

225  
2ej



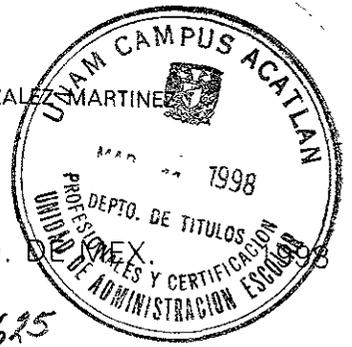
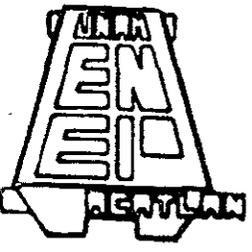
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
CAMPUS ACATLAN

"LA LIBERTAD PROVISIONAL A LA LUZ DE LA  
ULTIMA DE SUS REFORMAS A LA  
CONSTITUCION FEDERAL"

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
**P R E S E N T A :**  
**M A R I O M O R A N D I A Z**

ASESOR: LIC. MIGUEL GONZALEZ MARTINEZ



NAUCALPAN DE JUAREZ, EDO. DE MEX.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

259625



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 G R A D E C I M I E N T O S :

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, A TRAVÉS DE LA ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLÁN"

Por otorgarme la oportunidad de lograr mi formación profesional.

A MIS PADRES:

ANTONIO MORÁN RAMOS y  
MARÍA DÍAZ CASTILLO +

Por haberme dado la invaluable oportunidad de transitar por esta magnífica existencia y por sus sacrificios para formarme profesionalmente.

A MI ESPOSA SILVIA LUNA ARENAS Y

A MIS HIJOS: FABIOLA Y DIEGO ULISES MORÁN LUNA.

Con amor y cariño, porque representan un bello motivo para vivir y continuar superándome día con día.

A MIS HERMANOS, TODOS.

Por su ayuda moral y material brindada en mi vida estudiantil.

AL LIC. MIGUEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ.

Como una muestra de agradecimiento por su gran colaboración y orientación en la realización de este trabajo, así como por su gran calidad humana.

AL LICENCIADO MIGUEL ÁNGEL PULIDO GARCÍA.

Porque con su honestidad indiscutible ensiltece la noble labor de impartir justicia en el Estado de México, motivando que aun se crea en ella.

*A LA LIC. MARTHA PATRICIA JARDÍNEZ MENDOZA.*

Por sus valiosos comentarios, su inigualable ánimo moral y ayuda otorgados para la culminación de este trabajo.

*AL LIC. AGUSTÍN GERMÁN CAMPOS CALZADA.*

Por su gran amistad y desinteresada ayuda moral para que este trabajo fuera una realidad.

## **I N D I C E**

INTRODUCCION..... **I**

### **CAPITULO PRIMERO:**

#### **ANTECEDENTES**

1.- Grecia. 2.- Roma. 3.- España. 4.- Época Colonial en México. 5.- México independiente a la fecha. 6.- Término medio aritmético y delito grave..... **1**

### **CAPITULO SEGUNDO:**

#### **MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD PROVISIONAL Y EL PROCEDIMIENTO PENAL.**

1.- Artículo 14 Constitucional. 2.- Artículo 16 Constitucional. 3.- Artículo 18 Constitucional. 4.- Artículo 19 Constitucional. 5.- Artículo 20 Constitucional y afines..... **19**

### **CAPITULO TERCERO :**

#### **FORMAS DE RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL.**

1. Detención. 2.- Orden de Aprehensión 3.- Formal Prisión. 4.- Prisión como pena. 5.- Reaprehensión... **73**

### **CAPITULO CUARTO:**

#### **MOMENTOS PROCESALES EN QUE SE PUEDE OBTENER LA LIBERTAD PROVISIONAL.**

1.- Averiguación Previa. 2.- Primera Instancia. 3.- Segunda Instancia. 4.- Amparo Directo e Indirecto. 5.- Formas de exhibición..... **116**

CONCLUSIONES..... **152**

BIBLIOGRAFIA..... **157**

## INTRODUCCIÓN.

Como puede apreciarse a simple vista del título del presente trabajo de investigación: la libertad provisional bajo caución, pudiera pensarse que no es un tema nuevo en el derecho en general, y en efecto no lo es, pero sí de actualidad, pues se trata de una figura procesal de antiguos antecedentes, ya que se preveía desde principios de la nueva era, como así lo veremos en el primero de los capítulos, a través del cual nos percataremos que no se concebía como a la fecha se regula, lo que nos permite establecer que las instituciones del derecho son mutantes, esto es, que van evolucionando a través de los diferentes momentos de nuestra historia, en este caso, para beneplácito del actor principal del proceso: el inculpado, ya que por el simple otorgamiento de garantías, en los casos en que procede, se suspende la tan cuestionada prisión preventiva, traduciéndose en una medida de protección de los derechos humanos del procesado como gobernado, por parte del Estado, a través de la doble función que tiene encomendada, la de protección del interés social e individual y la de reprimir actos que han sido considerados antisociales, que transgreden el orden y la normal convivencia en sociedad.

Esa doble función del Estado a que hemos hecho referencia, específicamente la de reacción contra las conductas delictivas, es desarrollada a través de mecanismos, instrumentos, normas codificadas, observadas por los órganos de aquél, caso concreto el Ministerio Público, encargado de la persecución de los delitos, auxiliado de la policía, su inmediato subordinado, y el órgano jurisdiccional, encargado de la aplicación de las sanciones, cumpliendo una serie de formalidades previstas por las leyes, las que les marcan sus actuaciones, cobrando aquí vigencia el principio de que las autoridades sólo pueden realizar lo que las ley les permite, al considerarse que vivimos en un Estado de derecho, por lo tanto, éste se manifiesta en el reconocimiento

que se hace en nuestra Ley Suprema de una serie de derechos fundamentales de todo gobernado, denominadas por la misma como garantías constitucionales, en el caso en concreto, del inculcado, las que encontramos en la parte dogmática de la Constitución Federal; de esas garantías nos ocupamos en el capítulo segundo, principalmente de las que norman el procedimiento penal, como son las previstas en los artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21 y afines.

Tenemos la convicción, no obstante las disposiciones expresas de la legislación de amparo, que para que se actualice el derecho constitucional de la libertad caucional, en los casos de procedencia, presupuesto de ésta es que el aspirante a esa garantía se encuentre detenido, esto es, que se le haya restringido su libertad personal, la que se traduce en el impedimento para que el inculcado objeto de detención deambule sin obstáculo alguno, por lo tanto, en el tercer capítulo de nuestro trabajo nos ocupamos del estudio de esas formas de restricción de la libertad personal o física, como lo es la detención propiamente dicha, la aprehensión, la formal prisión, la prisión como pena, es decir, la consecuencia del delito y la reaprehensión.

Por último, en el cuarto capítulo, estudiamos los diferentes momentos procedimentales en los cuales se puede tener acceso a la libertad provisional bajo caución, esto es, en la averiguación previa, de la que consideramos que el precepto que la regula en el Estado de México, es decir, el artículo 154 del Código de Procedimientos Penales, es incongruente con la Norma Suprema que la instituye, pues notamos que establece más limitantes que las que la Constitución previene, por lo que requiere de otra reforma adecuada.

Cabe aquí hacer la advertencia que el presente trabajo está enfocado conforme al precepto constitucional que fue objeto de reforma en el mes de septiembre de 1993 y que a la fecha en que se sustenta el presente trabajo dicho precepto ya ha sido objeto

de otra reforma, la que tuvo lugar en el año de 1996, por lo que tal vez pudiera considerarse que nuestro trabajo se encuentra fuera de época, es decir, que es extemporáneo para el momento que vivimos, sin embargo, no compartimos ese sentir, pues debe tomarse en consideración que las actuales disposiciones que rigen la libertad provisional bajo caución, previstas por la ley secundaria en cita, son consecuencia inmediata de la reforma de 1993, pues el artículo 2 transitorio del decreto de reformas a la Constitución Federal de 3 de septiembre de 1993, dispuso la obligación al legislador ordinario, es decir, a las legislaturas de los Estados miembros de la Federación y del Distrito Federal, de adecuar sus respectivas leyes procesales del ámbito penal a la norma suprema, la que, en nuestra opinión, se realizó con poca técnica jurídica por el legislador mexiquense.

Hecha la advertencia anterior, ubicados en otra fase del procedimiento como lo es el proceso, el que tiene lugar ante el órgano jurisdiccional, que referimos como primera instancia, encontramos que hecha la consignación de la averiguación previa en la que el inculcado obtuvo libertad provisional bajo caución, el precepto que obliga al juzgador a determinar sobre la procedencia del beneficio y el monto de las garantías, también contrariamente a lo que estipula la Constitución, aún conserva la condición que regía con antelación a la reforma constitucional, es decir, la relativa al término medio aritmético de la pena aplicable por el delito cometido, además, estimamos que la forma de tramitación de la garantía constitucional no debe realizarse como incidente, dada la inmediatez exigida por la ley suprema, por lo que las disposiciones que regulan dicha institución deben ser extraídas del título relativo a los incidentes de nuestra Ley procesal estatal. En lo concerniente a la segunda instancia, consideramos que el beneficio de la libertad caucional, por ser una garantía constitucional, debería ser otorgada también por los jueces de primer grado, en los casos que procediere, una vez dictada la sentencia de condena, siempre

y cuando cualquiera de las partes interpusiera el recurso de apelación ya que nuestra ley reserva esa facultad a los magistrados del Tribunal de Alzada, en atención a que la sentencia dictada en primer término aún no causa ejecutoria.

También nos avocamos a la libertad provisional bajo caución en tratándose de los juicios de amparo indirecto y directo, de los que observamos que se tramita en el incidente de suspensión, sin que se obligue a la autoridad judicial federal a la observancia inmediata a pronunciarse de oficio al respecto, aunque consideramos que no procede la concesión de la garantía constitucional en tratándose de órdenes de aprehensión, ya que como indicamos antes, el presupuesto de la libertad provisional bajo caución, debe ser siempre que quien la solicite, en este caso, el quejoso, se encuentre detenido; asimismo, se desprende de la legislación aplicable que incluso se puede promover juicio de amparo en casos de negativa o de concesión contraria a la norma constitucional, sin necesidad de agotar recursos ordinarios, y vemos también la posibilidad de pronunciarse el juez de Distrito sobre la procedencia de la garantía si no lo ha hecho la autoridad responsable, esto, en el caso del auto de formal prisión como acto reclamado.

Por último, al hacer estudio de las formas de exhibición de las garantías que el inculpado ha de otorgar para gozar del beneficio de la libertad caucional, consideramos que el precepto constitucional reformado en 1993, con independencia del nuevo texto, alude a dos garantías y no tres como lo exige la ley secundaria, por lo que resulta anticonstitucional la tercera garantía, lo mismo que la exigencia de exhibir en efectivo la garantía relativa a la reparación del daño, puesto que la norma suprema no distingue en cuanto a las formas de exhibición, pues si bien se ha tratado de dar mayor protección a los derechos del ofendido o la víctima del delito, elevándolos incluso a garantía constitucional, con dicha exigencia, a más de considerarla prejuzgante, no se cumple con dicho objetivo, en resumen, la ley

secundaria, en su parte conducente, es incongruente con el precepto constitucional, no cumple con la intención del constituyente permanente de dar mayor amplitud al campo de aplicación de la garantía constitucional de libertad provisional bajo caución, sino que se da un retroceso en este aspecto, por lo que se proponen reformas adecuadas, incluso la desaparición de dicha institución, lo que lleva como consecuencia la desaparición de la prisión preventiva para casos especiales, implementándose en su lugar otra medida cautelar en su sustitución, en aplicación de los primeros pasos del principio de presunción de inocencia, sean pues éstas nuestras inquietudes.

CAPITULO PRIMERO:

ANTECEDENTES.

1. Grecia.
2. Roma.
3. España.
4. Época Colonial en México.
5. México independiente a la fecha.
6. Término medio aritmético y delito grave.

## ANTECEDENTES.

### 1. GRECIA.

Para hablar del derecho en la antigüedad, tendríamos necesariamente que recurrir a muchas y variadas culturas que registra nuestra historia, sin embargo, por su importancia y trascendencia hasta la época actual, nos concretaremos a citar las culturas griega, romana y española; la primera, por su gran desarrollo cultural en épocas remotas, cuna de grandes pensadores, de los que también solo como ejemplo, entre muchos, podemos citar a Sócrates, Platón y Aristóteles; la segunda, por tratarse de un pueblo que en su tiempo se le registra como conquistador de varios territorios, entre ellos el de Grecia, que no obstante haberla invadido o conquistado, se dice que fueron los propios romanos quienes resultaron los conquistados por su desarrollo cultural, además por haber creado muchas instituciones de orden privado, de las que incluso a la fecha se conservan algunas; y en lo que respecta a la última, en razón que, como lo dice la historia, nuestro pueblo fue conquistado en 1521 por los españoles, lo que trajo como consecuencia entre otros aspectos, la imposición de una cultura ajena a nuestras antiguas civilizaciones, así como la creación e imposición de sus leyes, de las que cabe decir algunas rigieron hasta la tercera década del siglo que antecede al que hoy vivimos.

En cuanto al derecho griego de la antigüedad, enfocado a la libertad, se habla que tiene su origen y fundamento en la religión, como puede advertirse del importante estudio que nos legó Fustell de Coulanges, en su obra denominada La Ciudad Antigua, de la que se rescata en relación a la libertad, que ésta como tal no existía, sino que había una subyugación completa y total al Estado, resaltando la omnipotencia de éste, al decir que "La ciudad se había fundado sobre una religión y

se había constituido como una Iglesia. De ahí su fuerza, de ahí también su omnipotencia y el imperio absoluto que ejercía sobre sus miembros. En una sociedad establecida sobre tales principios, la libertad no podía existir. El ciudadano estaba sometido en todas las cosas y sin ninguna reserva a la ciudad" Respecto de la libertad física, nos dice que "Nada había en el hombre que fuese independiente. Su cuerpo pertenecía al Estado y estaba consagrado a la defensa del mismo. En Roma, el servicio militar obligaba hasta los cuarenta y seis años; en Atenas y en Esparta, toda la vida". Más adelante, agrega que "Le enseñaba gimnasia porque el cuerpo del hombre era un arma para la ciudad, y era preciso que esta arma resultase lo más fuerte y manejable que fuera posible", incluso hace alusión a la condena de Sócrates, por motivos de creencias, después de precisar que "El hombre no era libre en la elección de sus creencias. Debía creer y someterse a la religión de la sociedad.", concluye que "es un error singular entre todos los errores humanos el haber creído que en las ciudades antiguas el hombre gozaba de libertad"; asimismo, denota que no obstante el cambio de las formas de gobierno sucesivas, como lo son en su orden monarquía, aristocracia, democracia, ninguna de estas revoluciones dio al hombre la verdadera libertad, la libertad individual." <sup>1</sup>

No obstante lo anterior, es desde luego deducible que el Estado en la antigüedad, podía entonces realizar actos de restricción sobre lo que se pudiera considerar como libertad física de los ciudadanos, sancionándolos, como se obtiene de la obra del maestro Colín Sánchez, al hablar del procedimiento penal en el derecho griego, del que dice "se remonta a las viejas costumbres y formas observadas por los Atenienses, en el Derecho Griego, en donde el Rey, el Consejo de los Ancianos y

---

<sup>1</sup> COULANGES, Fustell de. La ciudad antigua, estudio sobre el culto y las instituciones de Grecia y Roma. 8a. ed. Editorial Porrúa, México, 1992. P. 169 y ss.

la Asamblea del Pueblo, en ciertos casos, llevaban a cabo juicios orales de carácter público para sancionar a quienes ejecutaban actos atentatorios en contra de ciertos usos o costumbres. Para esos fines, el ofendido o cualquier ciudadano presentaba y sostenía acusación ante el Arconte, el cual, cuando no se trataba de pleitos privados y, según el caso, convocaba al Tribunal del Areópago, al de los Ephetas y al de los Heliastas";<sup>2</sup> por lo tanto, evocando al primero de los autores, ubicándonos en una época en que ya el derecho es una cosa pública, que todos pueden leer y hablar, ya que había salido de los rituales y de los libros sacerdotales, perdió su religioso misterio,<sup>3</sup> se advierte que se daban tales actos de restricción a la libertad, ya que dice que se redactaron dos códigos en Atenas: el primero por Dracón, el segundo por Solón; dice del primero que, "no parece haber hecho gran cosa que por escrito las antiguas costumbres, sin alterar nada en ellas", "se ha conservado el recuerdo de sus leyes sobre el homicidio; prescribeñ que el culpable sea alejado de los templos, y que se le impida tocar el agua lustral y los vasos de las ceremonias", incluso refiere penas más extremosas que la privación de la libertad al decir que "El robo se castigaba con la muerte, porque el robo era un atentado a la religión de la propiedad".<sup>4</sup>

En relación a nuestro tema, encontramos un antecedente en la Grecia Antigua, según se obtiene de Escalona Bosada, citando a Vélez Mariconde, al decir que "En Atenas, la prisión preventiva se decretaba en los casos de crímenes, de conspiración contra la patria, el orden político y peculado exclusivamente, "en los demás casos dejábase en libertad al

---

<sup>2</sup> COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 10a. ed. Editorial Porrúa, México, 1989. P. 15 y ss.

<sup>3</sup> COULANGES. Op. cit. P. 230.

<sup>4</sup> Ibidem. Pp. 234 y 235.

acusado mediante caución o fianza de tres ciudadanos responsables de su comparecencia al juicio"<sup>5</sup>

## 2. ROMA

De entre los cuerpos de leyes antiguos en Roma, la Ley de las Doce Tablas es la que con mayor relevancia resulta en la historia del derecho en general, universal más bien, tan es así que en nuestro país, en las escuelas superiores o universidades se llevan cursos de derecho romano.

Es la Ley citada, en la que encontramos el antecedente directo de la libertad provisional, objeto de nuestro estudio, según lo asienta Colín Sánchez, al exponer que "Los antecedentes de la libertad bajo caución datan (como gran parte de las instituciones jurídicas) del antiguo Derecho romano. Desde la Ley de las Doce Tablas se estableció que, en determinados casos, las personas con posibilidad económica otorgaran una caución, en favor de los pobres, para obtener su libertad provisional. En general, todos los sistemas de enjuiciamiento, implantados en la mayor parte de los países, desde tiempo inmemorial han concedido este derecho, restringiéndolo o ampliándolo según la ideología predominante."<sup>6</sup> desde luego, diferenciándolo de la forma como a la fecha se concibe.

## 3. ESPAÑA

Sin entrar más a fondo de las instituciones de derecho penal y procesal penal españolas en su historia, dada su

---

<sup>5</sup> ESCALONA BOSADA, Teodoro. La libertad provisional bajo caución. Cárdenas editor y distribuidor, México, 1969. Pp. 12 y 13.

<sup>6</sup> COLIN SANCHEZ. Op. cit., P. 497.

amplitud, sólo precisaremos la influencia que tuvo en nuestra legislación procesal penal, específicamente en lo que a la libertad provisional se refiere; la Constitución Española de Cádiz, que tuvo aplicación, entre otras leyes, en la época de la agonía que sufriera la monarquía española en nuestro país, hasta mitades del siglo pasado, con motivo del movimiento de independencia iniciado, entre otros, por nuestro gran prócer, el Cura Hidalgo, llamado también el Padre de la Independencia de México, aquella madrugada del día quince de septiembre de 1810.

Dicho cuerpo de leyes fue promulgado el 19 de marzo de 1812 aprobada por las Cortes de Cádiz, con vigor en la Nueva España el 30 de septiembre del mismo año; contenía declaraciones terminantes sobre los derechos del hombre, tales como la inviolabilidad del domicilio, la protección de la propiedad privada, la libertad de emisión del pensamiento, excepto en materia religiosa, etc.; pero esas declaraciones fueron meramente teóricas o líricas, por falta de medios para hacerlas respetar por las autoridades<sup>1</sup> y no obstante que ya se había iniciado el movimiento de independencia, tuvo aplicación en nuestro país, hasta la primera mitad del siglo XIX.

