F:P:P., en lo relativo a la consignación ante los tribunales por parte del Ministerio Público, expresa:

“En el pliego de consignación, el Ministerio Público hará expreso señalamiento de los datos reunidos durante la averiguación previa que, a su juicio, pueden ser considerados para los efectos previstos en el artículo 20 fracción y, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los preceptos de este código relativos a la libertad provisional bajo caución, tanto en lo referente a la determinación del tipo penal, como por lo que respecta a los elementos que deban tomarse en cuenta para fijar el monto de la garantía”

Este artículo también fue reformado el 10 de enero de 1994 y en él intencionalmente se desecha la alusión que se hacía respecto de considerar a las modalidades y no al tipo básico para el otorgamiento de la libertad caucional. Por lo que ahora el Ministerio Público tendrá únicamente que señalar las determinaciones del tipo penal, sin prejuzgar sobre las modalidades o calificativas que deben ser materia de estudio en la sentencia definitiva.

Cabe aclarar que el ámbito de aplicación de esta ley es federal, sin embargo se prevé su aplicación en las Entidades Federativas, siempre que se celebren convenios entre la Federación y estas.

El reglamento de esta Ley de Normas Mínimas en el ámbito del Distrito Federal, prevé la creación de Consejos Técnicos Interdisciplinarios para el sistema de Reclusorios y Centros de Readaptación Social en el Distrito Federal, estableciendo en su artículo 99 “En cada uno de los Reclusorios Preventivos y Penitenciarias del Distrito Federal, deberá instalarse y funcionar un Consejo Técnico Interdisciplinario que actuará como cuerpo de consulta y asesoría del Director del propio reclusorio, así también tendrá facultades de determinar los tratamiento para la readaptación de los internos. Las autoridades preverán los medio materiales necesarios para el más adecuado funcionamiento de este órgano.”

Por su parte en materia federal se expidió el Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social, donde se establece la creación de un Consejo Técnico Interdisciplinario para cada Centro Federal de Readaptación Social, y en su artículo 60 indica “El Consejo Técnico Interdisciplinario del centro funcionará como órgano de consulta, asesoría y

auxilio del director, y como autoridad en aquellos asuntos que le corresponda resolver de conformidad con este reglamento, sus manuales e instructivos."

Por lo que hace a la fracción V del artículo en comento, esta abre la posibilidad a otras circunstancias que racionalmente conduzcan a crear seguridad de que el inculpado no se fugará, en este caso se hace pensar que el juez tendrá que asegurarse de que el inculpado no se sustraerá a la acción de la justicia tomando en consideración datos subjetivos como son la reincidencia, peligrosidad, etc.

La segunda parte del precepto es decir, el último párrafo, regula la disminución en las cauciones a que se refieren las fracciones I y II, del artículo 556 (relativas a la reparación del daño y el monto estimado de las sanciones pecuniarias), las que de acuerdo a este último párrafo se reducirán si se presenta el supuesto establecido en la fracción III, de este artículo 560 (la imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aún con pagos parciales), fracción que conforme a este párrafo puede constituir una causa de revocación de la misma libertad si el inculpado simula su insolvencia o la recupera en un momento posterior sin dar el aviso correspondiente para restituir la caución inicialmente fijada.

Estos mismos supuestos se encuentran regulados en el Código Federal de Procedimientos Penales, en sus artículos 399 y 400.

4.10. Formas de garantizar la Libertad Provisional.

El artículo 562 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito federal, indica las posibles formas en las cuales se puede otorgar la caución referida en la fracción I, del artículo 20 Constitucional, que deberá presentar el inculpado para obtener la libertad provisional bajo caución.

Artículo 562. La caución podrá consistir:

1. En depósito en efectivo, hecho por el inculpado o por tercera personas en la institución de crédito autorizada para ello. El certificado que en estos casos se expida se depositará en la caja de valores del ministerio Público, del Tribunal o Juzgado, tomándose razón de ello en autos. Cuando, por razón de la hora o por ser día inhábil no pueda constituirse el depósito directamente en la institución

mencionada, el ministerio público o el juez recibirán la cantidad exhibida y la mandaràn depositar en las mismas el primer día hábil.