Es en su artículo 296, donde encontramos su regulación, mismo que en lo conducente establecía como requisito indispensable para poder conceder la libertad provisional bajo caución, que la pena correspondiente a la conducta cometida no fuera de carácter corporal, lo cual, según opinión de Fix Zamudio "resultaba exageradamente restrictivo, y así lo establecieron algunos de los ordenamientos constitucionales que tuvieron vigencia en nuestro país de acuerdo con el modelo del a. 296 de la C española de Cádiz de 1812 que recogió dicha

---

<sup>1</sup> BAZDRESH, Luis. Curso elemental de garantías constitucionales. Editorial Jus, México, 1977. P. 60

tradición, y, por el contrario, no se consignó expresamente dicho beneficio en el artículo 20 de la C. federal de 1857, que consagró los derechos del acusado en el proceso penal." <sup>8</sup>

Entre las legislaciones anteriores a la citada Constitución, que regularon antecedentes sobre la fianza y la libertad caucionada, cabe citar el Fuero Real, de 1255, en su Libro Tercero, Título Décimo Octavo, Leyes Novena y Décimo Cuarta; las Leyes de Estilo, de 1310, en las número LXV y LXVI; las Siete Partidas, de 1265 precisamente en la Tres, Quinta y Siete; la Nueva Recopilación, de 1567, en el Libro III, Título IX, Ley Décimo Octava; Libro Cuarto, Título XVIII, Ley Décimo Sexta y Libro V, Título XVI, Ley X, según Escalona Bosada. <sup>9</sup>

#### 4. EPOCA COLONIAL EN MEXICO.

Es hasta la consumación de la Conquista de México por los españoles, en el año de 1521, cuando se impone en definitiva el derecho español, ya que con anterioridad, con todo y que ya se había registrado la llegada de los españoles, seguía la administración de justicia con aplicación de las normas que regían a los indígenas de México, incluso cabe mencionar que no hubo una fusión de ambos derechos, según se desprende de la exposición que hace Silva Silva, al decir que "La llegada del conquistador a América provocó en los primeros momentos una dualidad de sistemas jurídicos bajo una misma corona: el sistema jurídico indígena y el español. El indígena, fundado en la legislación precolombina, continuó funcionando hasta que se consolidó la conquista y mientras no se opuso a los lineamientos básicos de la legislación española", del mismo autor obtenemos que entre las normas que se implantaron en

---

<sup>8</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, 6a. ed. Editorial Porrúa, México, 1993. P. 1990.

<sup>9</sup> Op. cit. Pp. 23 a 26.

México, vigentes en esa época en España, podemos mencionar las Siete Partidas, y la Novísima o Nueva Recopilación, no obstante se dieron una serie de disposiciones especiales para las colonias: el derecho indiano, entre las que se pueden mencionar el Consejo Real de Indias y las Leyes de Burgos (1512), que procuraron tutela al indígena, y dice que de la legislación indiana criolla, como la denomina Margadant, recordamos las disposiciones que dieron lugar a la Recopilación de Indias (1680) y a la Recopilación de Autos Acordados (1787) que fueron dictando las audiencias <sup>10</sup>

En lo que respecta a la libertad provisional, en esta etapa de nuestra historia encontramos que sí se instituyó dicho beneficio, según comentario al artículo 20 actual de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al señalarse que "Los juicios del orden criminal que se llevaban a cabo en el virreinato otorgaban a los acusados la libertad bajo fianza llamada "fianza carcelera". Sin embargo, sólo era dada a aquellos delincuentes que no ameritaran pena corporal. El fiador era llamado carcelero o "comentariense" porque tomaba a su cuidado y bajo su responsabilidad la custodia del reo. No obstante la existencia de esa garantía jurídica, en muchas ocasiones los presuntos implicados eran sometidos a abusos por parte de las autoridades, <sup>11</sup> de lo que puede decirse que era semejante a la libertad provisional que se preveía para los españoles, pero de irregular aplicación a los inculcados por los encargados de la observancia de las leyes.

---

<sup>10</sup> SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. 2a ed. Editorial Harla, México, 1995. P. 59.

<sup>11</sup> Nuestra Constitución, historia de la libertad y soberanía del pueblo mexicano. Cuaderno 9. Instituto Nacional de estudios históricos de la revolución mexicana, México, 1990. p. 122.

##### 5. MEXICO INDEPENDIENTE A LA FECHA.

En lo que respecta a la etapa que nos ocupa, debe decirse que tiene relación estrecha con el punto tres de este capítulo, es decir, con la legislación española, por lo que nos concretamos a expresar que comprende a partir del año 1821, fecha de consumación de la independencia de nuestro país, en que se pasaba por una grave situación por los estragos de la guerra, no obstante se dieron los pasos correspondientes tendientes a salir de la misma, sin lograrlo. No podían faltar, desde luego, la emisión de leyes que normaran entre otros aspectos los relativos a sanciones de índole penal, así como las normas procesales tendientes a ese fin.

Dentro de las leyes relativas a garantías constitucionales, después de iniciado el movimiento de independencia y consumada ésta, tenemos, como lo expresa Bazdresch, la proclama que en 1811 formuló Ignacio López Rayón, que contenía ya prevenciones para garantizar la libertad personal..."; los Sentimientos de la Nación de José María Morelos en 1813, garantizaban la igualdad ante la ley..."; el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, expedido en 1814 por el Congreso de Apatzingán, contenía en los capítulos IV y V de su título I una extensa y detallada lista de los derechos humanos que garantizaba."; refiriéndose al Acta Constitutiva de la Federación y la consiguiente Constitución, ambas de 1824, dice que contenían escasas prevenciones a las garantías individuales; las Bases Constitucionales de 1835, centralistas, omitieron prácticamente garantizar los derechos del hombre; la primera de las Siete Leyes Constitucionales de 1836, que instituyeron la República Centralista, sí garantizaba expresamente la libertad personal, la propiedad privada...", esta lista de garantías individuales fue repetida en el artículo 90 del Proyecto de Reformas, también centralista, de 1839, con los aditamentos relativos a los derechos del procesado y a la legalidad de las sentencias judiciales; en

términos similares fueron redactadas las Bases para la organización política de la República Mexicana, de 1843; el Acta de Reforma de 1847 consignaba solamente el derecho de petición, el de reunión para discutir los asuntos públicos y las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad; el Estatuto Orgánico Provisional de 1856 listó en sus artículos del 30 al 77 las garantías de igualdad..., de seguridad jurídica en lo referente a la libertad personal y a los derechos de los detenidos y de los procesados..."; así lo repitió el proyecto para la constitución de 1856; la Constitución de 1857 consignó los derechos del hombre en forma similar a la vigente de 1917...; el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865, expresó en sus artículos 58 a 77 un catálogo de garantías individuales que comprendía las básicas de igualdad, libertad..., requisitos para la aprehensión... y derechos del procesado.<sup>12</sup>

Respecto de la regulación de la libertad provisional, como lo indica Fix Zamudio, no se consignó expresamente dicho beneficio en el artículo 20 de la Constitución Federal de 1857, que consagró los derechos del acusado en el proceso. En seguida agrega: "Sin embargo, los Códigos de Procedimientos Penales expedidos durante la vigencia de la citada Constitución de 1857, regularon el otorgamiento de la libertad caucional respecto de los acusados por delitos que merecieran pena corporal, y en esta dirección podemos mencionar los aa. 260 y 440 respectivamente de los Códigos de Procedimientos Penales de 15 de septiembre de 1880 y 6 de julio de 1894; así como el 355 del Código Federal de Procedimientos Penales del 16 de diciembre de 1908; en la inteligencia de que el primero de los citados códigos distritales, así como el federal, señalaron como límite la pena de cinco años de prisión, en tanto que el distrital de 1894 elevó dicho límite a los siete años. Sin

---

<sup>12</sup> BAZDRESCH, Luis. Op. cit. Pp. 73 y 74.

embargo en la práctica se desvirtuó esta medida precautoria, en virtud de que, como lo afirmó la exposición de motivos del proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza al Constituyente de Querétaro, el primero de diciembre de 1916: "... tal facultad (de obtener el inculpaado la libertad bajo fianza) quedó siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces, quienes podían negar la gracia con sólo decir que tenían temor de que el acusado se fugase y se sustrajera a la acción de la justicia".<sup>13</sup>

No obstante la aseveración anterior, hecha en primer término, del contenido de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos sancionada y jurada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857, en el Título I, Sección I, denominada de los derechos del hombre, en el artículo 18 contempló la regulación de la libertad bajo de fianza conjuntamente con la prisión preventiva, al disponer que: "Solo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo de fianza...".<sup>14</sup>

Sostiene nuestro autor, y efectivamente se corrobora, que la libertad bajo caución se previó en el artículo 20 fracción I de la Constitución de 5 de febrero de 1917, y hasta la fecha, no obstante sus diversas reformas, se encuentra consagrada en el mismo precepto, en primer término, como una de las primordiales garantías de todo detenido; habiéndose plasmado en dicho dispositivo, el criterio objetivo derivado de los códigos de procedimientos penales anteriores, pero suprimiendo cualquier posibilidad de arbitrio judicial.

Significa lo último, que el juzgador no puede argüir,

---

<sup>13</sup> Loc. cit.

<sup>14</sup> IGNACIO MORALES, José. Las constituciones de México. Editorial Puebla, México, 1957. P. 190.

infundadamente, motivos que le hagan presumir que se evadirá de la acción de la justicia el inculpado, por lo tanto, negar el beneficio, toda vez que el mismo, consagrado constitucionalmente, puede obtenerlo el inculpado sin más limitación que el que la propia norma constitucional establece, dada su jerarquía o supremacía, no obstante la creación de normas secundarias que sean contrarias a aquella, ya que éstas no pueden estar por encima de la primera, según se desprende del artículo 133 de nuestra Carta Magna.

Pasaremos ahora a exponer los diversos textos que ha tenido el artículo 20 fracción I de la Constitución Federal, desde 1917 hasta la fecha, con motivo de sus reformas.

Inicialmente disponía:

"Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad, bajo la 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."

Con motivo de la reforma que sufriera el artículo en comento en el año de 1947, quedó en los siguientes términos:

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

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

fianza o caución será mayor de 250 mil 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 al beneficio obtenido o al daño ocasionado".

Una segunda reforma al artículo 20 Constitucional, tuvo verificativo en el año de 1984, para quedar en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

Una tercera reforma sufrió el precepto en comento, y no solo en lo que a la libertad provisional se refiere, sino que abarcó otras garantías del inculpado; en lo que respecta a la primera, que es el objeto de nuestro estudio, tuvo lugar en septiembre de 1993, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día tres del mes y año en cita, con fe de erratas publicada el día seis del mismo mes y año, para quedar como sigue:

"En todo proceso de orden penal, tendrá el acusado las siguientes garantías:

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

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

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

Una última reforma al artículo 20 fracción I de la Constitución Federal tuvo lugar en el año de 1996, publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 3 de julio, cuyo texto es el siguiente:

"En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

"I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando 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 autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la probabilidad 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;"

#### **TÉRMINO MEDIO ARITMÉTICO Y DELITO GRAVE.**

Como puede advertirse, de los diferentes textos que ha contenido el artículo 20 de la Constitución Federal en su fracción I, los condicionantes que se exigían y se exigen para la concesión de la libertad provisional bajo caución, giran en torno a la pena prevista por la ley penal y la gravedad del delito.

Del texto original de la Constitución de 1917, ninguno de

los últimos requisitos se exigía; en su lugar, se establecía que el delito no se sancionara con pena mayor de cinco años, por lo que los jueces, para la concesión de tal beneficio, únicamente acudían a la ley penal, verificaban la pena privativa de libertad máxima que se preveía por la comisión del delito que se atribuía al inculpado, y si la misma rebasaba los cinco años de prisión, era motivo para negar al inculpado que obtuviera provisionalmente su libertad bajo fianza, ahora caucional.

El Término Medio Aritmético, se traduce en el resultado de la suma del mínimo y máximo de la pena privativa de la libertad prevista por el delito de que se trate, dividido entre dos; dicho resultado debía ser siempre menor de cinco años de la pena de prisión, cinco años como límite. A dicha operación se tenía que acudir en tratándose de delitos que se sancionan con pena privativa de libertad, de carácter doloso; en lo que respecta a los delitos de carácter culposo, cabe decir que la mayoría de los mismos, dados el mínimo y máximo de la pena de prisión previstos, permitían que el inculpado pudiera gozar de su libertad provisional bajo caución, según se desprende de la primera parte del artículo 60 del Código Penal Federal y 62 del Código Penal del Estado de México, siendo la excepción los delitos culposos cometidos en la conducción de vehículo de motor de transporte público local, de personal o escolar y se causare el homicidio de dos o más personas, en que el término medio aritmético excede de cinco años de prisión, como se contempla en la segunda parte del artículo 60 del Código Penal Federal y 63 del Estado de México respectivamente.

En tratándose de sentencias, antes de la reforma y después de esta, la exigencia a seguir en el Estado de México, en términos del artículo 341 del Código de Procedimientos Penales, es que no se trate de una sanción impuesta que rebase el término de cinco años de prisión.

En lo que respecta a Delito Grave, es la innovación

introducida con motivo de la reforma constitucional de 1993, que como fundamento ahora se contempla en el artículo 20 fracción I de la Constitución Federal para la concesión de la libertad caucional, sustituyendo al término medio aritmético, al disponer en lo conducente "... y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.", que por cierto, también fue cambiada su redacción pero no su esencia, esto es, que no deja de contemplar el delito grave, como limitante para la concesión de la libertad provisional, a raíz de la última reforma de 1996, como puede apreciarse de su nuevo texto, anteriormente transcrito.

Cabe citar que por ser la Constitución la norma suprema, rectora de las leyes secundarias, es obvio que no iba a contemplar la serie de delitos que debían ser considerados como graves, por lo que impuso la obligación a los legisladores de los Estados de la Federación y del Distrito Federal, de regular el correspondiente catálogo de delitos calificados de graves, para lo cual, según artículo 2° transitorio del Decreto que reformó el artículo 20 de la Constitución y otros en el año de 1993, se les dio margen de un año a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, para que estuvieran en posibilidad de cumplir esta función legislativa, adecuando por lo tanto la ley secundaria a la Suprema, disponiendo además que tal disposición, es decir, la fracción I, con excepción de los párrafos segundo y tercero entrarían en vigor al año siguiente de su publicación, por lo que en cumplimiento de esta obligación, la H. Legislatura de nuestra Entidad, por Decreto número 26 de 3 de marzo de 1994, publicado en la Gaceta del Gobierno de 7 de marzo de 1994, adicionó el artículo 8 bis del Código Penal, en el que se hace una enumeración de los delitos graves, mismo que a la letra dice: 8 Bis.- Se califican como graves para todos los efectos legales: el cometido por conductores de vehículos de motor, indicado en el artículo 63; el de rebelión, previsto en los artículos 109 último párrafo,

110 primer y tercer párrafos y 112; el de sedición, señalado en el artículo 115 segundo párrafo; el de abuso de autoridad, contenido en el artículo 140 fracción II; el de peculado, señalado en el artículo 143 fracción II; el de evasión a que se refiere el artículo 161; los cometidos por fraccionadores, señalados en el artículo 193; el de ataques a las vías de comunicación y transporte, contenido en el artículo 199; el de corrupción de menores, señalado en los artículos 210 tercer párrafo y 214; el de lenocinio y trata de personas, previstos en los artículos 215 y 217; el de lesiones que señala el artículo 238 fracción III; el de homicidio, contenido en los artículos 246 y 247; el de parricidio a que se refiere el artículo 255; el de secuestro, señalado por el artículo 268 primer párrafo y fracciones IV y V; el de robo de infante previsto en el artículo 269; el asalto a una población a que se refiere el artículo 273 último párrafo; el de violación, señalado por los artículos 279 y 281; el de robo, contenido en los artículos 298 fracción V, 300 y 301; el de abigeato, señalado en el artículo 310 primer párrafo; el de despojo a que se refiere el artículo 320 último párrafo; y el de daño en los bienes, señalado por el artículo 322; y, en su caso, su comisión en grado de tentativa como lo establece este código y los previstos en las leyes especiales cuando la pena máxima exceda de diez años de prisión.

En reunión de autoridades judiciales federales, en fecha uno de octubre de 1993, con la finalidad de realizar una adecuada aplicación de las reformas procesales y constitucionales de ese año, interpretaron o entendieron a los delitos graves, siguiendo la exposición de motivos, como aquellos que alteren seriamente la tranquilidad y paz públicas.

**CAPÍTULO SEGUNDO.**

**MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD PROVISIONAL Y  
EL PROCEDIMIENTO PENAL.**

1. Artículo 14 Constitucional.
2. Artículo 16 Constitucional.
3. Artículo 18 Constitucional.
4. Artículo 19 Constitucional.
5. Artículo 20 Constitucional y afines.

## MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD PROVISIONAL Y EL PROCEDIMIENTO PENAL.

### ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL.

Por ser objeto de estudio en este trabajo la libertad provisional, como figura procesal y como garantía constitucional, en primer término trataremos de exponer los conceptos de libertad, tanto en sus acepciones general como social; así como sus limitaciones o restricciones.

Asumiendo la idea que el maestro Ignacio Burgoa tiene sobre las nociones referidas, tenemos que la primera, es decir, la libertad general "es la cualidad inseparable de la persona humana consistente en la potestad que tiene de concebir los fines y de escogitar los medios respectivos que más le acomoden para el logro de su felicidad particular", en tanto que la segunda, o sea, la libertad social, se traduce en la "potestad del sujeto para realizar sus fines vitales mediante el juego de los medios idóneos por él seleccionados, y la cual determina su actuación objetiva, no es absoluta, esto es, no está exenta de restricciones o limitaciones. Éstas tienen su razón de ser en la vida social misma. En efecto, la convivencia humana sería un caos si no existiera un principio de orden. Si a cada miembro de la sociedad le fuera dable actuar en forma ilimitada, la vida social se destruiría a virtud de la constante violencia que surgiría entre dos o más sujetos.", y agrega que "El principio de orden, sobre el que se basa toda sociedad, toda convivencia humana, implica necesariamente limitaciones a la actividad objetiva del sujeto; por ende, éste estará impedido para desarrollar cualquier acto que engendre conflictos dentro de la vida social. Las limitaciones o restricciones impuestas por el orden y armonía sociales a la actividad de cada quien, se establecen por el derecho, el cual, por esta causa, se convierte en la condición sine qua non, de toda sociedad

humana", citando como precedente respecto de las causas de la limitación o restricción de la libertad, que en los regímenes individualistas que se crearon a raíz de la Revolución Francesa, la libertad humana no podía ejercerse sino cuando su desempeño no perjudicaba o dañaba a otra persona y como fundamento legal el artículo IV de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que disponía: "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro. De aquí que el ejercicio de los derechos naturales no tenga más limitaciones que las que aseguren a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos: estos límites no pueden determinarse más que por la ley.", por último, "El Estado, como persona política y social, podía ser también vulnerado por un desenfrenado ejercicio de la libertad. Fue así como, al lado del factor limitativo ya mencionado, se declaró que la libertad del individuo debería restringirse en aquellos casos en que su ejercicio significara un ataque o vulneración al interés estatal o interés social. Junto a la limitación de la libertad en aras del interés particular, se consagró la restricción a la misma en beneficio del Estado o de la sociedad." <sup>1</sup>

De esta exposición se obtiene, en cuanto a la limitación de la libertad, que se ve de manifiesto en el derecho con la creación de la ley penal, al prever la prisión como sanción por violación a una norma de carácter prohibitivo o imperativo, traducido en un acto privativo decretado por uno de los órganos de poder del Estado, quien para los fines de lograr una convivencia social entre sus gobernados, crea esas normas con la amenaza de sanción cuando se actualicen los supuestos normativos, asumiendo así el denominado *ius puniendi*, al violentarse bienes jurídicos colectivos e individuales, entre

---

<sup>1</sup> BURGOA, Ignacio. Las garantías individuales. 21a. ed. Editorial Porrúa, México, 1958. Pp. 304, 305, 306.

otros la vida, la seguridad pública, la libertad, el patrimonio.