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

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

b) Que el inculpaado tenga fiador personal que, a juicio del juez, sea solvente e idóneo y dicho fiador proteste a ser cargo de las exhibiciones no efectuadas por el inculpaado. El juez podrá eximir de esta obligación, para lo cual deberá motivar su resolución,

c) El monto de la primera exhibición no podrá ser inferior, al quince por ciento del monto total de la caución fijada y deberá efectuarse antes de que se obtenga la libertad provisional.

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

Esta fracción I, autoriza al depósito como forma de garantía para el otorgamiento de libertad, conforme a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se trata de una operación mercantil que está regulada por los artículos 267 al 275, el primer artículo contiene "El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional, divisas o monedas extranjeras transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie..."

La fracción I del artículo en comento, se reformó en el paquete de reformas del 10 de Enero de 1994, en su primera parte, únicamente para hacer consistente la facultad del ministerio público para conceder la libertad provisional bajo caución, por lo que éste queda autorizado para recibir depósitos en efectivo.

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

La hipoteca como forma de garantía es regulada por el Código Civil para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, que en su artículo 2893 contiene, "La

hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley."

Ahora bien, por lo que hace a la disposición de que esta garantía se hará efectiva en los términos del artículo 570 del C.P.P.D.F., es absurdo, puesto que el mismo decreto que reforma esta fracción, publicado el 10 de enero de 1994, deroga el artículo 570, los artículos a los que hay que atender en este caso son los 569 y 573, que se refieren, el primero de ellos al supuesto de revocación de la libertad y su reaprehensión, previendo que se haga efectiva la garantía y, el segundo de ellos el caso en el que un tercero constituye la garantía otorgándole un plazo para la presentación del procesado, en caso contrario procederá lo previsto en el artículo 569.

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

El contrato de prenda es otra figura regulada por el Código Civil, en su artículo 2856 que a la letra dice: "La prenda es un derecho real constituida sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago"

IV. Fianza personal bastante que podrá constituirse en el expediente"

La forma más usual de garantizar la caución para la obtención de la libertad es el contrato de fianza, que el Código Civil en su artículo 2794, define como "...contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace".

Los artículos del 563 al 566 señalan los lineamientos generales que se deberán tomar en cuenta para ofrecer como garantía una fianza.

Artículo 563. cuando la fianza personal exceda del equivalente a cien veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, el fiador deberá comprobar que tiene bienes raíces, inscritos en el registro Público de la propiedad, cuyo valor no sea menor que el monto de la caución, más la cantidad necesaria para cubrir los gastos destinados a hacer efectiva la garantía en los términos del artículo 570. lo dispuesto en este artículo no será aplicable cuando se trate de afianzadoras legalmente constituidas y autorizadas"

Artículo 564. Cuando se ofrezcan como garantía, fianza personal que exceda del equivalente a cien veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal o hipoteca, se deberá presentar certificado de libertad de gravámenes expedido por el encargado del Registro Público de la Propiedad, que comprenda un término de diez años, y constancia de estar al corriente en el pago de las contribuciones respectivas, para que el juez certifique la solvencia."

Artículo 565. El fiador propuesto, salvo cuando se trate de las mencionadas empresas afianzadoras, deberá declarar ante el juez o tribunal correspondiente, bajo protesta de decir verdad, acerca de las fianzas judiciales que con anterioridad haya otorgado, así como de la cuantía y circunstancias de las mismas, para que esa declaración se tome en cuenta al calificar su solvencia"

Artículo 566. En el Tribunal Superior respectivo se llevará un índice en el que se anotarán las fianzas otorgadas ante el mismo o ante los juzgados de su jurisdicción a cuyo efecto, éstos, en términos de tres días, deberán comunicarle las que hayan aceptado así como la cancelación a las mismas, en su caso, para que también esto se anote en el índice. Cuando lo estime necesario, los jueces solicitarán al Tribunal Superior datos del índice para calificar la solvencia de un fiador."

Y finalmente la fracción V del artículo 562, dispone;
Fracción V. En fideicomiso de garantía formalmente otorgada".

El fideicomiso a que se refiere esta fracción es regulado por los artículos 346 al 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En relación a esta última forma de garantizar la libertad provisional bajo caución, se introdujo en la reforma al C.P.P.D.F., del 10 de enero de 1994, y al respecto, Sergio García Ramírez, comenta; "...se puede pensar que la operación garantizadora del fideicomiso supone que el inculpad o un tercero que desea favorecer a aquel, son fideicomitentes, y el estado es fideicomisario y por eso recibirá, llegado el caso, los recursos del fideicomiso para satisfacer con ellos los derechos del ofendido, los del propio Estado en lo que respecta a la multa y las obligaciones procesales del inculpad o". Este autor menciona que la expresión "formalmente constituido", es una aclaración innecesaria, dado que el fideicomiso para su constitución requiere ser formalmente constituido, y en caso contrario es nulo.

4.11. La Revocación de la Libertad Provisional bajo caución.

El último párrafo del artículo 20 Constitucional en su estudio a la letra indica;

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

La introducción de esta figura de la revocación de la libertad provisional en la reforma de 1993, fue novedosa ya que anteriormente sólo se consideraba en los códigos procesales.

El artículo 567 del C.P.P.D.F., señala que las obligaciones a las cuales esta sujeto todo procesado para el goce de su libertad son las siguientes:

"Al notificarse en iniciado el auto que le concede la libertad caucional, se le hará saber que contrae las siguientes obligaciones; Presentarse ante el Ministerio Público o juez cuantas veces sea requerido para ello; comunicar a los mismos los cambios de domicilio que tuviere, y presentarse ante el ministerio Público, Juzgador o Tribunal que conozca de su causa el día que se le señale de cada semana. En la notificación se hará constar que se hicieron saber al indiciado las anteriores obligaciones, pero la omisión de este requisito no libra al indiciado de ellas ni de sus consecuencias."

"En los casos a que se refiere el artículo 133 bis, el juez, al notificar el auto de sujeción a proceso le hará saber que ha contraído las dos primeras obligaciones señaladas en el párrafo anterior de este mismo artículo".

Este artículo se reformó también en 1994, contempla al ministerio público como autoridad también encargada de otorgar dicha garantía, así es congruente con el penúltimo párrafo del artículo 20 Constitucional que dispone la observancia de este derecho también en la fase de la averiguación previa.

el segundo párrafo del artículo transcrito es una adición relativa a la figura de la libertad provisional sin caución.

El artículo 568 señala cuales son las causas en las que procede la revocación de la libertad provisional.

"Artículo 568. El juez podrá revocar la libertad caucional cuando a su criterio el procesado incumpla en forma grave con cualesquiera de las obligaciones

previstas en el artículo anterior. Asimismo, se revocará la libertad caucional en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

De la Comparación del Texto Constitucional y este precepto citado se desprenden que:

Primero, se debe determinar cuales incumplimientos se deberán considerar como graves, el artículo 568 del C.P.P.D.F. se limita a repetir lo señalado en la Constitución y agrega seis fracciones que independientemente de considerar o no graves dichos supuestos, constituyen causa de revocación de la libertad; la expresión “asimismo”, da lugar a pensar que además, de lo señalado en la constitución lo que resulta erróneo, sin embargo, del análisis de cada una de las fracciones citadas se desprende que las mismas constituyen una interpretación del legislador de qué se considerará grave y dejando al juzgador la valoración específica para cada caso.

Consideramos además, que las fracciones II y V del artículo 568 del C.P.P.D.F., no se encuentran apegadas al texto constitucional ya que esta dispone “El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso.”

Ahora bien, la fracción II se refiere al caso de que el procesado fuere sentenciado por un nuevo delito intencional que merezca pena privativa; y la fracción V al supuesto en que apareciere que el delito o delitos materia del auto de formal prisión, son de los considerados graves, supuestos que de ninguna manera son obligaciones que derivan a cargo del inculpado "en razón del proceso", por lo tanto limitan el goce de la garantía del inculpado "en razón del proceso", por lo tanto limitan el goce de la garantía del inculpado.