En nuestro país, todos aquellos actos de autoridad que restringen o pretenden restringir la libertad personal del ciudadano común en general, y aun tratándose de sujetos con calidad especial, tienen desde luego un fundamento legal, dada nuestra forma de gobierno, considerado como un estado de derecho, por el cual existe sometimiento al derecho tanto por gobernantes como por gobernados, regulando los actos o actividades que han de observar los órganos del poder público con sus respectivas limitantes.

Tienen como presupuesto, a su vez, la transgresión a una norma de carácter prohibitivo o impositivo, en relación a conductas y deberes, respectivamente, constitutivas de un delito, así determinado por una ley penal, de acuerdo al principio de exacta aplicación de la ley penal o, en su caso, una infracción a los bandos de policía y buen gobierno, constitutiva de un quebrantamiento a una regulación de carácter administrativo. Estas disposiciones, a su vez, tienen un fundamento legal de mayor jerarquía, como lo es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la que se encuentra conformada de dos partes esenciales:

a) Parte Dogmática; que consagra garantías individuales de las que gozan todas las personas mexicanas por nacimiento o naturalización o extranjeros por el simple hecho de tener estancia en nuestro territorio, aun cuando esta sólo sea transitoria; y

b) Parte Orgánica; que contiene las normas relativas a la organización del poder público, al señalamiento de competencias, el procedimiento para la integración de sus órganos, imponiendo límites al actuar de dichos órganos frente a los derechos del gobernado.

No debemos dejar de citar, como parte de la Ley Suprema de la Unión, a las leyes emanadas del Congreso de la Unión, y a

los tratados internacionales, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, que estén de acuerdo con la Constitución, entendidos como los acuerdos de voluntades de dos o más Estados de la Comunidad Internacional, llamados también convenciones, cartas, declaraciones, etc., a los que con posterioridad nos referiremos, por existir algunos que contienen disposiciones que se encuentran vinculados con el trabajo objeto de nuestro estudio, tal es el caso, entre otros, de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, Convención Americana de Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica.

Serán objeto de nuestro estudio en el presente capítulo, algunos de los preceptos de la parte dogmática en que se encuentran previstos algunos de los sustentos del procedimiento penal, de la pena y de la libertad provisional bajo caución, parte que se encuentra conformada por veintinueve artículos, de los cuales veintiocho consagran algunas de las garantías individuales del gobernado, y el último, regulador de la suspensión de tales garantías.

Cabe señalar, que estas garantías son denominadas por diversos estudiosos tanto del derecho constitucional como procesal, como derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos, derechos humanos, etc., sin embargo, siguiendo la denominación que hace el Constituyente de 1917, plasmado en la propia Constitución de él emanada y que actualmente nos rige, precisamente en el Título Primero, Capítulo Primero, que dice: De las Garantías Individuales, al disponer en el artículo primero que "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las **garantías** que otorga esta constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.", es como en este trabajo nos referiremos a los derechos antes mencionados, como garantías individuales o constitucionales.

En mérito de lo anterior, conviene tener un concepto de lo que es garantía individual, por lo que procederemos a enunciar algunas acepciones.

Así, tenemos que Guillermo Cabanelas de Torres, de la voz garantías constitucionales o individuales, dice que es el "conjunto de declaraciones, medios o recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen."; <sup>2</sup> por su parte, José Luis Soberones Fernández, acerca de las garantías constitucionales nos dice que son "en un estricto sentido técnico-jurídico, conjunto de instrumentos procesales, establecidos por la norma fundamental, con objeto de restablecer el orden constitucional cuando el mismo sea transgredido por un órgano de autoridad política", y siguiendo a Fix Zamudio, cita algunos significados, tales como: "aquellos derechos que sin ser estrictamente constitucionales, por no referirse a la estructura fundamental del Estado ni a los derechos humanos, el constituyente ha considerado incluir en la ley suprema para darles mayor solidez, para garantizarlos mejor; se ha identificado el término garantía constitucional con el concepto de la defensa de la constitución"; <sup>3</sup> conceptos que nos llevan a pensar, que aun cuando tiene referencia tanto a un reconocimiento de derechos fundamentales de los gobernados, como a los mecanismos, medios o recursos con que aquellos cuentan para la salvaguarda de sus derechos, y, en su caso, restitución en el goce de los derechos violados por actos del Estado a través de sus órganos o autoridades, tomando en consideración la sinonimia que se da del vocablo garantía, pues

---

<sup>2</sup> CABANELAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta, Argentina, 1988. Pp. 139 y 140.

<sup>3</sup> Diccionario Jurídico Mexicano. 6a. ed. Editorial Porrúa, México, 1993. Pp. 1512 y 1513.

se entiende como la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar, y en sentido lato equivale a "aseguramiento o afianzamiento, pudiendo denotar también protección, respaldo, defensa, salvaguarda o apoyo".<sup>4</sup>

Respecto de las garantías constitucionales que constituyen el soporte de nuestro procedimiento penal, encontramos las relativas a la seguridad jurídica, previstas por una parte en el artículo 14, de las que Ovalle Favela afirma: "El artículo 14 constitucional es uno de los pilares sobre los que descansa el ordenamiento jurídico mexicano. No es una casualidad que este precepto sea, junto con el artículo 16 constitucional, el más invocado en las demandas de amparo. En él se contienen cuatro de las más importantes garantías de seguridad jurídica: 1).- La de irretroactividad de la ley; 2).- La de audiencia; 3).- La de legalidad en materia penal; y 4).- La de legalidad en el campo civil. Son cuatro garantías indispensables para dar firmeza y eficacia a los demás derechos fundamentales de la persona establecidos en la Constitución Política, y en los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por los órganos competentes del Estado mexicano."<sup>5</sup>

Desde la perspectiva trazada para nuestro análisis, resalta la importancia de la tres garantías mencionadas en primer término. El artículo en comento dispone:

"Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna."

"Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."

---

<sup>4</sup> BURGOA, Ignacio. Op. cit. P. 161.

<sup>5</sup> OVALLE FAVELA, José. Garantías Constitucionales del Proceso. Editorial Mc. Graw Hill, México, 1996. P. 47.

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

"En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."

En cuanto al primero de los párrafos se infiere que las normas o leyes, una vez promulgadas a través del proceso de su creación conforme a los numerales correspondientes, también de la Constitución, tienen efectos a futuro y no pueden aplicarse retroactivamente, esto es, a hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley; prohibición que no sólo se impone a la autoridad jurisdiccional, órgano de poder encargado de la aplicación de la ley al caso concreto en materia penal, como lo dispone el artículo 21 de la Constitución; sino también al legislador, como lo indica el citado autor, al señalar que la prohibición de dar efectos retroactivos a las leyes se dirige tanto al legislador cuanto a los diversos órganos encargados de llevar a cabo su aplicación o ejecución, y se traduce en el principio de que las leyes sólo deben ser aplicadas a los hechos ocurridos durante su vigencia. Su aplicación a hechos acontecidos con anterioridad a su vigencia, sería retroactiva; a hechos posteriores, sería ultractiva.<sup>6</sup>

Desde el punto de vista expuesto se reflexiona que si el juzgador es el encargado de aplicar las leyes que emite el legislador, de acuerdo a la disposición constitucional expresa, queda impedido para dar efectos retroactivos a ley alguna en perjuicio del inculpado, como tampoco pueden hacerlo los órganos dependientes del poder ejecutivo encargados de la ejecución de penas, como es de advertirse de algunas

---

<sup>6</sup> Ibidem, P. 54.

disposiciones tanto del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal, como del vigente en el Estado de México; pero la retroactividad de las leyes in bonam parte sí está permitida, como se advierte del contenido del artículo 56 del primero de los ordenamientos sustantivos mencionados, al preceptuar que "Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida, entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo más favorable al inculpado o sentenciado y la autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción, aplicará de oficio la ley más beneficiosa. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético, conforme a la nueva norma".; mientras que en el segundo ordenamiento, el artículo 2 previene que, "Si después de cometido el delito, y antes de que cause ejecutoria la sentencia que deba pronunciarse, se promulgan una o más leyes que disminuyan la pena o la sustituyan por otra que sea menos grave, se aplicará la nueva ley. Si pronunciada la sentencia ejecutoria se dictare una ley que, dejando subsistente la pena señalada para el delito, disminuya su duración, se reducirá la pena impuesta en la misma proporción en que esté al máximo de la señalada en la ley anterior y el de la señalada en la posterior. En caso de que cambiare la naturaleza de la pena, si el inculpado lo solicita se substituirá la señalada en la ley anterior por la señalada en la posterior. Sin embargo, la ley abrogada deberá continuar aplicándose por los hechos ejecutados durante su vigencia a menos que los inculcados manifiesten su voluntad de acogerse al ordenamiento que estimen más favorable. Si una nueva ley deja de considerar una conducta como delito, se sobreseerán los

efectos de la sentencias, en sus respectivos casos".

Es importante precisar que, si bien el precepto constitucional en comento prohíbe la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio del gobernado a los órganos antes indicados, se da un caso de excepción del poder legislativo constituyente originario y al poder constituyente permanente, como así lo sostiene Mancilla Ovando, respaldado en tesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la que se destaca que en lo que respecta a las leyes expedidas por el legislador común no se les podrá dar efecto retroactivo, y en lo que respecta a las que expide el constituyente deberán aplicarse retroactivamente, a pesar del artículo 14 constitucional, sin que importe violación de garantía alguna, por altas razones políticas, sociales o de interés general, es que establece casos de excepción al citado principio, y precisa que el principio de irretroactividad de la ley está dirigido al legislador ordinario y a los tribunales que aplican la norma jurídica; para el primer poder público es una limitación a su actividad, para el segundo es una prohibición que restringe su arbitrio judicial.<sup>7</sup>

En cuanto al ámbito procesal penal, se ha estimado, y se acepta como válido, que la nueva ley procesal no es retroactiva, en razón de que el procedimiento está constituido por actos sucesivos, es decir, por no ser actos que se desarrollen en un solo momento, se van rigiendo por las disposiciones vigentes en la época en que tienen verificativo, según criterios sustentados en jurisprudencia, y como así tomaron posición diversas autoridades judiciales federales en octubre uno de 1993, precisamente con motivo de las reformas que a nivel constitucional se publicaron en el Diario oficial de la Federación el 3 de septiembre del mismo año mencionado,

---

<sup>7</sup> MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal, 6a. ed. Editorial Porrúa, México, 1995. P. 45,

con la finalidad de dar una correcta aplicación e interpretación a dichas innovaciones, precisando en la parte conducente del punto número veinticinco del documento que se suscribió, que las reformas en materia penal no tienen aplicación retroactiva, que los órganos del Estado obligados a la aplicación y observancia de tales preceptos, lo están a partir de esa fecha y no con relación a determinaciones tomadas con anterioridad y que son materia del proceso, medio de impugnación o juicio de amparo, en especial, en lo que respecta a la materia procesal penal, que las normas constitucionales que regulan aspectos procesales no tienen efectos retroactivos, pues deben ser observados a partir de que entró en vigor la ley, máxime que las determinaciones de los órganos del Estado se rigen por las leyes aplicables al momento en que toman sus decisiones, por lo cual, no puede exigírseles que cumplan con requisitos y obligaciones que la ley a posteriori ha establecido.

Por lo tanto, se concluye que en materia penal, constitucionalmente se encuentra prohibida la aplicación retroactiva de la ley sustantiva en perjuicio del gobernado, no así en su beneficio; mientras que la nueva ley procesal es irretroactiva.

Respecto de la segunda de las garantías que previene el precepto constitucional en estudio, es claro advertirse que regula o rige los actos privativos realizados por cualquier órgano de poder encargados de la aplicación de la ley, tanto formal como materialmente.

Dichos actos privativos, implican una definitividad en la resolución que haya emitido la autoridad, es decir, que no admitan recurso alguno, cuando los medios de impugnación ordinarios han sido agotados en su totalidad, por lo tanto se traduce en una pena, en la consecuencia de derecho prevista por el supuesto normativo, cuando la hipótesis se ha actualizado.

Para tener idea de un concepto de privación o acto

privativo, podemos citar el que nos proporciona el jurista Burgoa, al definirlo como: "la consecuencia o el resultado de un acto de autoridad y se traduce o puede consistir en una merma o menoscabo (disminución) de la esfera jurídica del gobernado, determinados por el egreso de algún bien, material o inmaterial (derecho), constitutivo de la misma (desposesión o despojo), así como en la impediación para ejercer un derecho.<sup>8</sup>

Del anterior concepto, relacionándolo con el proceso penal, es como podemos precisar que se actualiza cuando aquél culmina con la decisión del órgano jurisdiccional, emitiendo una sentencia condenatoria ejecutoria en contra de determinada persona, que puede consistir en la declaratoria definitiva de la pérdida transitoria de la libertad personal, al imponerle sufrir una pena privativa de su libertad, una pecuniaria y la impediación por cierto tiempo del derecho para ejercer algún oficio, arte o profesión, o el empleo de un puesto público que constituyen el fin último o definitivo.

Son varios los derechos fundamentales de todo ser humano los que se protegen bajo esta garantía, denominada de seguridad jurídica, y se encuentran enlistados en orden a su mayor valía, por lo tanto, es de destacarse que la vida es considerada como el máximo valor inherente a todo ser humano, quedando en segundo término la libertad de las personas, la cual se encuentra por encima del patrimonio, que comprende la propiedad, posesiones y los derechos en general, diferentes de los primeramente enunciados.

Aunque la muerte no se encuentra contemplada entre la serie de penas y medidas de seguridad previstas por las legislaciones penales de nuestro país, al menos en el Distrito Federal y en Estado de México, se puede pensar que los jueces en materia penal no la pueden aplicar, sin embargo, esta

---

<sup>8</sup> BURGOA, Ignacio. Op. cit. P. 532.

suposición sería infundada, dado que constitucionalmente sí se previene para sujetos con calidad especial, como puede apreciarse del contenido del tercer párrafo del artículo 22 Constitucional, por lo tanto, sí es susceptible de aplicarse esa pena por las autoridades judiciales, máxime que el 31 del año de 1944 se publicó en el Diario Oficial de la Federación un decreto que establece los casos en que se aplicará la Pena de Muerte a los Salteadores de caminos o en despoblado -y que al parecer no se ha abrogado-.<sup>9</sup>

Con independencia de lo anterior, para el caso de los actos privativos de la vida, de la libertad y demás derechos enumerados, por los órganos de poder, se habla de que dichos actos, además de reunir las características de unilaterales, imperativos y coercibles, requieren de una condición esencial y de particular importancia, esto es, que debe mediar previamente un juicio.

La palabra Juicio, tiene diversas connotaciones; etimológicamente, se deriva del latín *judicium* que, a su vez, viene del verbo *judicare*, compuesto de *ius*. derecho y *dicere*. dare que significa dar, declarar o aplicar el derecho en concreto;<sup>10</sup> Cabanelas de Torres, entre otras acepciones, expone que es "capacidad o facultad del alma humana que aprecia el bien y el mal y distingue entre la verdad y lo falso. // Conocimiento, tramitación y fallo de una causa por un juez o tribunal."<sup>11</sup>

Del primer significado, se advierte que tiene alusión solamente al acto por el cual el juez emite sentencia, resolviendo el fondo del asunto planteado, aplicando la ley al

---

<sup>9</sup> SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho procesal penal. 2a. ed. Editorial Harla, México, 1995. P. 114.

<sup>10</sup> PALLARES, Eduardo. Diccionario de derecho procesal civil. 20a. ed. Editorial Porrúa, México, 1988. P. 464.

<sup>11</sup> CABANELAS DE TORRES. Op. cit. P. 171.

caso concreto; siendo el segundo un concepto más amplio, puesto que implica el inicio y fin de un procedimiento, y resulta ser acorde con el precepto constitucional que nos ocupa, atento al texto siguiente de las palabras juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, al decir "en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento...", vocablo éste último que al parecer es sinónimo de juicio, ya que ha sido entendido como el conjunto de actos procesales, ordenados, que las partes realizan tendientes a un fin, que es precisamente el que el juez declare el derecho a un caso en concreto, insistiendo en que no se limita precisamente a esta finalidad, ya que debe incluirse también en su caso la ejecución de lo resuelto, como puede obtenerse de la ejecutoria sustentada por la Suprema Corte de Justicia, que ha entendido por juicio, para los fines del amparo, "el procedimiento contencioso desde que se inicia en cualquier forma, hasta que queda ejecutada la sentencia definitiva", citada por Ovalle Favela.<sup>12</sup>

Aun cuando hemos denotado en el anterior concepto la decisión de un juez, dependiente del poder judicial, lo que implica un proceso eminentemente judicial, relativo a la jurisdicción formalmente hablando, debe decirse que el precepto constitucional no solo comprende esa especie de proceso, sino también al administrativo, relativo a la función jurisdiccional materialmente hablando, ejercida por los órganos del poder ejecutivo, de los que más adelante precisaremos.

Otra garantía inmersa en la principal que nos ocupa, que debe observar la autoridad a los efectos del proceso penal, es la de "cumplir las formalidades esenciales del procedimiento" definidas también por Ovalle Favela como "las condiciones fundamentales que deben satisfacer el proceso jurisdiccional y el procedimiento administrativo para otorgar al posible

---

<sup>12</sup> Op. cit. P. 64.

afectado por el acto privativo una razonable oportunidad de defensa; es decir, para cumplir la garantía de audiencia."<sup>13</sup>

Por su parte, el maestro Burgoa, al referirse a estas formalidades, las concretiza en dos formalidades de naturaleza procesal, traducidas en dos oportunidades, la de defensa y la probatoria; de la primera, dice que "se traduce en las distintas formas procesales, tales como las notificaciones, el emplazamiento, el término para contestar o para oponerse a las pretensiones de privación o al pretendido acto privativo, etc...", mientras que de la oportunidad probatoria, dice que "ésta también se manifiesta, en la normación adjetiva o procesal, en diferentes elementos del procedimiento, tales como la audiencia o la dilación probatorias, así como en todas las reglas que conciernen al ofrecimiento, rendición o desahogo y valoración de probanzas."<sup>14</sup>

Como puede advertirse, ambos autores denotan formalidades observadas en procedimientos diversos al penal, del que por nuestra parte cabe apuntar que tienen actualidad objetiva desde el momento en que el inculcado, ya sea ante la autoridad investigadora en averiguación previa o ante la autoridad judicial, en el proceso, es enterado del motivo de su aseguramiento o detención, de los nombres de la persona o personas que deponen en su contra, del hecho o hechos que se le atribuyen para que puede responder sobre los mismos y preparar su defensa, ofreciendo los medios de prueba que estime necesarios para su desahogo dentro de los términos constitucional y procesal correspondientes, etc.

De lo expuesto, se entiende que en el procedimiento deberán observarse por la autoridad, estrictamente y sin excusa ni pretexto, la serie de actos de que se compone el mismo, que se advierte son las que se encuentran reconocidas, desde luego,

---

<sup>13</sup> Ibid. P. 69.

<sup>14</sup> BURGOA, Ignacio. Op. cit. P. 551.

en materia penal, en el artículo 160 de la Ley de Amparo, que por su importancia no debemos dejar de exponer su contenido. Dispone dicho precepto:

"Artículo 160. En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:

I. Cuando no se le haga saber el motivo del procedimiento o la causa de la acusación y el nombre de su acusador si lo hubiere.