Finalmente, es notable la derogación que se hizo a la fracción VIII de este artículo 568 y que anteriormente señalaba como causa de revocación que cuando el juez o tribunal abriguen temor fundado que se fugue u oculte el inculpado, lo que resultó en muchos casos el abuso y arbitrariedad en la aplicación de esta derogada fracción, haciendo muchas veces imposible el derecho constitucional en estudio.

4.12. Libertad Provisional Sin Garantía y Bajo Protesta.

La figura de la Libertad provisional sin garantía introducida por primera vez en la reforma de Enero de 1994, plantea similitudes con la institución de libertad provisional bajo protesta, que ha continuación analizaremos.

El artículo 133 bis del CPPDF regula esta figura de la libertad sin caución y dice:

Artículo 133 bis.- Se concederá al inculpado la libertad sin caución alguna, por el Ministerio Público, o por el juez, cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años, siempre que:

- I. No exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia;**
- II. Tenga domicilio fijo en el Distrito Federal o en la zona conurbada con antelación no menor de un año;**

Tenga trabajo lícito, y

- IV. Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional.**

La presente disposición no será aplicable cuando se trate de los delitos graves señalados en este código”.

En el mismo sentido el artículo 135 bis del Código Federal de Procedimientos Penales regula esta nueva forma de obtener la libertad.

El dictamen de la cámara de diputados en el estudio de la figura que ahora se estudia dijo:

“Libertad sin caución alguna. Se propone la adición al Código Federal de Procedimientos Penales de un artículo 135 bis que responde al espíritu de la fracción I del artículo 20 Constitucional con el propósito de dar la posibilidad al inculcado, de obtener su libertad sin caución alguna en el caso de que el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años, no se trate de delitos graves y se reúnan los requisitos especificados en el propio artículo. Lo anterior, evitará que individuos que hayan cometido un delito que no cause un grave daño social y que se dediquen a una actividad lícita y honesta, se vean obligados a permanecer recluidos cuando la pena que deban purgar sea mínima y su internamiento haga nulos los fines de la prisión preventiva y en cambio, sufra las consecuencias del internamiento como son la pérdida de su empleo, la separación de su familia entre otros; esta medida tenderá a disminuir la sobrepoblación de los reclusorios que es uno de los graves problemas que afectan a todo el sistema penitenciario del país”. (Diario de los debates op. cit. 3387)

De la transcripción anterior se reconoce por el órgano legislativo lo perjudicial de la prisión preventiva de la libertad que se ha venido señalando en todo este trabajo.

Sin embargo, esta figura de la libertad sin caución genera varios comentarios. En primer lugar, su ubicación, ya que tanto en el C.P.P.D.F., como en el C.F.P.P., se le ubica en las disposiciones relativas a la averiguación previa, circunstancia que es errónea ya que el Ministerio Público no es el único autorizado para el otorgamiento de dicha libertad. En segundo término cuando se habla en la fracción II transcrita de que tenga un trabajo lícito, la interpretación que se debe de derivar de esta expresión es amplia, ya que de lo contrario el dedicarse no a un trabajo lícito sino a una ocupación, como puede ser el estudio o alguna otra, negaría el acceso a este derecho.

Por lo que respecta a la libertad provisional bajo protesta, el artículo 552, dispone que;

“La libertad protestatoria es la que se concede al procesado siempre que se llenen los requisitos siguientes;

I. Que el acusado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se sigue el proceso;

II. Que su residencia en dicho lugar sea de un año cuando menos.

III. Que a juicio del juez, no haya temor de que se sustraiga a la acción de la justicia;

IV. Que proteste presentarse ante el tribunal o juez que conozca de su causa, siempre que se le ordene;

V. Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional; y

VI. Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión.

Tratándose de personas de escasos recursos, el juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cinco años de prisión.

El artículo 418 del C.F.P.P., por su parte regula la figura de la libertad provisional bajo protesta de manera similar, excepto a lo relativo a la última parte del artículo 552 del C.P.P.D.F., y que no considera el caso de las personas de escasos recursos en la que la tendencia de ampliar la concesión de la libertad se refleja en el Código local, otorgándola en este caso en aquellos delitos cuya pena máxima no exceda de cinco años.

¿Cual es la contradicción que consideramos imperdonable en la introducción de la libertad sin garantía?. Si se analizan bien los preceptos 133 y 552 que regulan la libertad sin garantía y la protestatoria respectivamente, se puede dar uno cuenta que la libertad sin garantía es más amplia, puesto que requisito indispensable para su otorgamiento es que el término medio aritmético de la pena de prisión del delito de que se trate no exceda de tres años, por lo tanto la suma de la pena mínima y máxima podrá ser hasta de seis años, mientras que en el caso de la libertad protestatoria es preciso que la máxima no exceda de tres años y únicamente en el caso de personas de escasos recursos y a juicio del juzgador se podrá ampliar hasta cinco.

¿Que caso tiene que se siga regulando la libertad provisional bajo protesta?, cuando por un solo artículo todas las virtudes que planteó en un momento esta institución han quedado sin sustento. En realidad el hecho de que haya descartado toda forma de garantía, lo único que trae como consecuencia es que el inculpado no siente una vinculación ni subjetiva ni objetiva al proceso en el cual está siendo juzgado.

Comentando esta forma de libertad, García Ramírez, opina;

¿Es demasiado pedir la promesa del inculpado en el sentido de que se presentará al tribunal y cumplirá ciertos requisitos mínimos para la convivencia civilizada, que no aparejan ninguno de ellos, en lo absoluto, cargas económicas?.

¿Porqué no es suficiente la libertad protestatoria, cuyas posibilidades se ampliaron apreciablemente en 1991?...Es insostenible que para conceder la libertad protestatoria, en la que viene al caso un delito sancionado con tres años de prisión a lo sumo, se exija la promesa del inculpado, mientras se prescinde de esta cuando viene al caso, como ocurre con la libertad sin garantía, un delito con pena más elevada, y por ende más grave.

El artículo segundo transitorio del decreto publicado el 3 de Septiembre de 1993, establece que;

"Lo previsto en el párrafo primero de la fracción I, del artículo 20 Constitucional del presente decreto, entrará en vigor al año contado a partir de la presente publicación".

En aparente contradicción, sin embargo el artículo primero transitorio del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el lunes 10 de enero de 1994 que reforma el C.P.P.D.F. y el C.F.P.P., establece;

"El presente decreto entrara en vigor el primero de febrero de 1994."

Es una aparente contradicción ya que siguiendo las ideas del autor Zamora-Pierce;

"El constituyente estableció que la reforma constitucional entrara en vigor dentro de una año, a fin de dar oportunidad a los legisladores ordinarios para que reformaran sus códigos..."En el párrafo siguiente indica "... nuestro legislador ordinario ya se adecuó..." , finalmente opina "...desde el primero de febrero hasta el mes de septiembre en el Distrito Federal y en el fuero federal,

se puede solicitar estas libertades a manera de ampliación de la garantía individual, del 3 de septiembre en adelante se aplicarán con base constitucional."⁶⁶

De esta opinión anterior es preciso indicar que ningún juez o Ministerio Público pudo, atendiendo bajo un criterio literal del texto de la constitución negar los beneficios ampliados por los códigos procesales, si la vacatio legis fue fijada en un año en los artículos transitorios de la reforma constitucional, es en virtud de que la fracción I del artículo 20 constitucional no prevé cuales con aquellos delitos graves, barrera infranqueable para obtener la libertad bajo caución, motivo por el cual se decidió dar tiempo a las entidades federativas, Distrito Federal y Federación a que lo más pronto posible obedezcan el mandato constitucional determinando cuáles son los delitos graves.

El poder judicial de la federación en tesis aislada interpretó, esta situación, indicando;

LIBERTAD BAJO CAUCIÓN, PROCEDE ACORDE A LOS LINEAMIENTOS ESTABLECIDOS POR EL ARTÍCULO 399 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.- Es correcto que el juez del amparo, a fin de determinar sobre la procedencia del beneficio de la libertad provisional, bajo caución, lo haga acorde a las reglas del artículo 399, reformado, del Código Federal de Procedimientos Penales, porque independientemente de que el delito que se atribuye al acusado, exceda del término medio aritmético a que se refiere la fracción I, del artículo 20 constitucional en su actual texto, ese actuar, no viola el principio de supremacía constitucional, toda vez que se trata de un beneficio procesal que se encuentra vigente desde el primero de febrero de mil novecientos noventa y uno, máxime que los delitos atribuidos al inculpado no son de los que excluye el numeral referido, tanto antes como después de su reforma."⁶⁷