II. Cuando no se le permita nombrar defensor, en la forma que determine la Ley; cuando no se le facilite, en su caso, la lista de los defensores de oficio, o no se le haga saber el nombre del adscrito al Juzgado o Tribunal que conozca de la causa, si no tuviere quién lo defienda; cuando no se le facilite la manera de hacer saber su nombramiento al defensor designado; cuando se le impida comunicarse con él o que dicho defensor lo asista en alguna diligencia del proceso, o cuando, habiéndose negado a nombrar defensor, sin manifestar expresamente que se defenderá por sí mismo, no se le nombre de oficio;

III. Cuando no se le caree con los testigos que hayan depuesto en su contra, si rindieran su declaración en el mismo lugar del juicio, y estando también el quejoso en él;

IV. Cuando el juez no actúe con secretario o con testigos de asistencia, o cuando se practiquen diligencias en forma distinta de la prevenida en la Ley;

V. Cuando no se le cite para las diligencias que tenga derecho a presenciar o cuando sea citado en forma ilegal, siempre que por ello no comparezca; cuando no se le admita en el acto de la diligencia, o cuando se le coarten en ella los derechos que la ley le otorga;

VI. Cuando no se le reciban las pruebas que ofrezca legalmente, o cuando no se reciban con arreglo a derecho;

VII. Cuando se le desechen los recursos que tuviere

conforme a la Ley, respecto de providencias que afecten partes substanciales del procedimiento y produzcan indefensión, de acuerdo con las demás fracciones de este mismo artículo;

VIII. Cuando no se le suministren los datos que necesite para su defensa;

IX. Cuando no se celebre la audiencia pública a que se refiere el artículo 20, fracción VI, de la Constitución Federal, en que deba ser oído en defensa, para que se le juzgue;

X. Cuando se celebre la audiencia de derecho sin la asistencia del Agente del Ministerio Público a quien corresponda formular la requisitoria; sin la del juez que deba fallar, o la del Secretario o testigos de asistencia que deban autorizar el acto;

XI. Cuando debiendo ser juzgado por un Jurado, se le juzgue por otro Tribunal;

XII. Por no integrarse el Jurado con el número de personas que determine la Ley, o por negársele el ejercicio de los derechos que la misma le concede para la integración de aquél;

XIII. Cuando se sometan a la decisión del Jurado cuestiones de distinta índole de la que señale la Ley;

XIV. Cuando la sentencia se funde en la confesión del reo, si estuvo incomunicado antes de otorgarla, o si obtuvo su declaración por medio de amenazas o de cualquiera otra coacción;

XV. Cuando la sentencia se funde en alguna diligencia cuya nulidad establezca la Ley expresamente;

XVI. Cuando seguido el proceso por el delito determinado en auto de formal prisión, el quejoso fuere sentenciado por diverso delito.

No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso, ni cuando se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre

que, en este último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias cambiando la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal;

XVII. En los demás casos análogos a los de las fracciones anteriores a juicio de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito, según corresponda."

Algunos autores afirman que en el artículo 14 constitucional, se ubica a la que han dado en llamar la Garantía de Audiencia, según influencia del derecho español, o debido proceso, así denominado en el derecho anglosajón.

De entre los primeros cabe citar a Ovalle Favela, quien identifica al juicio como la garantía de audiencia, al decir "se denomina garantía de audiencia al derecho que el artículo 14 constitucional otorga a toda persona para que, previamente a cualquier acto de autoridad que pueda llegar a privarla de sus derechos o posesiones, se le dé una oportunidad razonable de defenderse en juicio, de probar y de alegar ante tribunales independientes, imparciales y establecidos con anterioridad a la ley." y agrega "la expresión garantía de audiencia tiene un significado muy preciso dentro de la doctrina y la jurisprudencia mexicanas y es la que mejor refleja el contenido de esta garantía."<sup>15</sup>

Por su parte, el maestro Burgoa, del concepto de juicio dice que "se manifiesta o traduce en un procedimiento en el que se realice una función jurisdiccional tendiente, como el término lo indica, a la dicción del derecho en un positivo y real conflicto jurídico (resolución jurisdiccional, fallo o sentencia), o en el que se otorgue o haya otorgado ocasión para que tal conflicto surja o hubiere surgido."<sup>16</sup> En seguida, hace

---

<sup>15</sup> OVALLE FAVELA. Op. cit. P. 58.

<sup>16</sup> BURGOA, Ignacio. Op. cit. P. 543.

referencia a que dicho pronunciamiento puede substanciarse ante autoridades materialmente jurisdiccionales, o materialmente administrativas, o formal y materialmente judiciales, precisando que por **autoridad jurisdiccional material** se entiende aquella cuyas funciones primordiales y normales propendan a la dicción del derecho mediante la solución de los conflictos respectivos de acuerdo con la competencia legal que tenga, y como ejemplo cita a las Juntas de Conciliación y Arbitraje, aunque sean formalmente administrativas; de la **autoridad administrativa material** dice que sólo por modo excepcional desempeña funciones jurisdiccionales, ya que su actividad general y principal gira en torno a la realización de actos substancialmente administrativos, y como ejemplo cita a las autoridades fiscales, cuya primordial función consiste en desempeñar actos materialmente administrativos, como son la calificación y cobro de los tributos, que sin embargo, tienen atribuciones para resolver las controversias o conflictos que se susciten con el causante, al deducir éste su oposición, antes de promover el juicio respectivo propiamente ante el Tribunal Fiscal de la Federación; por último, una **autoridad es formal y materialmente jurisdiccional**, cuando su actuación principal estribe en decir el derecho en los términos ya expuestos y pertenezca al Poder Judicial local o federal.<sup>17</sup>

En el párrafo constitucional en comento, también se advierte una de las formas en que se hace latente el principio de la irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, según se desprende del comentario que hace el maestro Fix Zamudio, al exponer que "En cuanto a los elementos del derecho constitucional de audiencia, comprende los de juicio, tribunales previamente establecidos, y las formalidades esenciales del procedimiento, puesto que la disposición que

---

<sup>17</sup> Ibid. P. 544.

exige que todos estos factores sean regulados de acuerdo con las leyes expedidas con anterioridad al hecho, quedan comprendidos en la prohibición de retroactividad, del cual no es sino un aspecto."<sup>18</sup>

Existen excepciones a la garantía de audiencia, es decir, que hay supuestos en los que no requiere que el afectado sea oído previamente al acto privativo de los derechos previstos por el precepto constitucional que nos ocupa, como lo asevera el maestro Fix Zamudio, al decir que "... existen dos materias en las cuales no se exige la audiencia previa: por una parte la expropiación por causa de utilidad pública, de acuerdo con el artículo 27 constitucional, y en segundo término, en la fijación de las tasas impositivas, así como el ejercicio de la facultad económico coactiva, pues en estas materias se puede acudir posteriormente a la impugnación administrativa y judicial, incluyendo el juicio de amparo."<sup>19</sup>

En lo que respecta a la libertad provisional bajo caución, cabe hacer la observación que por negativa de la autoridad correspondiente para otorgarla al gobernado, no cabría su reclamo invocando violación a la garantía de audiencia prevista por el precepto constitucional, dado que no se trata de una afectación que lleve implícita la definitividad que requiere la privación del acto de autoridad.

En tercer término, el precepto constitucional en estudio regula la garantía de legalidad, de exacta aplicación de la ley penal, de primordial importancia en el ámbito penal. como ya decíamos en líneas anteriores, al regular el principio universalmente admitido, de nullum crimen, nulla poena sine lege, es decir, que no hay delito ni pena sin ley, lo que se

---

<sup>18</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. 6a. ed. UNAM, México, 1994. P. 65.

<sup>19</sup> Loc. cit.

traduce en la prohibición para la autoridad judicial en materia penal de imposición de pena alguna que no esté regulada por la ley, esto es, que necesariamente dicha pena debe encontrarse prevista por una norma jurídica, específicamente en un tipo penal, entendido éste como la descripción de una conducta considerada propiamente como delito, con la amenaza de una sanción.

Concepto que deducimos de las opiniones de algunos autores, como Herrera y Lasso, quien relacionándolo con el precepto constitucional en mención, dice que de acuerdo con nuestra Constitución, "entendemos por Tipo la descripción abstracta y rígida, hecha por el legislador, de una conducta que lleva aparejada una pena", y, desde luego, sin pasar por alto la tipicidad, figura a la que se encuentra vinculada el tipo, dice que "es la cualidad común a los hechos y al derecho penal de corresponder entre sí", proponiendo las siguientes conclusiones: a) La tipicidad se da o no se da, existe o no existe independientemente del juicio que al respecto se formule; consecuentemente, el juicio implica la tipicidad; b) En materia penal, el principio de legalidad lo integran el tipo, la tipicidad y el juicio de tipicidad, fácilmente identificables en los artículos 14, 16, 18, 19 de la Constitución; c) Tipo, tipicidad y juicio de tipicidad son garantías de libertad para el indiciado, que no puede ser privado de ella sino cuando se ha comprobado la realización de una conducta que encuadre, con todo rigor, en la descripción hecha por el legislador de una figura delictiva determinada; y, d) Tipo y juicio de tipicidad corresponden, respectivamente, a los requisitos de fundamentación y motivación exigidos en el artículo 16 Constitucional para todo acto de molestia.<sup>20</sup>

Por su parte, Márquez Piñero, citando a distinguidos

---

<sup>20</sup> HERRERA LASSO Y GUTIERREZ, Eduardo. Garantías constitucionales en el proceso penal. Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979. Pp. 13 y 14.

tratadistas expone los conceptos que del tipo tienen; así, del profesor Jiménez Huerta, dice que "señala que (aparte de su funcionalidad metodológica) el concepto de tipo penal nos ministra las bases jurídicas sustanciales y formales sobre las que descansa el delito; pues, -en primer término- concretiza, a los fines penales, la antijuridicidad; concreción que -dinámicamente- realiza el legislador durante el proceso formativo de la ley, y -estáticamente- queda en ella plasmada como prevención general y garantía para los ciudadanos, y como norte y guía del juzgador; y -en segundo lugar- pone de relieve la forma que el comportamiento antijurídico del hombre ha de revestir para que pueda llegar a ser delictivo." y agrega "... al examinar el acto legislativo que da nacimiento al tipo penal (es decir, de su proceso formativo), afirma que la antijuridicidad es ratio essendi del mismo; citando a Jiménez de Asúa, dice que éste al tipo legal lo entiende como: La abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. La noción del tipo legal-penal es, por tanto, un concepto; y, de Welzel, expone que "nos dice que el tipo es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida, que ha de realizarse con especial cuidado en el derecho penal."<sup>21</sup>

De los conceptos expuestos, es dable establecer que en nuestro sistema de creación de leyes, a través del proceso legal correspondiente, en especial en lo concerniente al ámbito penal, corresponde al legislador como representante de la sociedad, es decir, de los miembros de la colectividad que lo eligió para su representación ante las Cámaras de las que se integra el Congreso de la Unión, la elaboración de las normas

---

<sup>21</sup> MARQUEZ PIÑERO, Rafael. El tipo penal. UNAM, México, 1988. Pp. 177 y 178.

que contengan tipos penales, esto es, que describan las conductas que la sociedad considera que se deben sancionar, imponiendo a sus autores alguna o algunas de las penas o medidas de seguridad que la propia ley penal prevea.

Por lo tanto, en términos del contenido del párrafo del precepto constitucional en estudio, sólo dichas conductas descritas en los tipos penales podrán punibles.

En la disposición constitucional también se consagra el principio de que no puede aplicarse pena alguna sin previo juicio (*nulla poena sine iudicium*), que es de advertirse, tiene relación con la segunda de las garantías que el mismo precepto constitucional prevé, relativo a la garantía de audiencia, a la que nos remitimos para evitar repeticiones.

Igualmente, se consagra la prohibición a la autoridad judicial en materia penal de aplicación analógica de la ley. Sobre esta figura debemos remitirnos, siguiendo a Herrera Lasso, a la Ampliación de la Ley e Interpretación de la Ley, de las que dice "por la primera se crea una nueva norma jurídica, obtenida de otra u otras con objeto y finalidad semejantes" y por la segunda "se aclara y precisa el alcance de una norma ya existente", y refiriéndose a la analogía, dice que es la que se prohíbe por la Constitución: No podrán inferirse nuevos tipos de delitos, nuevas conductas, aun cuando estas presenten semejanza con las ya tipificadas (analogía), o aun cuando la nueva conducta a examinar se considere más injusta que la ya tipificada (mayoría de razón),<sup>21</sup> que es la ampliación del sentir de la ley, que representa una forma de interpretación de la ley, que se actualiza a casos o situaciones semejantes o similares pero no iguales a los que se someten al juicio de la autoridad judicial, violándose el sentir, el deseo de la sociedad expresado a través del legislador, quien es su representante. Contrariamente a lo antes expuesto, de

---

<sup>21</sup> Op. cit. P. 16.

conformidad con el último párrafo del artículo 14 Constitucional, en materia civil se permite la aplicación de la ley por analogía, ya que admite imprecisiones y lagunas, inclusive como última instancia, se puede acudir los principios generales del derecho.

#### ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

En lo que respecta al artículo 16 Constitucional, debe decirse que es el precepto que contiene mayor importancia en lo concerniente a la regulación en nuestro orden jurídico de los actos de autoridad en general, esto es, que conforme al primero de sus párrafos, es el precepto que impone los requisitos que toda autoridad debe observar en su actuar con la pretensión de inferir al gobernado actos de molestia, comprendiendo incluso los actos de autoridad definitivos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 14 estudiado.

A partir de la reforma constitucional de 3 de septiembre de 1993 y hasta antes de la reforma de que también fue objeto, en julio de 1996, dicho precepto constaba de once párrafos, de la siguiente forma:

"ARTICULO 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado,

"La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La

contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

"En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

"Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

"En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

"Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

"En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

"La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las

formalidades prescritas para los cateos.

"La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

"En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad de su dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente."

Con motivo de la segunda reforma citada, se adicionaron dos párrafos al precepto constitucional en cita, como noveno y décimo, hecho lo cual, los párrafos subsecuentes se recorren en orden; los párrafos adicionados rezan de la siguiente manera:

Párrafo noveno: "Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor."

Párrafo décimo: "Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio."

Con motivo de lo extenso de su contenido en relación a las

diversas garantías que se contienen en el precepto constitucional reproducido, que rebasaría los límites de nuestro trabajo, además de que algunas de sus disposiciones serán objetos de estudio en otros apartados, nos limitaremos al análisis de los requisitos que todo acto de autoridad debe satisfacer, en relación al procedimiento penal.

Decíamos que en el primero de los párrafos transcritos se contiene una de las principales garantías en favor de los gobernados, que no necesariamente es estrictamente para los mexicanos, atento a la significación de la palabra nadie, que en sentido contrario es entendida como todos, cualquier persona, incluyendo a las jurídicas o morales, que se traduce en una obligación a cualquier autoridad de motivar y fundamentar todo acto que tienda a inferir un acto de molestia con perjuicio de los gobernados.

Se habla que el acto de autoridad condicionado por las garantías consignadas en primer término del precepto constitucional que nos ocupa, lo es el acto de molestia, de consecuencias serias a los gobernados, y que es entendida por el maestro Burgoa como "una mera perturbación o afectación a cualquiera de los bienes jurídicos mencionados en dicho precepto, (refiriéndose desde luego a la persona misma, familia, domicilio, papeles o posesiones) cuyo alcance protector, a través de ese elemento, es mucho más amplio que la tutela que imparte al gobernado el artículo 14 constitucional mediante las garantías de audiencia y de legalidad consagradas en sus párrafos segundo, tercero y cuarto." y agrega que se refiere a actos de mera afectación de índole administrativa...<sup>23</sup> ya que no se trata de actos de privación, es decir, de actos de merma o menoscabo a la esfera jurídica de la persona o una impedición para el ejercicio de un derecho.

En lo concerniente al primer requisito indispensable que

---

<sup>23</sup> Op. cit. P. 585.

todo acto de autoridad debe revestir, consistente en la fundamentación, podemos sostener que se traduce en la obligación impuesta por la ley suprema a toda autoridad de invocar en sus actos, resoluciones o decretos, los preceptos de una ley que sirven de sustento a su proceder, atento a los diversos pero similares conceptos que sobre la motivación exponen los autores, al aludir a la ley como sustento de su actuar. En efecto, el maestro Herrera y Lasso, al hablar de la fundamentación dice que "radica en la obligación de invocar el derecho dentro del cual queda comprendido el caso concreto."; <sup>24</sup> por su parte, el maestro Burgoa, expresa que "...consiste en que los actos que originen la molestia de que habla el artículo 16 constitucional, deben basarse en una disposición normativa general, es decir, que esta prevea la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice." <sup>25</sup>

Máxime que se ha sustentado tesis de jurisprudencia por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia del rubro y texto literal siguiente: "FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también debe señalarse con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.", tesis que al decir de Ovalle Favela, es la interpretación judicial más clara y precisa de los requisitos de

---

<sup>24</sup> Op. cit. P. 11.

<sup>25</sup> Op. cit. P. 596.

fundamentación y motivación exigidos por el artículo 16 de la Constitución de 1917..."<sup>26</sup>

En cuanto a la motivación a que se refiere el precepto constitucional en cita, es entendida como la exposición de argumentos razonados, por los cuales se llega a la conclusión de que el precepto legal que sirve de fundamento, respaldado en los hechos o datos (pruebas) con que cuente la autoridad, tiene actualización en un caso en concreto, según se advierte de lo expuesto por la doctrina, al referirse a los elementos de los que se constituye la motivación, en el sentido de que "la motivación comprende, por tanto, cuatro elementos: el derecho, considerado como continente; los hechos (con sus pruebas), como posible contenido; una exposición o argumentación lógica mediante la cual se demuestra la adecuación de los hechos al derecho; y, finalmente, la conclusión.", y sustentando un concepto de la motivación, señala que "...consiste, entonces, en la obligación de exponer en autos y sentencias las razones que, a su entender, hacen aplicable o inaplicable el derecho a cada uno de los puntos que deben decidir", y ejemplificando en el ámbito penal, en el caso de sentencias definitivas, dice que se refiere a tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, y en un auto de formal prisión, los relativos a la comprobación plena de los elementos del tipo, y suficiente de la responsabilidad presunta.<sup>27</sup>

Otra acepción de la motivación en el ámbito penal, la encontramos de parte de Rafael Pérez Palma, al exponer que "consiste en la referencia que se haga en la orden escrita, de los hechos que dan ocasión a que las órdenes de aprehensión, de detención o de cateo sean libradas"<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Op. cit. P. 191

<sup>27</sup> HERRERA LASSO Y GUTIERREZ, Eduardo. Op. cit. Pp. 11 y 12.

<sup>28</sup> PÉREZ PALMA, Rafael. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1980. P. 167.

No escapa de nuestro estudio, que otros de los requisitos primordiales exigidos constitucionalmente, es el que el acto de molestia sea emitido por autoridad competente, y el de mandamiento por escrito.

En lo que respecta al requisito de competencia de la autoridad, se reduce a que ésta actúe dentro de las facultades, limitadas por expresas, que la Constitución le otorga dentro del régimen federal y de acuerdo con el principio de la División de Poderes, con sus respectivas excepciones.<sup>29</sup>

Consideramos que bajo este concepto, es como adquiere vigencia el argumento de que la autoridad sólo se encuentra facultada para actuar dentro del marco que la ley le permite, de acuerdo a lo que textualmente en ella se describa, siendo la misma su límite de actuar, por lo tanto, aun cuando una actividad no se encuentre como prohibida para la autoridad, en caso de representar una molestia para el gobernado se traduciría en un acto autoritario; caso contrario sucede para los gobernados, para quienes opera el principio de que lo que no se encuentra legalmente prohibido, se entiende permitido y se puede alegar en su favor, no así de las autoridades.

A manera de ejemplo, en relación a la competencia de las autoridades, podemos mencionar que una autoridad diferente de la judicial no podrá librar una orden de aprehensión, decretar una formal prisión, autorizar un cateo, ni una autoridad diferente del ministerio público podrá ejercitar acción penal, o formular conclusiones acusatorias, con independencia de si las autoridades correspondientes, al momento de su designación como tales, cumplieron o no con los requisitos que la ley respectiva prevenga.