Por otro lado existe un criterio por parte del poder judicial en lo que se refiere a la retroactividad de las reformas penales, que aunque no hacen referencia al caso específico de los artículos transitorios, si dan un principio de interpretación para favorecer a aquellos individuos que estén en calidad de

⁶⁶ Ibidem. pag. 168

⁶⁷ S.C.J.N. Op. Cit. Octava Época, Vol. 2º, Segundo Tribunal Colegiado del Tercer Circuito. pag. 656.

inculpados, durante la entrada en vigor de los decretos. Transcribiremos dicha ejecutoria.

RETROACTIVIDAD DE LA LEGISLACIÓN PENAL. EN LO QUE FAVOREZCA AL REO DEBE APLICARSE AL DECRETO QUE REFORMA, ADICIONA Y DEROGA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL VIGENTE A PARTIR DEL PRIMERO DE FEBRERO DE 1994.- No obstante que la autoridad responsable emitió la sentencia reclamada, confirmando la de primer grado con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga diversos Artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, entre otras legislaciones de carácter federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día diez de enero del año en curso y con vigencia a partir del primero de febrero del presente año, no pasa inadvertido para este órgano de control constitucional que, al encontrarse sub júdice la sentencia dictada en el proceso penal materia del juicio de amparo que se analiza, al sentenciado le resultan aplicables a su favor y beneficio las reglas previstas en los artículos 14, primer párrafo constitucional, a contrario sensu, tercero transitorio del decreto de mérito, 56 del Código Penal Federal y 553 del Código Federal de Procedimientos Penales. La aplicación retroactiva de la ley en beneficio de todo reo resulta ser obligatoria para las autoridades judiciales o administrativas, en su caso, de acuerdo con la legislación penal ordinaria y el incumplimiento de esa obligación resulta violatorio de la garantía de exacta aplicación de la ley, consagrada en el tercer párrafo del artículo 14 de nuestra Carta Magna, cuya violación es reparable mediante el juicio de amparo. Ello es así, dado que es principio general de derecho penal que cuando una ley posterior resulta más benéfica para el inculpados que aquella conforme a la cual se siguió su proceso, debe aplicársele la más benigna en el dictado de la sentencia correspondiente, pues tal principio implícitamente lo acoge el citado numeral 14 constitucional, al prever que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, lo que implica que si es en beneficio del reo, en la referida materia penal, se debe aplicar la nueva legislación."⁶⁸

⁶⁸ S.C.J.N. Op. Cit. Octava Época, Vol. 2º. segundo tribunal Colegiado del Quinto Circuito, pag. 529.

Las anteriores observaciones ya no son necesarias puesto que incluso como ya lo indicamos, este artículo ya sufrió otra reforma más, sin embargo, consideramos importante transcribir algunos criterios de la Suprema Corte de Justicia en relación a la interpretación de las anteriores reformas al precepto constitucional en estudio.

La justificación que se dio a esta reforma fue como exposición de motivos la siguiente "...existe un vacío legal que se creó con la reforma de 1993 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el sentido de que era procedente la libertad provisional bajo caución, aún rebasándose el término medio aritmético de cinco años de prisión, siempre que no se tratara de delitos graves, situación que se ha deformado en la práctica al permitir la libertad a individuos que puedan aprovechar esta garantía para cometer nuevos ilícitos o para evadir la acción de la justicia.

La iniciativa de reforma regula la hipótesis de aplicación de la libertad provisional bajo caución en los delitos no graves y establece cuales son los presupuestos para que esta se dé; esto es, cuando no exista una condena previa por delito, también se prevé que podrá ser negada la petición debidamente razonada por el Ministerio Público. En cuanto a la caución le da al Ministerio Público la posibilidad de aportar elementos para la fijación judicial de la misma y el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades circunstancias del delito, las características del inculpaado y del ofendido y los daños y perjuicios causados a éste.