Conforme con lo que afirma el maestro Burgoa, existen dos tipos de competencia, al exponer los interesantes antecedentes sobre esta figura, de las que exponemos un extracto según las

---

<sup>29</sup> HERRERA LASSO. Loc. cit.

tesis adoptadas y sustentadas, de una parte por José María Iglesias, con motivo de un juicio de amparo, en contra de una ley que había sido expedida de manera irregular, esto es, sin haber actuado legítimamente la legislatura, ya que el quórum había sido electo en contravención a la Constitución local de Morelos, y promulgada por el gobernador que había sido reelecto, aun cuando se prohibía la reelección, sosteniendo que toda autoridad ilegítima es originariamente incompetente, concluyendo que el amparo cabe contra todos los actos de autoridad incompetente, cabe por lo mismo contra los actos de las falsas autoridades, de las autoridades ilegítimas, a quienes su ilegitimidad quita toda competencia; y de otra parte, por Vallarta, refutando el criterio sostenido por aquél, en el sentido de que la constitución habla de competencia, no de legitimidad, exponiendo las diferencias entre estas figuras de la siguiente manera: El nombramiento, la elección hecha en términos legales en persona que posea los requisitos necesarios, constituye la legitimidad de una autoridad; a la vez que su competencia no es más que la suma de facultades que la ley da para ejercer ciertas atribuciones. La legitimidad se refiere a la persona, al individuo nombrado para tal cargo público; y la competencia se relaciona con la entidad moral que se llama autoridad, y, abstracción hecha de las cualidades personales del individuo, no mira sino a las atribuciones que esa entidad moral puede ejercer... la ilegitimidad en último extremo, produce la incapacidad y no la incompetencia...", concluyendo el autor en cita que este criterio impera en nuestro tiempo, citando incluso jurisprudencia de la Corte, en los siguientes términos: "La competencia constitucional, o sea, la que se refiere a la órbita de las atribuciones de los diversos poderes, es la única que está protegida por medio de las garantías individuales". "La competencia jurisdiccional no puede resolverse por medio del juicio de garantías, sino en la forma establecida por la ley." y por lo que se refiere a la

llamada incompetencia de origen "La Corte ha sostenido el criterio de que la autoridad judicial no debe intervenir para resolver las cuestiones políticas, que incumben constitucionalmente a otros poderes; en el amparo no debe juzgarse sobre la ilegalidad de la autoridad sino simplemente sobre su competencia; pues si se declara que una autoridad señalada como responsable, propiamente no era autoridad, el amparo resultaría notoriamente improcedente. Sostener que el artículo 16 de la Constitución prejuzga la cuestión de legalidad de las autoridades, llevaría a atacar la soberanía de los Estados, sin fundamento constitucional y por medio de decisiones de un poder que, como el judicial, carece de facultades para ello, convirtiéndose en árbitro de la exigencia de poderes que deben ser independientes a él.<sup>30</sup>

En cuanto al mandamiento escrito, se exige por el precepto constitucional que la resolución de la autoridad que emita el acto de molestia debe constar en un documento, por escrito, es decir, que no basta una instrucción verbal, máxime que en nuestro procedimiento penal de toda actuación queda constancia por escrito, por lo tanto, esa constancia escrita, además de contar con la debida motivación y fundamentación sobre el hecho en concreto, debe contener la firma de la autoridad, esto es, su nombre, firma autógrafa y el cargo público del que está investido.

De estas exigencias, se dice que es una condición esencial para que pueda haber certeza sobre la existencia del acto y para que el afectado pueda conocer con precisión de cuál autoridad proviene el acto y cuál es el contenido y las consecuencias jurídicas de éste.<sup>31</sup>

Resta decir que relacionando el presente precepto constitucional con la libertad provisional, por tratarse

---

<sup>30</sup> Op. cit., Pp. 590-594.

<sup>31</sup> OVALLE FAVELA. Op. cit. P. 183.

también de una garantía constitucional, en caso concesión por parte de alguna de las autoridades facultadas para otorgar ese beneficio, no implica problema, pues lógico es que obtenido ese derecho no se considera que causa perjuicio, sino lo contrario; el problema surgiría en caso de negativa, o que concedido el beneficio, no se ajuste a las disposiciones constitucionales que regulan la garantía; esa determinación implica que la autoridad respectiva se encuentra motivada y fundamentada, y de no haberlo realizado así la autoridad, da lugar a su reclamo ante la autoridad federal como un acto de molestia violatorio de la garantía que previene el artículo 16 constitucional, o de ambas garantías en cita.

Las formalidades serán las siguientes: una vez hecha la petición del interesado, deberá quedar asentada en las actuaciones de la averiguación previa o del proceso esta circunstancia de petición, y proveyendo la misma, la autoridad debe realizar una exposición razonada de argumentos convincentes en base al conjunto de elementos con que cuente para llegar a esa determinación negativa o positiva, e invocando no sólo la ley en su más amplio sentido, sino también los preceptos aplicables de la misma, así como el nombre y firma de la autoridad y su calidad con la que resuelve, como por ejemplo de agente del ministerio público o juez, y la de su secretario, toda vez que en el proceso penal se actúa con secretario, o en su deficiencia con testigos de asistencia dando fe de la actuación, para los efectos de precisar la autoridad responsable, infractora de la norma constitucional, en casos de demanda de amparo.

#### ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL.

Este precepto se encuentra redactado en nuestra Ley Suprema, en los términos siguientes:

"Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal

habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

"Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

"Los gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.

"La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

"Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que se cumplan sus condenas con base en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en los sistemas de readaptación social previstos en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso."

A los efectos de nuestro trabajo, es el primer supuesto del primer párrafo del artículo que nos ocupa el que mayor importancia reviste. En efecto, atendiendo a que la libertad

provisional procede en casos excepcionales, esto es, cuando existe de por medio privación provisional de la libertad personal, decretada por la autoridad persecutora de los delitos o por el Organo Jurisdiccional, como medida precautoria en averiguación previa y en el proceso respectivamente. Inclusive en tratándose de ordenes de aprehensión, y cuando existe de por medio la prisión como sanción, según nuestra legislación de amparo.

Aun cuando la prisión preventiva tiene como efecto que el gobernado sea restringido provisionalmente de su libertad personal, interpretando el texto del artículo 18 constitucional en sentido contrario, representa para el ciudadano una efectiva garantía en el procedimiento penal, toda vez que dicha medida precautoria sólo tiene lugar en tratándose de delitos que se sancionan cuando menos con pena privativa de libertad.

Encontramos que esta disposición tiene semejanza con la garantía que se consagra en el párrafo segundo del artículo 16 constitucional, en los dos aspectos siguientes:

a) Sólo la autoridad judicial se encuentra facultada para decretar órdenes de aprehensión y la prisión preventiva.

b) Estas medidas sólo proceden cuando se está ante la posible comisión de un hecho constitutivo de delito que se sanciona cuando menos con pena privativa de la libertad.

La garantía en comento especifica una limitante a las autoridades judiciales, atendiendo a que en el catálogo de delitos de la parte especial de los códigos penales, se contemplan figuras delictivas que se sancionan de muy variada índole, así por ejemplo, existen delitos que se sancionan únicamente con pena de multa; otras con pena alternativa, esto es, ya sea con pena de prisión o de multa, lo que implica una disyuntiva para la autoridad judicial el que se imponga una u otra de las sanciones prevista pero no ambas; así como con pena de prisión y de multa, inclusive con pérdida de derechos, reservándose para la última clasificación la aplicación de la

prisión preventiva, por lo tanto, también de la orden de aprehensión.

De esta medida cautelar se ha criticado su excesivo uso, considerando por nuestra parte que es contraria al principio de presunción de inocencia que debe operar en todo procedimiento del orden penal en beneficio del inculpaado, principio que en relación a nuestro trabajo no debemos soslayar.

En cambio, otros se manifiestan en el sentido de que es la más efectiva de las medidas para lograr los fines del proceso, entre ellas el aseguramiento de la ejecución de la pena.

Entre las críticas que sobresalen, asumiéndolas de nuestra parte, tenemos las del orden siguiente: afecta a todos los derechos y libertades fundamentales previstos en la Constitución. Incide en la igualdad referida en el artículo 1, no sólo en cuanto a que los infractores son en su gran mayoría pertenecientes a las clases desprotegidas cultural y económicamente, sino también en atención a que los jueces no siempre cumplen con el mandato constitucional de dictar sentencia en un plazo no mayor de un año, y al estigma que el paso por la prisión significa para una persona, convirtiéndola en desigual ante la sociedad; es inhumana porque "... no cabe duda respecto a lo inhumano que resulta una privación de libertad que se impone antes de dictar sentencia condenatoria, de donde deviene su carácter degradante de la persona.", "... tiene un contenido idéntico al de la prisión como pena privativa de libertad, y aun cuando formalmente no sea un pena... materialmente sí lo es, hasta el punto de computarse su duración para abonarla y deducirla del tiempo que se dicte en la sentencia condenatoria..." "...los reclusorios preventivos...están sobrepasados en su capacidad,..." "...se le acusa de: a) ser tan estigmatizante como la pena misma, b) no permitir una labor resocializadora, ya que jurídicamente está vedada cualquier intervención sobre el no condenado, c) someter a los individuos al régimen de vida de los establecimientos

cerrados que, en principio, se reservan a los delincuentes más peligrosos, y d) aumentar la población reclusa, con las consecuencias de hacinamiento, mayores costos, más personal de vigilancia, etcétera." "...después de tantos años de pedir que las cárceles se conviertan en centros de tratamiento y de readaptación, ahora se encuentran llenas de personas que ni siquiera han sido declaradas oficialmente como responsables de un ilícito, que se presume que son inocentes y que, por lo tanto, no pueden ni deben ser objeto de ninguna medida de tratamiento o de readaptación o resocialización." <sup>32</sup>

Por su parte, Fernando A. Barrita López, al hacer referencia al principio de inocencia, dice que "...se ve seriamente cuestionado en cuanto a su aplicación en la cotidiana administración de justicia, por la institución de la prisión preventiva y su dama de compañía, la libertad caucional." y agrega que "la primera de ellas, es la excepción y no la regla, pues no se puede permitir que personas inocentes, que careciendo de recursos para su fianza, sobre todo en tratándose de delitos patrimoniales, queden libres hasta la sentencia absolutoria." <sup>33</sup>

Dada la importancia que estimamos reviste el citado principio de inocencia, nos detendremos brevemente a exponer algunas consideraciones.

Como antecedente constitucional encontramos sólo uno, curiosamente en una constitución que no tuvo nunca vigencia práctica según opinión de Tena Ramírez, citada por Pérez Palma, <sup>34</sup> como lo fue la Constitución de Apatzingan, así conocida, producto del Decreto Constitucional para la Libertad de la

---

<sup>32</sup> FERNANDEZ MUÑOZ, Dolores Eugenia. La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla. UNAM, México. 1993. Pp. 97 y 98.

<sup>33</sup> La prisión preventiva y ciencias penales. 2a. ed. Editorial Porrúa, México, 1992. P. 187.

<sup>34</sup> Op. cit. Pp. 78 y 79.

América Mexicana, firmado y sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, que en el artículo 31 decía: "Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declara culpado.", sin que con posterioridad y hasta la fecha se encuentre reconocido expresamente en cuerpo legal alguno, al menos en nuestra vigente Constitución, en las disposiciones penales y procesales de la materia en los ámbitos federal, del Distrito Federal y nuestra Entidad, con excepción de los Estados de Chiapas y Puebla, según observación de Barrita López.<sup>35</sup>

En el ámbito internacional, a la fecha encontramos su regulación expresa en instrumentos internacionales, suscritos, entre otros, por nuestro país, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, firmada en París, el 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 11 dice: "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."; la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica, al disponer en el artículo 8, punto 2: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad."

No obstante la inobservancia expresa en nuestros cuerpos de leyes, salvo la excepción antes citada, toda vez que dichos instrumentos internacionales han sido ratificados por el Ejecutivo, con aprobación del Senado en términos del artículo 133 de nuestra Constitución Federal, es así como consideramos válido establecer que sí se regula el Principio de Inocencia, por consiguiente, en aplicación del mismo debería suprimirse la prisión preventiva para casos excepcionales, esto es, en casos de delitos que conforme a la ley no son considerados como

---

<sup>35</sup> Loc. cit.

graves, por lo que para mejor aplicación del principio, debería revisarse con minuciosidad si de los delitos a la fecha estimados graves, en realidad todos revisten esa gravedad, y a fin de hacerlo valer, se deberían invocar tales Declaraciones, al adquirir rango jerárquico semejante al de la Constitución, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.

Existe opinión de que en base a las Convenciones Internacionales y los Derechos Humanos, se tiene derecho a ser presumido inocente, tal es el caso de Sergio Huacuja Betancourt, al decir que "Su expresión queda comprendida en el adagio latino *onus probandi incumbit actori* (es el acusador a quien corresponde probar la culpabilidad), de manera que es deber del Estado respetar la dignidad de la persona no prejuzgando acerca de su responsabilidad. Este es el cimiento de las sistemas penitenciarios, y por ello se enfrentan al grave conflicto de la aplicación de tratamientos y regímenes laborales a quienes no han sido aún condenados por una resolución jurisdiccional que cause ejecutoria." <sup>36</sup>

Debemos advertir que, también conforme al precepto constitucional, la prisión preventiva debe guardarse en lugar distinto del destinado para la extinción de las penas, ordenándose la separación de los sitios, observando que en la realidad dichas medidas no se cumplen, debido entre otros aspectos a la sobrepoblación en los establecimientos de reclusión, y a la escasez de estos.

En relación a las otras disposiciones de las que se compone el artículo 18 constitucional, caben los siguientes comentarios:

En este precepto se regula el fundamento del régimen penitenciario tanto del orden federal como común, con

---

<sup>36</sup> La desaparición de la prisión preventiva, Editorial Trillas, México, 1989. P. 92.

tendencias a la readaptación social del delincuente, nombre que consideramos sólo es aplicable a las personas que han sido condenadas a través de sentencia ejecutoria, basada en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

De la prisión como institución readaptadora se dice que "Nuestro derecho penal en las declaraciones de sus funcionarios tiene una línea humanitarista y bien intencionada que gira alrededor de la idea del tratamiento penitenciario. Su inclusión en la ejecución de la pena privativa de libertad es un esfuerzo a la vieja prevención especial como fin de la pena privativa de libertad y un ataque al sentido retributivo de la pena.", y en cuanto a su finalidad, que "la ley pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial anterior de aquél, y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercer su libertad socialmente".<sup>37</sup>

Por otro lado, al hacer las críticas a la pena de prisión en su cuidadoso trabajo dice que "en la práctica del sistema penitenciario mexicano en nuestros establecimientos está muy lejos de esa meta ideal que la propia ley de normas mínimas propone."<sup>38</sup>

En cuanto a las demás disposiciones del precepto que nos ocupa, sólo cabe decir que son relativas a las diversas formas en que se pueden cumplir las penas, destacando lugar, autoridades y tipo de sujetos que sufrirán la sanción.

---

<sup>37</sup> FERNANDEZ MUÑOZ. Op. cit. P. 85.

<sup>38</sup> Ibidem. P. 89.

**ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL.**

Dispone el precepto en cita:

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

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

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

Respecto de este precepto constitucional, siguiendo a Zamora Pierce, tenemos que consagra las garantías de "un auto de formal prisión" y el de la "litis cerrada".

En relación a la primera de la garantías, expone que "... para evitar en lo posible, la monstruosa injusticia que resulta cada vez que es absuelto quien ya sufrió un lapso de prisión preventiva, el Constituyente estableció un mini-proceso de

conocimiento, con duración de 72 horas, a fin de que el juez, tras haber estudiado la consignación del Ministerio Público y las pruebas presentadas por éste, dicte una resolución, de carácter provisional, en la cual decida si se reúnen o no los elementos constitucionalmente indispensables para someter a un hombre a proceso penal." Y se advierte que la asocia al derecho del inculpado de rendir previamente su declaración preparatoria, expone que "El carácter ejecutivo del proceso penal, derivado de la prisión preventiva, impone la necesidad de una resolución judicial no definitiva, dictada al principiar el litigio, en la cual el juez decida si existen elementos suficientes para considerar acreditados los elementos del tipo penal y probable la responsabilidad del inculpado, y, en consecuencia, razonable que se someta a éste a prisión preventiva."<sup>39</sup> así también expresa lo que consideramos es una pena adelantada, esto es, sin estar debidamente declarado el inculpado, a través de sentencia, como culpable de la comisión de hecho típico, antijurídico y punible.

De la expresión "La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal" advertimos que además de la advertencia de sanción conforme a la ley punitiva a quien rebasa el límite del término constitucional de detención, sin causa justificada, interpretada a contrario sensu, se contempla también como garantía en favor del inculpado la posibilidad ampliar ese término con el fin de aportar pruebas dentro del mismo en beneficio del inculpado, por lo que estimamos que este es el fundamento constitucional de la reforma al artículo 189 del Código Procesal Penal de nuestra Entidad, regulando la duplicidad del citado término.

El otro tipo de garantías que encierra el precepto que nos

---

<sup>39</sup> ZAMORA-PIERCE, Jesús. Garantías y proceso penal. 8a. ed. Editorial Porrúa. México, 1996. P. 82.

ocupa, es el de la "litis cerrada", de la que el mismo autor dice que "En ella se concede al procesado la garantía consistente en que el juez, en el auto de formal prisión, fijará la litis; es decir, determinará la materia del proceso, la cual no podrá ser posteriormente cambiada. Tal garantía reviste un doble aspecto. Conforme a ella, el auto de formal prisión debe precisar los hechos que se imputan al procesado y la clasificación jurídica que el juzgador atribuye a esos hechos, es decir, su nomen juris." <sup>40</sup>

Sólo nos queda por decir que otra garantía en favor de los procesados detenidos, se traduce en una expresa prohibición para las autoridades penitenciarias de maltratar a los inculcados mientras se guarda la prisión cautelar, así la de imponer cualquier tipo de contribución. La primera garantía se hace extensiva hacia la ejecución de la orden de aprehensión. La violación a cualquiera de estas garantías, trae como consecuencia la responsabilidad oficial respectiva.

#### ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL Y AFINES.

Es en el artículo 20 Constitucional donde encontramos regulada la garantía materia de nuestro trabajo, como ya precisábamos al hablar de los antecedentes de dicha institución, encabezando una variada serie de garantías que conforman una de tantas formalidades esenciales que deben ser observadas en todo juicio que pretenda privar a los gobernados de bienes jurídicos fundamentales, entre otros la libertad personal.

En razón de que en el citado capítulo de antecedentes expusimos los textos que desde 1917 hasta la fecha ha registrado el artículo 20 constitucional en su fracción primera, consideramos innecesario su redacción, para invocar

---

<sup>40</sup> Ibidem. P. 135. .

las subsiguientes fracciones de las que se integra, en los siguientes términos:

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

"I...

"II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

"III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;

"IV. Siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra;

"V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndole el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso;

"VI. Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación;

"VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;

"VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de

delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

"IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,

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

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

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

"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.

"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 la requiera, y los demás que señalen las leyes."

Este precepto constitucional reviste gran importancia en relación al proceso penal, pues como se advierte del contenido

del artículo 160 de la Ley de Amparo, relativo a la serie de formalidades esenciales del procedimiento, contempla un variadas especies de garantías en favor del inculpado, una de ellas, desde luego, es la relativa a la libertad provisional bajo caución, pudiendo considerársele el soporte del procedimiento penal, pues como algunos dicen, estas disposiciones constitucionales contienen sólo un mínimo de garantías, que pueden ser ampliadas por leyes secundarias, tal es el caso de la citada libertad, que antes de la reforma constitucional de 1993 se exigía para la concesión del beneficio que el término medio aritmético de la pena contemplada para el delito no excediera de cinco años, sin embargo, por reformas en los Códigos de Procedimientos Federal, del Distrito Federal, y específicamente en el Estado de México, por Decreto número 26 de septiembre de 1990, publicado en la Gaceta del Gobierno número 59 de 23 de septiembre de 1991, se introdujeron innovaciones por las cuales se llegó a conceder la libertad personal a inculpados por delitos que rebasaban dicho término medio aritmético, siendo en cuanto a sus características el antecedente inmediato de la actual disposición constitucional.