Asimismo, se propone que la ley determinará los casos en que el juez podrá revocar la libertad provisional y con ello ante varias hipótesis que puedan darse para revocar la libertad, se evita que el inculpaado disfrutando de dicho beneficio, cometa otros delitos."

Cabe señalar que junto con esta nueva iniciativa de reforma se propone reformar los artículos 16, 20 fracción primera y penúltimo párrafo, 21, 22 y 73 fracción XXI. Esta reforma estuvo apoyada ante la Cámara de Diputados principalmente por los representantes del Partido Revolucionario Institucional y Partido Acción Nacional y su principal opositor lo encontró en el voto de los representantes del Partido de la Revolución Democrática, quienes argumentaban que;

"En lo que atañe al artículo 20 Constitucional fracción I, se establecen tres reglas en lo que atañe a la libertad provisional bajo caución: una de carácter general que autoriza este beneficio a quienes no sean acusados por delito grave

y dos reglas adicionales que limitan el alcance de la regla general. La primera regla adicional, se refiere a que en delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad del inculcado cuando haya sido condenado con anterioridad por delito grave y la segunda adicional, a que aún cuando sin haber sido condenado ni estar acusado por delito grave, el Ministerio Público aporte elementos para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias o características del delito, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

Además permitir a quienes no tengan antecedentes penales de ningún género ni estén acusados por delito grave, se le pueda negar la libertad caucional, sería contrario a la naturaleza de la prisión preventiva, cuyo objeto es dotar de certeza a la libertad provisional de los sujetos del enjuiciamiento punitivo y de ninguna manera operar como medida de seguridad.

La prisión preventiva de suyo, se encuentra severamente cuestionada, ya que consiste en mantener en prisión durante el proceso penal, a una persona acerca de la cual no tenemos la certeza de que deba estar en prisión. Por ello, la doctrina que justifica la existencia de esta institución, lo hace sobre la base de que independientemente de consideraciones teóricas, la realidad social exige, para garantizar la eficacia del proceso penal, restringir la libertad personal del encausado y alegan que esto debe ser excepción a la regla de que ninguna persona debe estar privada de la libertad personal, sin que se le haya seguido el procedimiento legal respectivo."

| Const. | Procedencia | Monto de la Caución | Observaciones |
|--------|---|--|---|
| 1857 | Delitos que merezcan pena corporal | No se indica | No queda precisada la procedencia |
| 1917 | Delitos cuya pena no exceda de cinco años de prisión | Hasta diez mil pesos | Se introduce esta figura como garantía constitucional. Para determinar el monto de la caución se deben tomar en cuenta circunstancias personales y la gravedad del delito. |
| 1948 | Delitos cuyo término medio aritmético de la pena no rebase cinco años de prisión | No excederá de doscientos cincuenta mil pesos, salvo delitos donde el autor obtenga beneficio económico o se causen daños patrimoniales | Se responsabiliza al juez en la aceptación de la caución. Se considera el daño patrimonial causado a la víctima o el beneficio obtenido por el inculcado en la fijación del monto de la caución. |
| 1985 | Delitos cuyo término medio aritmético incluyendo sus modalidades sea menor a cinco años de prisión. | No excederá del equivalente a dos años de percepciones, sólo aumentará en delitos intencionales con daño patrimonial. En delitos preintencionales basta que se garantice los daños y perjuicios. | Se incluyen las modalidades del delito en la procedencia de este derecho. Ya no se fija una cantidad exacta para el monto de la caución. El tipo de delito determina la forma de fijar el monto de la caución. Se faculta al juez para aumentar el monto de la caución. (hasta el equivalente a las percepciones de cuatro años). |
| 1993 | Delitos no graves | El equivalente al monto estimado en la reparación de daño y las sanciones pecuniarias. Debe ser asquible para el inculcado | Se amplía a todos los delitos salvo los graves. Se faculta al juez para disminuir la caución. Se contempla la revocación. |
| 1996 | Delitos no graves | Debe ser asquibles para el inculcado, tomando en cuenta naturaleza, modalidad y circunstancias del delito, características del inculcado, daños y perjuicios, sanción pecuniaria y cumplimiento de las obligaciones procesales | Se faculta al juez para "modificar" el monto de la caución. Se faculta al Ministerio Público para solicitar la negación de la libertad provisional bajo caución en delitos no graves. Se reconoce este derecho dentro de la Averiguación Previa. |