En razón de que la garantía que se contempla en la fracción primera del precepto que nos ocupa, del que en los subsecuentes capítulos haremos su estudio, a propósito nos abstenemos de comentario alguno.

En cuanto a las garantías contempladas en la fracción II, se previene en primer término la relativa al derecho de todo inculpado a no declarar si no es su voluntad, esto es, que no puede ser obligado a deponer sobre el hecho que se le atribuye ya sea tanto ante la autoridad investigadora, como ante el Juez. Algunos han dado en llamarla la garantía del silencio. Consideramos obedece a la antigua práctica de obtener confesiones de los inculpados, en especial, por elementos policíacos, por medios violentos, es decir, físicos o morales

en perjuicio del inculcado o de terceras personas. No obstante esta disposición, dudamos mucho que a la fecha se cumpla.

Apreciamos que el derecho señalado en favor del inculcado, se traduce en una prohibición para la autoridad ministerial y subordinados en averiguación previa, que es donde mayores abusos se cometen en perjuicio del inculcado, y para la autoridad judicial en el proceso, precisamente al obtener la declaración del inculcado, consistente en la abstención de incomunicar, intimidar o torturar de acuerdo a la siguiente disposición de la fracción en comento.

Respecto de la última garantía de la fracción, se aprecia que viene a consolidar la serie de requisitos que debe reunir la confesión, llamada en otros tiempos la reina de las pruebas. En efecto, se suma a la serie de exigencias que anteriormente se regulaban, la de que debe rendirse con asistencia de su defensor, ya sea abogado con título legalmente registrado o persona de su confianza. En cuanto a la palabra "asistencia", debemos entenderla como la presencia del defensor, lo que implica que no es éste precisamente quien tiene que rendir la declaración. La omisión a esta disposición trae como consecuencia que al ser valorada la confesión, se le reste esta calidad, es decir, que será nula, sin valor probatorio alguno.

La fracción III regula la declaración preparatoria, la cual podemos entenderla como la diligencia por la cual el inculcado, responde ante el órgano jurisdiccional de los cargos que se le atribuyen, lo que en términos de los artículos 179 al 188 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, se traduce en la observancia de una serie de formalidades, a fin de que el inculcado pueda preparar su defensa, mismas que a saber son:

Debe rendirse en audiencia pública, esto es, en lugar al que tenga acceso el público en general, desde luego con el respeto y orden debidos, con excepción de los testigos que deban ser examinados en torno a los hechos materia del proceso.

Dentro de las 48 horas siguientes a la en que se encuentre detenido el inculpado a disposición del juez. Como ya decíamos, se prohíbe para el juez el empleo de la incomunicación de cualquier índole en perjuicio del inculpado, por lo que estando en su presencia, deberá hacérsele saber el nombre de su acusador, el de los testigos que deponen en su contra, la naturaleza y causa de su acusación. Para el caso de que el delito sea de aquellos no catalogados por la ley penal como graves, se le hará saber al inculpado que tiene derecho a obtener como garantía constitucional su libertad caucional, así como el monto que habrá de exhibir, lo mismo que el procedimiento para obtenerla, lo que consideramos se traduce en la obligación de informarle los trámites que debe realizar, quién los puede hacer, cuándo los puede hacer; informarle que al dictarse sentencia, el juez, según su arbitrio, potestativamente y no obligatoriamente, le puede conceder el beneficio de la reducción de la pena que en su caso se le llegare a imponer, en caso de confesar el delito que se le atribuye, ya sea en ese instante o hasta antes de la fecha en que tenga lugar la audiencia final de juicio, como lo dispone el artículo 60 párrafo segundo del Código Penal en el Estado de México; el derecho que tiene de defenderse por sí mismo o para nombrar persona de su confianza que lo defienda, y en caso de negativa se le nombrará un defensor de oficio, con la observación de que si no se encuentra presente el defensor, no será legalmente posible llevar a cabo la diligencia; hacerle saber que puede redactar sus contestaciones, y desde luego, se impone como obligación del juez de hacerle saber la serie de garantías que se consagran en favor del inculpado en el artículo 20 constitucional, de las que en este apartado nos ocupamos.

La fracción IV previene el derecho que tiene el inculpado a ser careado si así lo pide. Esta garantía fue objeto de reforma a fin de abreviar el proceso y no incurrir en largos

procesos con violación a la garantía prevista en la fracción VIII de este mismo artículo en perjuicio del inculpado, puesto que conforme a la vieja disposición que como garantía se preveía para el inculpado, de ser careado con quien depusiera en su contra, imponía al juzgador la obligación de lograr a toda costa la comparecencia del denunciante, ofendido, testigos, etc., teniendo que agotar todos los medios legales a su alcance para ese fin, sin lograrlo a veces como última consecuencia, máxime que conforme a nuestra legislación procesal, la no observancia de esa garantía como antes se regulaba, incluso a la fecha si él hubiere pedido ser careado, traía y trae como efecto el que el procedimiento se reponga por orden del Tribunal de Alzada, en caso de impugnación de la sentencia condenatoria. Esta garantía opera sólo en el proceso ante el juez, no así en averiguación previa.

La fracción V se traduce también en uno de los requisitos que todo juicio, a que se refiere el artículo 14 constitucional, debe revestir, esto es, el derecho de todo inculpado a ofrecer los medios de prueba que estime pertinentes para su defensa, dando lugar en el proceso el período llamado probatorio, en el que las partes proponen sus respectivas pruebas, con la obligación del juez de proveer sobre su admisión o desechamiento, desde luego fundando y motivando su resolución. Medio de prueba, según nuestra ley procesal, es todo elemento de convicción que se ofrezca como tal, siempre que pueda constituir la a juicio del juez (art. 205) Regulando asimismo, como especies la prueba confesional, testimonial, careos, confrontación, documental, etc. Dichos medios de prueba pueden ser ofrecidos desde el momento en que rinde su declaración preparatoria para efectos de ser tomados en consideración al resolverse su situación jurídica dentro de las 72 horas siguientes, o 144, en su caso, de su detención, o después de dictado el auto de formal prisión, incluso en segunda instancia a efecto de probar algún agravio, y en amparo

para probar la existencia del acto reclamado, conforme a la legislación respectiva.

Las fracciones VI y VII, según Andrade Sánchez, definen principios aplicables al proceso, como que sea público, al cual ya nos hemos referido. La constitución abre la posibilidad de que los juicios penales sean realizados por un juez profesional o por un jurado, para formar parte del cual (sic) la norma constitucional indica que los ciudadanos que lo constituyan sepan leer y escribir, con objeto de que puedan ilustrarse verdaderamente de los términos del proceso. La tradición jurídica mexicana se ha inclinado por el sistema profesional de justicia.<sup>41</sup> Agreguemos a lo anterior la obligación que tienen las autoridades en el procedimiento, de proporcionar al inculcado los datos que consten en el proceso, también para efectos de preparar una mejor defensa, lo que consideramos implica que se tenga acceso al expediente ya sea por sí o por su defensor.

La fracción VIII como garantía en favor del inculcado, se traduce en la obligación del juez de resolver en definitiva la situación jurídica de aquel, en términos no mayores de cuatro meses y un año, atendiendo a la sanción prevista por el delito que se le atribuye, materia del proceso, lo que no obsta para que dichos plazos puedan ser ampliados, siempre y cuando sean en beneficio del inculcado, esto es, tendientes a aportar otros datos de prueba, desde luego supervinientes, es decir, de los que no se haya tenido conocimiento con oportunidad al hacer el ofrecimiento, o desahogar los que hayan quedado pendientes transcurridos los plazos señalados por causas imputables al propio inculcado o al juzgador. Tal es el espíritu de dicha garantía.

La fracción IX previene la garantía en favor del inculcado

---

<sup>41</sup> Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. 6a. ed. UNAM, México, 1994. P. 96.

de defenderse por sí o por la persona que al efecto designe, previéndose al respecto la posibilidad que dicha designación recaiga sobre una persona con conocimientos especiales, es decir, técnicos en Derecho, refiriéndonos desde luego a los abogados, personas con título legalmente registrado que los faculta para ejercer la profesión de licenciatura en Derecho, o los pasantes de esta materia, así como a persona de su confianza, lo que se presta a inquietudes, dado que conforme a la misma garantía que nos ocupa se refiere a una defensa adecuada y la primera pregunta que nos surge, es si esa persona de confianza, en el caso de que no tenga la mínima idea de lo que es el derecho penal y de procedimientos penales, podrá desplegar una defensa adecuada, y la respuesta que proponemos es no. Por otro lado, quién será la autoridad y bajo qué presupuestos determinará si desarrolló una defensa adecuada, asimismo qué es ésta. Al respecto, la doctrina se manifiesta en el sentido de que "Se requiere... que los actos de la defensa y particularmente las actuaciones del defensor sean adecuados al fin que sirve esta función procesal, tanto en orden a su contenido y orientación -benéficos para el inculpado- como a la competencia de la persona que la realiza -idónea para la determinación y realización de ese contenido y esa orientación."<sup>42</sup> Siguiendo esta exposición, dudamos que la persona de confianza sin conocimientos técnicos de derecho pueda llevar la defensa adecuada, por lo que aun cuando sea el deseo del inculpado de nombrar a una persona de esta calidad, deberá estar asesorada por alguna persona que tenga esos conocimientos, caso concreto, el defensor de oficio, otra de las instituciones procesales que se regulan por la ley, y a la que se refiere la Constitución.

La serie de derechos que se consagran en este artículo,

---

<sup>42</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El nuevo procedimiento penal mexicano. Editorial Porrúa, México, 1994. P. 103

incluso los que prevén las leyes secundarias, deberán hacerse saber al inculcado en cualquier etapa del procedimiento desde que es detenido, no obstante que se diga que desde que se inicie su proceso, que al parecer se refiere al que se sigue ante el juez, atento al cuarto párrafo de la fracción siguiente de este mismo precepto.

La fracción X, resulta también una innovación en el ámbito de garantías, las cuales anteriormente a la reforma sólo se contemplaban en beneficio del inculcado, al atender el nuevo texto a los derechos del ofendido, persona que se consideraba se encontraba olvidado, dándole ahora intervención restringida en el proceso, casi igualándolo en derechos al inculcado, de los que ya eran considerados con anterioridad por otras leyes, en los ámbitos de asesoría jurídica, reparación del daño, coadyuvancia con el Ministerio Público, atención médica, pero que consideramos en la práctica no tienen efectividad, al menos en forma inmediata como después veremos.

Se consagran también entre otras garantías, la prohibición de prolongación de la prisión como pena y preventiva, la cual inclusive debe ser computada en tratándose de sentencia condenatoria.

Como podemos observar, aun cuando se regula la prisión preventiva como medida precautoria, también se tiene en consideración a ésta como figura preponderante en el procedimiento penal, como contrapeso de aquella figura procesal, cobrando así vigencia el reconocimiento de los derechos humanos de toda persona inculpada, no obstante, tiene que sufrir, en ocasiones, lo que han dado en llamar una pena anticipada, esto es, que sin haber sido previamente declarados culpables de la comisión de un delito, sufren previamente la pena de prisión, mientras que en otras ocasiones se tuvo que sufrir, injustificadamente, esa llamada pena cuando se absuelve a ese protagonista del proceso.

Entre los preceptos constitucionales afines al proceso

penal y a la libertad provisional, valga sólo transcribir algunos:

"Artículo 21. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas. Pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

"Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

"Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso."

Sólo nos detendremos a hacer un comentario sobre este artículo, por considerarlo de gran importancia, toda vez que bajo este precepto se consagra de manera limitativa y enunciativa las facultades de los órganos de poder que intervienen en el procedimiento penal, esto es, delimita la actuación del Ministerio Público a perseguir, como representante de la sociedad, los delitos, auxiliado en averiguación previa de la hoy solo denominada policía, como una adecuación de nuestra realidad actual, al dejar de depender la policía del órgano jurisdiccional, y a vigilar durante el proceso, la exacta observancia de las disposiciones legales correspondientes; asimismo, delimitando y dando la función exclusiva al órgano jurisdiccional, dependiente del poder judicial, para aplicar la imposición de penas, quedando reservada a la autoridad administrativa la imposición de sanciones, precisamente de carácter administrativo, esto es,

por infracción a los denominados reglamentos gubernativos de policía, consistiendo aquellas en multa y arresto, siendo éste también una de las formas de restricción de la libertad personal.

Entre otros preceptos constitucionales, podemos citar el artículo 13, relativo a la prohibición de ser juzgado por leyes privativas y por tribunales especiales, subsistiendo el fuero de guerra, reservado para miembros de la milicia; el artículo 15, relativo a la prohibición de celebrar tratados para extraditar reos políticos y de quienes hayan tenido la condición de esclavos o que alteren las garantías reconocidas por nuestra constitución; el artículo 22, prohibiendo la imposición de ciertas penas, como las de mutilación, infamia, marca, azotes, la de muerte por delitos políticos, reservada para casos especiales; el artículo 23, prohibiendo más de tres instancias en los juicios del orden penal, la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo delito, y la práctica de la absolución de la instancia.

### CAPITULO TERCERO.

#### FORMAS DE RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL.

1. Detención.
2. Orden de Aprehensión
3. Formal Prisión.
4. Prisión como pena.
5. Reaprehensión.

## FORMAS DE RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL.

### 1. DETENCIÓN.

En el procedimiento penal, todo acto restrictivo de la libertad se traduce en un estado de hecho de privación a la misma, ya sea como una medida provisional o cautelar, ya se sea en forma definitiva, según el momento procedimental correspondiente, teniendo diversas manifestaciones, por lo tanto, debemos entender y precisar que de las diversas libertades que como garantías y bienes jurídicos tutelados por el derecho en general, en esencia en nuestra Constitución, es la libertad, llámese física o corporal, o personal como se regula por nuestra legislación de amparo, la que nos importa para los efectos de nuestro estudio.

Por consiguiente, resulta necesario exponer un concepto de dicha libertad física o personal, acorde a los fines de nuestro trabajo, en base al criterio que se tiene por nuestros doctrinarios y lo que la propia ley regula.

Y siguiendo al maestro Burgoa, se advierte que no la incluye en la clasificación de libertades que como garantías constitucionales consagra nuestra carta magna entre las garantías de libertad, sino que lo hace al hacer análisis de los bienes jurídicos que tutela la garantía de audiencia, como un género de las garantías de seguridad jurídica, pues asociando el concepto que expusimos al inicio de este trabajo sobre la libertad, no la reduce específicamente a una libertad física o corporal, al decir que "en cuanto a la libertad, ésta se preserva por la garantía de audiencia como la facultad genérica natural del individuo consistente en la forjación y realización de fines vitales y en la selección de medios tendientes a conseguirlos; y como tal facultad natural ostenta varios aspectos, constitutivos cada uno de ellos de facultades o libertades específicas, podemos concluir que la mencionada

preservación constitucional se extiende a todas éstas, sin contraerse a la mera libertad física, con estricto apego al principio jurídico que reza "donde la ley no distingue, no debemos distinguir", sin embargo, se advierte que señala como conceptos sinónimos a las libertades física, corporal y deambulatoria, y destaca que es dicha libertad la que mayormente se protege y tiene relevancia de entre las demás libertades, al agregar en líneas siguientes que "es por ello por lo que todas las libertades públicas individuales, que como derechos públicos subjetivos se consagran en nuestra Constitución, están protegidas, a través de la garantía de audiencia, frente y contra cualquier acto de autoridad que importe su privación y específicamente la libertad personal, física o deambulatoria".<sup>1</sup>

Por su parte, Jorge Alberto Silva Silva, también se refiere a la libertad física como la que es objeto de restricción en el proceso penal, pues al hablar de la privación provisional de la libertad, como una medida cautelar, dice de ésta que lleva a la aplicación de medidas restrictivas a la libertad física de una persona; esto es, la reduce a una detención y reclusión preventiva.<sup>2</sup>

Para corroborar que la libertad física o personal, en el ámbito procesal penal, es la que mayormente se atiende por las leyes tanto constitucional como secundarias para los efectos de nuestro estudio, cabe citar la interpretación que nuestro más Alto Tribunal hace de las diferentes formas de restricción a la libertad, como lo es la aprehensión, detención, prisión preventiva y la pena, al crear la jurisprudencia del rubro y texto siguiente:

---

<sup>1</sup> BURGOA, Ignacio. Las garantías individuales. 21a. ed. Editorial Porrúa, México, 1988. P. 534.

<sup>2</sup> Derecho Procesal Penal. 2a. ed. Editorial Harla, México, 1995. P. 493.

"LIBERTAD PERSONAL, RESTRICCIÓN DE LA (CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA).- La libertad personal puede restringirse por cuatro motivos: la aprehensión, la detención, la prisión preventiva y la pena; cada una de las cuales tiene características peculiares. El conjunto de normas jurídicas que condicionan y rigen la restricción de la libertad, en los distintos casos de que se ha hablado, se llama situación jurídica, de modo que cuando esta situación cambia, cesan los efectos de la situación jurídica anterior, pues cada forma de restricción de la libertad excluye a las otras, y por lo mismo, desaparecen los efectos del acto reclamado, y es improcedente el amparo contra la situación jurídica anterior."<sup>3</sup>

En efecto, conforme a diversos ordenamientos legales, el ejercicio de la libertad personal puede tener limitaciones, es decir, que se puede restringir; así, por ejemplo, constitucionalmente encontramos preceptos que previenen limitaciones a la libertad de tránsito, entendido como el derecho o facultad de las personas de desplazarse de un lugar hacia otro, sin obstáculo alguno, más que los que la propia ley establece, prevista por el artículo 11 de nuestra Ley Suprema, al disponer que:

"Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre la migración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país."

---

<sup>3</sup> CASTRO ZAVALA, Salvador. 75 años de jurisprudencia penal mexicana, 1917-1991. Tomo II. Orlando Cárdenas Editor. México, 1992. P. 885.

Sobre este particular precepto, claramente se advierte que es en la parte segunda donde se encuentra uno de los típicos casos por los que se puede limitar el ejercicio de la garantía que se consagra, al disponer que el ejercicio de este derecho, es decir, el de la libertad de tránsito, está subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal, lo que tiene estrecha relación con el procedimiento penal.

Lo mismo cabe decir en lo conducente respecto de otros preceptos del orden constitucional, como los artículos 14, 16, 18, 19, 21 de la misma norma suprema, al prever el primero en su segundo párrafo sobre "actos privativos", entre otros bienes de la libertad, que presuponen una definitividad plasmada en una resolución final, cumpliendo con las formalidades correspondientes; al regular el segundo sobre la "orden de aprehensión" por la autoridad judicial y de la "detención" por la autoridad investigadora, que tiene relación incluso con la ejecutada por particulares en términos de las leyes procesales secundarias, con efectos provisionales o como medidas cautelares para asegurar el procedimiento; el tercero y cuarto al hablar de la "prisión preventiva", y el último a la facultad de la autoridad judicial de la imposición de las "penas", que implicaría una resolución definitiva ejecutoriada de privación de la libertad, aunque también de efectos provisionales, atento a que existe un límite en el tiempo de la pena; el artículo 102, al regular la facultad del Ministerio Público de "solicitar las órdenes de aprehensión" y "pedir la aplicación de las penas"; los artículos 103, 104, 107, reguladores del juicio de amparo, que faculta resolver a los tribunales federales sobre controversias por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales, entre ellas, desde luego la libertad personal o física; el artículo 109, que previene sobre la responsabilidad de los servidores públicos por la comisión de delitos, sancionados en los términos de la

legislación penal; el artículo 111, relativo al procedimiento a seguir en contra de los servidores públicos; el artículo 119, regulador de la extradición, que también implica un estado de privación de la libertad, ya que también establece que "En esos casos, el auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por sesenta días.", así como en leyes secundarias, como los Códigos Penales y de Procedimientos Penales, reglamentando las disposiciones constitucionales, así como en cuerpos de leyes especiales.

Expuestos como referencias generales los anteriores preceptos constitucionales y otras leyes, así como el criterio de jurisprudencia, podemos establecer que existe una clasificación de las formas por las cuales los órganos de poder, con especial referencia a la autoridad judicial y al ministerio público, pueden restringir la libertad corporal de las personas, entre las que cabe mencionar: a) la detención; b) la orden de aprehensión, c) la prisión preventiva; y d) propiamente la prisión como sanción.

Siguiendo un orden sistemático, procederemos a la exposición y análisis de estas formas de restricción a la libertad personal.

En cuanto al primero de los supuestos, es decir, la detención, existen diversidad de opiniones para sentar un concepto, entre las que cabe citar a Manuel Rivera Silva, quien, citando a Bustamante dice que es "el estado de privación de la libertad que sufre una persona por mandato de un juez.", y, continúa, "La detención es el estado de privación de libertad en que se encuentra una persona cuando ha sido depositada en una cárcel, o prisión pública, u otra localidad, que preste la seguridad necesaria para que no se evada."<sup>4</sup>

En cuanto al concepto enunciado en primer término, a

---

<sup>4</sup> El procedimiento penal, 23a. ed. Editorial Porrúa, México, 1994, p. 135.

nuestro criterio, es insuficiente, pues del contenido nuevo del artículo 16 Constitucional, se advierte que no sólo la autoridad judicial se encuentra facultada para emitir mandamiento de detención, la que constitucionalmente reviste la calidad de orden de aprehensión o mandamiento de captura judicial, ya que también el Ministerio Público, con la calidad de autoridad investigadora, en averiguación previa, puede decretar bajo su más estricta responsabilidad la detención de personas.

En lo que respecta al segundo concepto, por no ser específico en cuanto a quién la ordena, se considera apto para ser aceptado a los efectos del procedimiento penal.

Silva Silva, al hacer estudio de la privación provisional de la libertad, se advierte que ve a la detención como el género de la restricción a la libertad personal, al decir que "Como medios de detención, mencionaremos los que se enuncian como: orden de aprehensión, flagrancia y caso urgente. En el único caso de prisión preventiva, tenemos al auto de formal prisión, también llamado de reclusión preventiva."<sup>5</sup>

Julio Acero, advierte que "el término aprehensión y detención suelen usarse como sinónimos, que no tiene gran trascendencia y para distinguirlos propiamente hay que considerar como aprehensión el acto mismo de la captura del reo, el hecho material del apoderamiento de su persona. La detención en cambio es un estado: el estado de privación de la libertad que sigue inmediatamente a ese aseguramiento y termina con la formal prisión o la libertad por falta de méritos a las setenta y dos horas siguientes. Por eso cuando el Juez después de la declaración de un individuo que comparece por citación que se le hace, juzga necesario restringir su libertad, no se dice que lo aprehende, faltando todo elemento de violencia o

---

<sup>5</sup> Op. cit. P. 498

sorpresa, sino que lo detiene."<sup>6</sup>

Sobre estas afirmaciones, se observa cierto tino acerca de la semejanza entre la detención y la aprehensión, atento a los efectos, esto es, que ambas figuras se reducen a un estado de hecho de privación de la libertad, solo con la diferencia en cuanto a quien la ordena y la ejecuta, puesto que en lo que se refiere al juez, solo hace una formal declaración de procedencia de la detención cuando la orden de aprehensión ha sido cumplimentada en sus términos o el inculpado le fue puesto a su disposición por la autoridad investigadora junto con las diligencias de averiguación, en cuyo caso en nuestro concepto y atendiendo al nuevo contenido del artículo 16 constitucional, en casos de delincuencia organizada, debería ser la ratificación de la retención decretada por aquella autoridad, atendiendo al prefijo de la palabra retención, entendida gramaticalmente como reiteración, repetición.

En base a los criterios expuestos podemos sustentar un concepto simple acerca de la detención en los siguientes términos: Detención, es el estado de hecho, material, de privación de la libertad de una persona, con independencia del órgano o autoridad que la decreta o la ejecute y del lugar donde se guarde, que puede comprender desde el momento mismo de acción de su captura hasta el momento en que se compurga la sanción impuesta inclusive. No debemos pasar por alto que existe otro tipo de detención, que no restringe la libertad personal, en los casos de delitos que se sancionan con pena de multa o con pena alternativa, que por sus efectos en la práctica se le suele denominar virtual.

En cuanto a la detención propiamente dicha, considerada como excepción a la regla general, que es la orden de aprehensión a la que se refiere el artículo 16 de la

---

<sup>6</sup> ACERO JULIO. Procedimiento penal. 7a. ed. Editorial Cajica, México, 1976. P. 127.

Constitución Federal que nos rige, como fundamento supremo contenido en sus párrafos tercero y siguientes, procederemos a su estudio en los siguientes términos:

a) Cuándo y cómo puede acontecer, haciendo referencia al tiempo y casos en que procede;

b) Quién la puede decretar, haciendo referencia a los órganos de poder encargados de la procuración e impartición de justicia;

c) Quién la puede ejecutar, en cuanto a su aspecto material;

d) Sus efectos;

e) Dónde se guarda, en cuanto al lugar de reclusión.

A) Cuándo y cómo puede acontecer. Hace referencia al tiempo y casos en que puede acontecer (delito flagrante y caso urgente), por lo que en apreciación de lo que dispone el mismo precepto Constitucional en su párrafo cuarto:

"En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público."

De su contenido, se infiere que el tiempo del supuesto de detención que nos ocupa es en tratándose de delito flagrante, esto es, en el momento mismo de ejecutarse el delito, según se desprende del contenido del primer supuesto que previene nuestra ley procesal en el artículo 153, que dispone:

"Se entiende que existe flagrante delito, no sólo cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpado es perseguido materialmente, o cuando inmediatamente después de cometerlo, alguien lo señala como responsable del mismo delito y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o las huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad."

El anterior precepto nos da la pauta para establecer, como

así se inclinan diversos autores nacionales (Rivera Silva, García Ramírez, Silva Silva, Ovalle Favela, Acero, entre otros) que se dan tres supuestos en relación a la flagrancia: 1.- La flagrancia propiamente dicha; 2.- La cuasiflagrancia, y; 3.- La presunción de flagrancia, por lo tanto, pasaremos a hablar de estos tres supuestos en que puede verificarse una detención.

Se requiere, en primer término, que el agente activo del delito, sea asegurado en el momento mismo de estarlo ejecutando.

En segundo término, cuando ejecutado el delito, se persiga al inculcado inmediatamente, sin interrupción en su persecución, logrando así su aseguramiento; y, para el último supuesto, se considera que también debe haber o existir una inmediatez entre la ejecución del delito y la persecución del inculcado, además, una interrupción en ésta por cualquier circunstancia, y por la cual no se logre a el aseguramiento del inculcado, sino con posterioridad, encontrándosele evidencias del delito, como lo son entre otros, el objeto material del delito, el instrumento del mismo, en su caso, y exista, además, quien le atribuya la autoría del delito en cualquiera de sus formas.

Respecto del último de los supuestos, se presenta el problema del tiempo transcurrido entre la interrupción de la persecución del agente activo y el momento de su aseguramiento, es decir, que nuestra ley no previene el tiempo que deba transcurrir, advirtiéndose un vacío en ese sentido; al efecto, es de destacarse que en el Distrito Federal se ha legislado y resuelto el problema, incluso se amplía el concepto de flagrancia, que, estimamos, tiene su fundamento en razones de política criminal, con la finalidad de justificar detenciones de sujetos relacionados con conductas delictivas, en los que no se actualizan ninguno de los supuestos de flagrancia a que hemos hecho referencia, ante la ola desmedida de delincuencia registrada principalmente en el Distrito Federal, así como a la

enérgica protesta de la ciudadanía, pugnando por que esas presuntas conductas delictivas no queden impunes, lo que se traduce en una exigencia de seguridad pública, en efecto, se han reformado preceptos que amplían los supuestos de flagrancia, al crear la figura de la flagrancia equiparada, publicadas en el Diario Oficial de la Federación en fecha 13 de mayo de 1996, como lo son el artículo 267 del Código de Procedimientos Penales en su primer y último párrafo, en los términos siguientes:

"Artículo 267.- Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es perseguido materialmente después de ejecutado el delito.

"Se equipara a la existencia de delito flagrante cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con ella en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito, siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito."

No está por demás invocar el concepto que en la doctrina se tiene de la Flagrancia; así, Silva Silva, nos dice, al hablar de Flagrancia Estricta que la hay cuando el sujeto detenido es sorprendido en el momento mismo de estar ejecutando o consumando la conducta delictiva. Su concepto se encuentra vinculado con las frases consumativas o ejecutiva de un delito; es decir, en el iter criminis; al hablar de la cuasiflagrancia, dice que una persona puede ser detenida aún después de que ejecutó o consumó el delito, pero siempre y cuando no se le

haya perdido de vista y aún haya sido perseguida desde la realización del hecho delictuoso; y por lo que respecta a la presunción de flagrancia nos dice que en este supuesto el individuo ni ha sido prendido al ejecutar o consumir el delito, y tampoco ha sido perseguido luego de cometido. Aquí solo existen datos que hacen factible pensar que ese sujeto fue el autor, y ejemplifica: el encontrarle en su poder la cosa robada, o el arma ensangrentada, implica presunción de flagrancia.<sup>7</sup>

El segundo de los supuestos de acontecimiento de la detención, lo tenemos en casos de Urgencia, según se desprende del contenido del párrafo quinto del artículo 16 Constitucional, del texto siguiente:

"Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda substraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder."

Sin precisar un concepto sobre lo que debemos entender por casos urgentes, esta disposición es llevada íntegramente de nuestra Ley Suprema a la legislación secundaria, tanto en los Códigos Procesales penales del Distrito Federal como de nuestra Entidad, estableciendo tanto una facultad como una obligación para el Ministerio público como autoridad investigadora persecutora de los delitos, en averiguación previa, por lo que trataremos de precisar someramente sus requisitos.

Son tres las condiciones que consideramos propias del mandamiento de detención y que incumben a ésta, que se deben actualizar para que la autoridad investigadora considere que se encuentra ante un caso de urgencia.

---

<sup>7</sup> Op. cit. P. 504.

Condición primera: Que se trate de un delito grave. Se recurre a nuestra legislación penal, y de acuerdo al conjunto de elementos de prueba con que hasta el momento se cuenten en las diligencias de actuación, se analizará la conducta que se atribuye al inculpado, esto es, determinará si se amolda a alguna de las conductas que como delitos se enumeran en la Ley penal o en alguna ley especial, y si la misma se encuentra catalogada como delito grave, en términos del artículo 8 bis del Código Punitivo de nuestra Entidad, es decir, que sean de aquellos que perturben de manera seria la paz y seguridad públicas.

Condición Segunda: Que exista riesgo fundado de que el inculpado pueda substraerse a la acción de la justicia. Se trata en este caso de la apreciación que el Ministerio Público haga, también en base al conjunto de datos de prueba que hasta el momento se haya allegado que lo hagan suponer, de manera objetiva, que el inculpado pretende evadir la acción penal, en atención a las circunstancias personales, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, a ser sorprendido o tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho o, en general, o cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede substraerse a la acción de la justicia, según contenido del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

Respecto del fin de este supuesto, haciendo mención directa de las medidas precautorias, no podía faltar el comentario del siempre atento de las reformas en materia procesal penal, doctor García Ramírez, quien al efecto señala "...el legislador constituyente está invocando en este punto, de manera expresa y directa, el argumento primordial en favor de la pertinencia -no diré de la justicia- de las medidas precautorias de carácter personal: evitar que por la evasión del inculpado resulte impracticable el proceso o inoperante la

sentencia."<sup>8</sup>

Tercera Condición: Que la autoridad investigadora no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias. Implica este requisito algunos motivos de imposibilidad de la autoridad investigadora en la etapa de averiguación, de acudir ante la autoridad judicial. En cuanto a la hora, es de pensarse en el caso de que después de las quince horas con treinta minutos, al menos en nuestra Entidad, cuando se supone ya no se labora de acuerdo al horario oficial de lunes a viernes, y después de las catorce horas en sábados, domingos y días festivos, desde luego no se puede acudir ante la autoridad judicial, dado que las labores de investigación en averiguación previa se suponen ininterrumpidas, puesto que se labora hora tras hora durante todo el año, justificándose la primera de las razones.

En el segundo supuesto, asumimos que al menos en áreas urbanas, donde en el mismo lugar de residencia de las oficinas del ministerio público se encuentran juzgados penales, o al menos se encuentran a corta distancia, piénsese en todos los lugares que circundan a la Ciudad Capital, la capital del Estado como ejemplos, no cabría invocar la razón de lugar, por lo tanto, sólo opera en lugares apartados de donde se encuentren los juzgados, en las serranías, rancherías, costas y lugares similares, influyendo al respecto también la carencia de medios de comunicación y transporte.

Por último, el supuesto de "cualquier otra circunstancia", implica una exigencia también objetiva, razonable, la que debe invocar la autoridad, imponiéndose por consiguiente la prohibición de invocar circunstancias subjetivas, como por ejemplo meras suposiciones que no sean acordes con los datos con los que cuenta, apreciaciones personales de la autoridad

---

<sup>8</sup> GARCIA RAMIREZ, Sergio. El nuevo procedimiento penal. Editorial Porrúa, México, 1994. P. 23.

que no tengan sustento legal.

Existe opinión que para ordenar una detención bajo estos supuestos, el ministerio público ya debe tener por satisfechos los requisitos que exige el párrafo segundo del artículo 16 constitucional, al decir Ovalle Favela que "Si sólo por razón de la hora, el lugar u otra circunstancia similar el Ministerio Público no puede acudir a la autoridad judicial a solicitar la orden de aprehensión, ello significa sin lugar a dudas, que debe tener satisfechos todos los requisitos que establece el párrafo segundo del propio artículo 16 para solicitar la orden de aprehensión, particularmente los datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, pues de otra forma no tendría para qué acudir a la autoridad judicial, como debería poder hacerlo si se tratase de otra hora, lugar o circunstancia similar."<sup>9</sup> Opinión que compartimos en razón, primordialmente en caso de delitos graves, de asegurar la presencia del inculpado en el proceso, esto es, para alcanzar los fines del proceso, adquiriendo preponderancia al respecto la razón de que el inculpado pretenda evadir la acción de la Justicia.

Desde luego que los anteriores supuestos de detención, tendrán actualidad en la etapa de averiguación previa, primera de las fases de las que se integra el procedimiento penal.

Cabe hacer la aclaración de que otro de los casos en que procede la detención, lo es el de la orden de aprehensión, decretada por la autoridad judicial, sin embargo, como ya dijimos es considerada una regla general en orden a la prevalencia en que se encuentra colocada en el texto constitucional, aunque acontece en una segunda etapa procesal, por lo que haremos su estudio en otro apartado de este trabajo.

---

<sup>9</sup> OVALLE FAVELA, José. Garantías constitucionales del proceso. Editorial Mc Graw Hill. P. 214.

Asimismo, tenemos la detención posterior al cumplimiento de orden de reaprehensión, ya sea para continuar el procedimiento o para efectos de compurgar alguna pena privativa de libertad, en los casos de los procesados que venían gozando de libertad provisional bajo caución o bajo protesta.

No pasa desapercibido que también se exige de la autoridad investigadora el que debe fundar y motivar su proceder, lo que consideramos era innecesario regular a ese respecto, atento al primer párrafo del mismo artículo, que ya contempla esa obligación para toda acto de autoridad, entre los que encontramos, desde luego, los del Ministerio Público, lo que se traduce en garantía para el inculpado.

B) Quién la puede decretar: La cuestión hace referencia a los órganos de poder que intervienen en la procuración e impartición o administración de justicia, esto es, al Ministerio Público como autoridad investigadora y al juez como órgano jurisdiccional en materia penal, respectivamente.

Al primero se le faculta, como ya observamos en términos del artículo 16 párrafos cuarto y quinto de la Constitución Federal, en relación al artículo 152 y 153 del Código de Procedimientos Penales de nuestra Entidad, en casos de delito flagrante y de urgencia; para el primer caso, se presupone una detención ejecutada ya sea por alguna otra autoridad en ejercicio de sus funciones o por particulares, en términos del párrafo cuarto del artículo 16 constitucional.

En cuanto al juez penal, se le faculta en términos del segundo párrafo del artículo 16 constitucional en relación al 176 y 155 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, mediando previamente la solicitud del Ministerio Público, al ejercitar acción penal, de librar orden de aprehensión, y 177 y 153 A párrafo último del citado Código en relación al párrafo sexto del 16 Constitucional, concediéndole la facultad de ratificar o no la detención del inculpado, consignado detenido.

C) Quién la puede ejecutar: Esta interrogante se refiere al órgano o sujeto encargado de privar legalmente de su libertad a un presunto delincuente. En cuanto a los órganos, esto es, en tratándose de autoridades se impone como una obligación cuando con motivo del ejercicio de sus funciones tienen conocimiento de un hecho delictivo, de los que se persiguen de oficio, debiendo proceder al aseguramiento del inculpado, tal es el caso de elementos de cuerpos policíacos en general, y a la policía, antes denominada judicial, auxiliar del Ministerio Público, en cumplimiento de mandatos de éste y del juez, en órdenes de detención y aprehensión respectivamente.

La detención pueden ejecutarla incluso particulares, ya sea con la calidad de testigos o de ofendidos o víctimas del delito, quienes son quienes resienten la lesión a bienes jurídicos por la conducta delictiva, en tratándose de delito flagrante, con la obligación de poner al asegurado a disposición de la autoridad inmediata o del Ministerio Público. Estas facultades de detención las encontramos en los mismos artículos de la Constitución y del Código Procesal Penal, con excepción de la aprehensión decretada por la autoridad judicial.

D) Efectos. Entre otros efectos, encontramos el que una vez asegurado un inculpado, en cumplimiento de una orden de detención o de aprehensión, sea puesto a disposición de la autoridad inmediata o la investigadora para la debida integración de la averiguación previa, y a la del juez de la causa para incoarle el proceso, respectivamente.

E) Dónde se guarda: Tiene referencia en cuanto al lugar de reclusión, la cual se da en averiguación previa, en las denominadas galeras, que son áreas de seguridad y que forman parte de las instalaciones en que tiene sede las oficinas del Ministerio Público; ejecutada una orden de aprehensión, seguido el procedimiento hasta el compurgamiento de la pena, en centros

preventivos en el Estado de México, y reclusorios preventivos en el Distrito Federal, y centros de readaptación social, penitenciarias o colonias penitenciarias respectivamente.

## 2. ORDEN DE APREHENSION.

Figura de gran importancia reviste la orden de aprehensión en el procedimiento penal, señalada en cuanto a su naturaleza como una medida precautoria o providencia cautelar a efecto de asegurar los fines del proceso, ya que en similares términos es definida por Silva Silva, al decir que "... es una providencia cautelar, dispuesta por el tribunal para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona, con el fin de lograr los aseguramientos propios que las medidas privativas de libertad implican (asegurar eventual condena, presencia al proceso, impedir destruya pruebas, etc.)"<sup>10</sup>

Para una mejor comprensión de su naturaleza, debemos precisar qué es una medida cautelar o providencia precautoria, llamadas también proveimientos cautelares, medidas de preservación o cautelares, medidas provisionales de cautela, medidas preventivas de seguridad; conforme a la doctrina mexicana encontramos que Héctor Fix Zamudio, señala que "son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para preservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso", citado por Silva Silva.<sup>11</sup>

Destaca de la diversidad de denominaciones y del concepto expuesto, que son medidas con efectos provisionales en contra del inculpado, por ser personal, como figura primordial del procedimiento penal hasta en tanto no se resuelve en

---

<sup>10</sup> Op. cit. P. 498.