BIBLIOGRAFIA

- Arteaga Nava, Elisiur. **Derecho Constitucional Estatal**. Editorial Porrúa, S:A., México, 1988.
- Bobbio, Norberto. **Igualdad y Libertad**. 1a. Edición, Ediciones Paidós, ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Trad. Pedro Aragón Rinosin, Barcelona, España, 1993.
- Borja Soriano, Manuel. **Teoría General de las Obligaciones**, 11a. Edición Editorial Porrúa, S. A., México, 1989.
- Bazdresch, Luis. **Garantías Constitucionales**, 2a. Edición, Editorial trillas, S:A:de C:V., México 1983.
- Burgoa, Ignacio. **Las Garantías Individuales**. México 1988. Editorial Porrúa. 21a. Edición.
- Carranca y Trujillo Raúl. **Derecho Penal Mexicano, Parte General**. 15a. Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1986.
- Colín Sánchez, Guillermo. **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales**. 10a. Edición, Editorial Porrúa. México 1980.
- Congreso de la Unión. Cámara de Diputados. **Los Derechos del Pueblo Mexicano**. Editorial Porrúa, México 1978
- Castro Juventino V. **Garantías y Amparo**, 8a. Edición. Editorial Porrúa, S:A., México, 1994.
- De Pina, Rafael. **Diccionario de Derecho**, 14a edición, Editorial Porrúa, S:A., México, 1986.
- Díaz Muller, Luis. **Manual de Derechos Humanos**. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Colección manuales. México 1991.
- García Maynez, Eduardo. **Introducción al estudio del Derecho**, 39a. Edición, Editorial Porrúa, S:A.; México 1988.

Herrera y Lasso, Manuel. **Estudios Constitucionales**. 2a. Edición Editorial Jus. S.A., México 1990.

Montiel Duarte, Isidro. **Estudios sobre las Garantías Individuales**. Editorial Porrúa. México 1973.

Moreno Hernández, Moises. **Algunas Bases para la Política Criminal del Estado Mexicano**. Revista Mexicana de Justicia. No. 2 Volumen III, Abril-Junio 1985.

Osorio y Nieto, Cesar Augusto. **La Averiguación Previa**. 5a. Edición Editorial Porrúa. México 1990.

Peces-Barba Martínez, Gregorio. **Sobre el Fundamento de los Derechos Humanos, en Textos Básicos sobre Derechos Humanos**, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid España, 1973

Rivera Silva, Manuel. **El Procedimiento Penal**. 16a. Edición. Editorial Porrúa. México 1986.

Roxin, Claus. **Sentido y Límites de la Pena Estatal**. Problemas Básicos del Derecho Penal. 1a. Edición. Editorial Reus, Madrid 1976.

OTRAS FUENTES

Aguirre Obanrio, Eduardo. **Multas y Fantasia**, artículo publicado en "Estudios Jurídicos en Honor de Raúl F. Cardenas", 1a. edición Editorial Porrúa S.A., México 1983,

Diario de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. LV Legislatura, Poder Legislativo Federal. 1er. periodo. año III No. 26. 20 de Diciembre de 1993.

Fix Zamudio, Héctor. **Legislación Reciente sobre los Derechos Humanos**. Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas. El Derecho Mexicano Hacia la Modernidad. Editorial Porrúa S.A., y UNAM México 1991.

Tavira, Juan Pablo. La Pena y los Principios Jurídicos Fundamentales. Tesis Profesional, Escuela Libre de Derecho, México 1975.

Zafaroni, Eugenio Raúl. La Legalidad como Garantía y como Pretexto. Revista Mexicana de Justicia, número 4, Volumen V, México 1987.

- 1. Zamora-Pierce, Jesús. Las Garantías Individuales son Derechos Mínimos que pueden ser ampliados. Revista. El Derecho Mexicano Hacia la Modernidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Editorial Porrúa S.A, México 1991.**