<sup>11</sup> Ibid. P. 483.

definitiva, a través de sentencia ejecutoria, su situación jurídica.

De entre ese tipo de medidas, en nuestro sistema procesal penal encontramos entre otras, las formas de restricción de la libertad personal a que hemos hecho mención anteriormente, con excepción de la prisión como pena, dada su característica de definitividad, aunque de efectos transitorios, dado que no se contempla la prisión perpetua, esto es, la que termina hasta el momento en que el condenado muere.

De igual forma, sobre dichas medidas, conviene hacer referencia sobre la denominada Arraigo, en razón de que la relacionaremos con posterioridad con el tema de nuestro trabajo, como sustituta precisamente de la prisión preventiva para ciertos delitos o de la libertad provisional bajo caución, a fin de que sólo sea denominada libertad provisional, concebida con la finalidad de que el inculcado no evada la acción de justicia, dándole además el carácter de derecho constitucional del inculcado, sustituyendo a la prisión preventiva para ciertos delitos, a fin de que no sea privado provisionalmente de su libertad hasta en tanto no se resuelva en definitiva su situación jurídica.

Es considerada dicha medida como un auténtico confinamiento, esto es, una necesidad de residir en determinado sitio, sin poder salir de él, a no ser que medie autorización expresa del juez de la causa.<sup>12</sup>

Cabe decir que en nuestra legislación procesal penal estatal se encuentra regulada esta medida precautoria en el artículo 165.

Fundamento supremo de la orden de aprehensión, lo encontramos en el actual párrafo segundo del numeral 16 de la Constitución General de la República, que a la letra dice:

---

<sup>12</sup> HUACUJA BETANCOURT, Sergio. La desaparición de la prisión preventiva. Editorial Trillas, México, 1989. Pp. 110 y 111.

"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado."

De esta disposición, podemos exponer un concepto de la orden de aprehensión en los siguientes términos: Es el mandato de captura, esto es, de privación de la libertad de una persona, con efectos provisionales, decretada por la autoridad judicial a fin de incoarle un proceso o procedimiento penal.

Este mandato, como garantía constitucional en favor de los gobernados podemos entenderla como facultad y como obligación de la autoridad judicial como órgano de poder. En efecto, es facultad, ya que constitucionalmente sólo puede ser decretada por la autoridad judicial, y obligación porque de esta forma se cumple de manera anticipada en ciertos casos, la función punitiva que tiene el Estado, es decir, la de sancionar corporalmente a quien infringe la ley penal.

En orden a la redacción del precepto constitucional reproducido, advertimos que la orden de aprehensión, en concordancia con la garantía relativa a los actos de molestia de la autoridad, debe revestir los siguientes requisitos:

1.- El de autoridad competente, esto es, que únicamente la autoridad judicial en materia penal, con jurisdicción en el lugar del hecho, podrá decretarla; que debe constar por escrito, debidamente firmada por la autoridad judicial, precisando su cargo.

Por autoridad judicial, en sentido formal, debe entenderse aquel órgano estatal que forme parte del poder judicial, bien sea local o federal, según el caso.<sup>13</sup>

2.- Los de motivación y fundamentación a que se refiere el

---

<sup>13</sup> BURGOA, Ignacio. *Op. cit.* P. 608.

artículo 16 constitucional párrafo primero, relacionados a los siguientes aspectos:

a) La existencia previa de una denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado como delito;

b) Que éste se sancione cuando menos con pena privativa de libertad;

c) Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del inculcado.

Del primero de los requisitos señalados, ya decíamos que la regla general de la detención es la orden de aprehensión, la que sólo la autoridad judicial, por mandato constitucional puede ordenar, previo pedimento del ministerio público, siendo la excepción delito flagrante y casos de urgencia.

Por denuncia se entiende el acto por el cual se pone en conocimiento de la autoridad investigadora la posible comisión de un hecho delictuoso, pudiéndolo hacer cualquier persona en tratándose de delitos que se persiguen de oficio, atento a las opiniones uniformes en este sentido de la doctrina mexicana, entre otros por Zamora-Pierce, al decir que "La denuncia es la noticia que da cualquier persona a la autoridad competente sobre determinado hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible de oficio." <sup>14</sup> Como ejemplo podemos citar los delitos de Homicidio, Robo con Violencia, etc.

En cuanto a la querrela, es entendida en similares términos a la denuncia, en cuanto se hace comunicación a la autoridad investigadora de una conducta posiblemente constitutiva de un hecho delictuoso, con la salvedad de que únicamente procede en tratándose de delitos que se persiguen, precisamente, a petición de parte ofendida o de sus representantes. Un concepto sobre esta figura procesal, lo

---

<sup>14</sup> ZAMORA-PIERCE, Jesús. Garantías y proceso penal. 8a. ed. Editorial porrúa, México, 1996. P. 15.

obtenemos del mismo autor en cita, al expresar que "La querella es la noticia que dan las personas limitativamente facultadas, a la autoridad competente, sobre determinado hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible a petición de parte, expresando su voluntad de que se persiga penalmente.<sup>15</sup> Así por ejemplo, el propietario de la cosa objeto material del delito en el Abuso de Confianza, el cónyuge ofendido en el delito de Adulterio, etc.

Respecto de la acusación, debemos entenderla como sinónimo de la querella, como así lo señala García Ramírez,<sup>16</sup> pero no debemos pasar por alto que la voz acusación en el foro, y de acuerdo a nuestra legislación procesal estatal, es empleada en la etapa procedimental denominada juicio, en la cual el Ministerio Público hace formal acusación en contra del inculpado, quien en esa etapa adquiere el nombre de acusado en el caso de que en concepto del representante social haya lugar a acusar, según lo que dispone el artículo 271 de nuestra Ley Procesal.

Regulan lo conducente a la denuncia y la querella lo dispuesto por los artículos 103 al 115 del Código de Procedimientos Penales en vigor en el Estado de México.

Respecto del segundo aspecto que nos ocupa, debe decirse que la conducta denunciada o querellada, constitutiva de delito, requiere que sea sancionada con pena privativa de libertad, esto es, con pena de prisión, atendiendo a que existen delitos que se sancionan únicamente con pena de multa, o con pena alternativa, es decir, con pena de prisión o de multa, existiendo al respecto una disyuntiva para el juez al momento de dictar sentencia y aplicar la pena que se previene como sanción.

En cuanto al tercer aspecto del segundo de los requisitos

---

<sup>15</sup> Ibidem. P. 16.

<sup>16</sup> Vid.Op. cit. P. 10.

que debe satisfacer todo mandamiento de captura como acto de molestia, ya que no tiene carácter definitivo, tenemos el de que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado.

En cuanto a los primeros, cabe señalar que con la reforma constitucional de 1993, se dejó a un lado la inexactitud que anteriormente prevalecía, derivada de la interpretación hecha por los Tribunales Federales, en el sentido de que para librar una orden de aprehensión, no era necesario que se comprobara el cuerpo del delito, incluso dejando atrás esta expresión, para dar paso a una figura en nuestra Ley Suprema, pero no por eso desconocida anteriormente, dando mayor amplitud a la figura del delito, puesto que con antelación, de acuerdo a las normas procesales respectivas, el cuerpo del delito, de acuerdo con nuestra ley procesal, en su artículo 128, se reducía a la comprobación de los elementos materiales del delito, y con la nueva expresión se alude, además de los materiales, a los de carácter normativo, descriptivos y subjetivos, englobando en su conjunto las formas de conducta, como acción, omisión, comisión por omisión, ya sea dolosa o culposa, al resultado, traducido en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, a las formas de participación del sujeto activo, a cualidades de éste, así como del pasivo, modalidades que incluyen ya sea las circunstancias calificativas o atenuantes, etc., que revisten los aspectos positivos del delito, como en lo conducente lo expresa García Ramírez, al hablar de los elementos necesarios y congruentes.<sup>17</sup>

Consideramos que con la nueva disposición se resaltan los principios contenidos en el artículo 14 constitucional, por lo cual nos parece interesante el comentario que hace el maestro Díaz de León a propósito del cambio de denominación de "cuerpo del delito" a "elementos del tipo del delito" en los siguientes

---

<sup>17</sup> Ibidem, P. 156.

términos "...debe mencionarse que en nuestro sistema penal el principio de legalidad es de capital importancia, en virtud de que él evita no únicamente la indebida aplicación del ius puniendi, sino, igualmente, impide la ilegalidad del poder político jurisdiccional, y es por ello que ha merecido ser sostenido en nuestra Constitución Política en el artículo 14, al disponer que queda prohibido imponer pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate; de este principio se deriva, inmediatamente, el que una conducta humana sólo pueda castigarse cuando está prevista por un precepto que describa diáfananamente la acción prohibida o exigida mediante la conminación de una pena. A esto se denomina tipo, o sea la descripción del delito que contiene una ley penal, el cual, para objetivarse, requiere de la tipicidad; es decir, el tipo como figura básica de nuestro sistema penal es la descripción legal que permite averiguar si con una conducta existe o no la tipicidad; así la tipicidad será, por tanto, la adecuación de una conducta a un tipo, resultando de esta manera que en la materia criminal la tipicidad resultará de la comparación que haga el órgano jurisdiccional de la acción particular, concreta y temporal, que realiza el agente, con la descripción genérica, abstracta y permanente de la ley (típica) para ver si existe entre ellas una adecuación, desprendiéndose de todo esto que el tipo viene a ser ese enunciado normativo perteneciente a la legislación, a la conducta humana; salta a la vista la importancia del tipo, en tanto que para que una conducta sea punible se requiere de la tipicidad, entendida como la adecuación de la acción a un tipo, como descripción legal que en forma abstracta prevé." <sup>18</sup>

No obstante la reforma constitucional, en lo que respecta a nuestra ley procesal, con poca técnica jurídica el legislador

---

<sup>18</sup> DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Código Federal de Procedimientos Penales Comentado. Suplemento número dos. 3a. ed. Editorial Porrúa, México, 1994. Pp. 25 y 26.

mexiquense realizó su reforma, como puede advertirse de la simple lectura del contenido del artículo 128 del Código Adjetivo de la Materia, pues sólo se concretó a cambiar la denominación cuerpo del delito pero sin detallar más a fondo sobre lo que debería entenderse por elementos del tipo penal, sin que haya lugar a decir lo mismo del legislador federal y del ordinario del Distrito Federal, que en sus artículos 168 y 122 de sus respectivos códigos, especifican y desentrañan el sentido del precepto constitucional, y con mejor congruencia con la Constitución precisan las disposiciones relativas a elementos del tipo penal, adoptando al parecer la corriente finalista del delito, en la que se estudia al dolo y a la culpa en el tipo, extrayéndolos del elemento culpabilidad, como se advierte de lo que exponen Márquez Piñero, Madrazo, y Vela Treviño, entre otros.<sup>19</sup>

Un último requisito y de primer orden, que incumbe no al juzgador como autoridad ordenadora, sino al Ministerio Público, no contenido expresamente ni apreciable en el segundo párrafo del artículo 16 Constitucional, es el referido a que la orden de aprehensión debe ser solicitada por el Ministerio Público, como lo advertimos del contenido del artículo 102 de nuestra Ley Suprema, relativo a la organización y funciones de dicha Institución, al establecer en lo conducente que "incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpadados;...", como así lo ha sustentado la Suprema Corte, en el sentido de que para dictarla es necesario que lo pida el Ministerio Público, y si éste no

---

<sup>19</sup> Vid. MARQUEZ PIÑERO, Rafael. El tipo penal, algunas consideraciones en torno al mismo. UNAM, México, 1986. P. 237 y ss.; MADRAZO, Carlos A. La reforma penal (1983-1985). Editorial Porrúa, México, 1989. Pp. 58 y 59. VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad. 2a. ed. Editorial Trillas, México, 1991. P. 152 y ss.

solicita dicha orden, el juez no tiene facultades para expedirla", citada por Zamora Pierce.<sup>20</sup>

El pedimento debe hacerse al ejercitar la acción penal en su pliego de consignación ante el juez. Esta obligación se regula en nuestra Entidad por los artículos 155 y 168 fracción II del Código de Procedimientos Penales, que previenen esa condición de petición, y las facultades del Ministerio Público en ejercicio de la acción penal, entre otras la de solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión que sean procedentes, respectivamente; de manera que, si el juez, sin pedimento previo del representante social, ordena la aprehensión de una persona, aunque se haya ejercitado acción penal en su contra, incurre en violación de garantías en perjuicio de dicha persona.

Conforme a lo que dispone el artículo 176 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, el mandato de captura debe hacerse en el mismo auto de radicación, el cual debe dictarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a su recepción en el juzgado, previa cuenta ante el juez que se rinde por el secretario, de lo que debemos decir que por lo regular este imperativo legal no se cumple, en atención al exceso de trabajo que impera en los juzgados, considerando por consiguiente que debería de establecerse un término razonable, atendiendo al número de fojas de los autos, el que no debe ser menor a tres días, para un mejor dictado de la resolución que ordene la aprehensión cuando así proceda, pues de una resolución apresurada resulta que dan lugar a la promoción de numerosos amparos, que traen como consecuencia la concesión del amparo y protección de la justicia de la Unión, en ocasiones lisa y llana, y en otras para efectos de subsanar deficiencias de motivación y fundamentación, y en los casos en que no se demanda amparo, una vez cumplida la orden, si no se aportan

---

<sup>20</sup> Op. cit. P. 18

datos en beneficio del inculpado, siendo inconstitucional la orden, también lo será el auto de formal prisión, con detrimento a la libertad personal de quien se vea relacionado con un mandato de esta naturaleza, aumentándose así, también en su caso, el número de personas en prisión preventiva indebida.

### 3. FORMAL PRISION.

Del contenido del artículo 19 Constitucional, al disponer que "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste", obtenemos que representa una garantía para el inculpado, traducida en la prohibición para la autoridad judicial de prolongar detenciones de inculpados puestos a su disposición, ya sea por cumplimiento de una orden de aprehensión o por que le fue consignado asegurado, es decir, ya detenido en averiguación previa por el Ministerio Público en los casos de delito flagrante o de urgencia.

La detención excedida de este término de setenta y dos horas o en su caso, ciento cuarenta y cuatro horas, deberá estar justificada con un auto de formal prisión, en el que se tengan por acreditados por la autoridad judicial, los elementos que integran el tipo del delito que se impute al inculpado y la probable responsabilidad del mismo.

Sobre las exigencias para el dictado del auto de formal prisión, es decir, de los requisitos que debe revestir, resultan similares y aplicables los que se requieren para el dictado de la orden de aprehensión a que hicimos estudio anteriormente, como consecuencia de la reforma de que fueron objeto los artículos 16 y 19 constitucionales en 1993, ya que

se advierte de manera clara una identidad respecto de las condiciones que deben reunir ambos actos de molestia, traducidos en medidas precautorias o cautelares en el procedimiento penal, por lo tanto, sobre el particular nos remitimos a los comentarios anteriormente expuestos.

En nuestra Entidad, los preceptos que en lo esencial regulan el dictado de la formal prisión, así como el de sujeción a proceso, de similares características y efectos, no así en cuanto a la restricción de la libertad personal, los encontramos en los artículos del 189 al 197 del Código de Procedimientos Penales, de los que podemos señalar algunas formalidades en los siguientes términos:

Además de los requisitos que previene el precepto constitucional, se exige que se haya tomado previamente la declaración preparatoria del inculpado con los requisitos de ley, además que no esté comprobada en su favor alguna causa excluyente de responsabilidad o que extinga la acción penal.

Como innovación, encontramos el que puede ser duplicado el término de 72 horas con que el juzgador cuenta para resolver la situación jurídica del inculpado, lo que consideramos un acierto en favor de éste, ya que sólo el mismo o por conducto de su defensor puede ampliarse ese término, con la finalidad de aportar pruebas que le beneficien, evitándose así, en ocasiones, procesos innecesarios.

Como efectos del auto de formal prisión y de sujeción a proceso, encontramos que son los de precisar el delito o delitos por los que forzosamente se seguirá el procedimiento y de someter al inculpado a la jurisdicción de su juez, lo que tiene relación con la prisión preventiva que debe guardar el inculpado en los lugares de reclusión destinados para ese efecto, mientras dure el proceso, en los casos en que no se tiene acceso a la libertad provisional caucional, ya sea por la gravedad del delito o por la precaria situación económica del procesado.

El escrito en que consten esos actos, deben contener: El lugar, la fecha y la hora en que se dicten; la exposición de los hechos delictuosos imputados al inculpado por el Ministerio Público, la expresión del lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y demás datos de prueba existentes hasta ese momento, el delito o delitos por los que deberá seguirse el proceso; nombre y firma del juez y su secretario que autorice.

Dichas resoluciones deben ser notificadas al titular del lugar de reclusión del inculpado, ordenando la identificación administrativa del procesado, lo que comúnmente se conoce como "que sea fichado".

Una de los caracteres relacionados con nuestro trabajo, es que el auto de formal prisión no revoca la libertad provisional concedida, excepto cuando así se determine expresamente en el auto o cuando el procesado no se presente a notificar del mismo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se haya notificado (art. 195).

De la disposición expuesta en último término, relativa a la revocación de la libertad caucional, por no presentarse el inculpado a firmar dentro del término de cinco días siguientes al dictado del auto de formal prisión, podemos aseverar que contraría lo dispuesto por el artículo 354 fracción I de la misma Ley Procesal, reglamentario de la disposición constitucional de revocar ese beneficio por casos graves, ya que en el supuesto de revocación por la causa en mención se violaría la garantía de audiencia del inculpado, al dejar de oírlo exponiendo los motivos sobre su falta, por consiguiente, esta disposición, de seguirse contemplando como una causa de revocación de la libertad bajo caución, debería de trasladarse al citado artículo 354.

En relación a lo antes expuesto, no debemos de pasar por alto que los tribunales cuentan con personal cuya función es la de notificar las resoluciones a las partes en el lugar que al efecto señalaron, cuyo efecto será el de hacer saber entre

otras obligaciones, la de hacer comparecer al procesado ante el órgano jurisdiccional para instruirle el proceso, por lo tanto, consideramos que resulta innecesaria la disposición en comento.

Podemos agregar, como lo expresa Silva Silva, que a través del auto de formal prisión, también llamado de prisión preventiva, se confirma, homologa u ordena una medida cautelar restrictiva de la libertad física. La confirmación, si el tribunal previamente había ordenado la detención; la homologación, si alguna persona o autoridad diversa a la del tribunal ya la había impuesto; o la ordena, si hasta ese momento no se había dispuesto la detención.<sup>21</sup>

En efecto, el primer supuesto cabe en los casos de consignación con detenido o por cumplimiento de la orden judicial de aprehensión, teniendo como presupuesto la ratificación de la detención o la declaración formal de detención propiamente dicha; el segundo supuesto, se actualiza en los casos en que una autoridad judicial que inicialmente conoció del asunto, resolvió dictando la formal prisión y por incompetente, declina la competencia; del tercer supuesto, como ejemplo podemos citar el caso del cambio de apreciación jurídica que hace la autoridad judicial al resolver la situación jurídica del inculpado, y considera que el delito que se le atribuye es de los que se sancionan con pena privativa de la libertad y no con pena de multa o alternativa como inicialmente se estimó.

Para concluir sobre el tema que nos ocupa, podemos proponer el siguiente concepto del auto de formal prisión: Es la resolución que la autoridad judicial, dentro del plazo de 72 horas, o 114 en su caso, está obligada a dictar, en los casos que procede, en contra de una persona a la que ha considerado probable responsable de la comisión de una conducta antisocial, con los efectos de precisar el delito por el que habrá de

---

<sup>21</sup> Op. cit., P. 507.

seguirse el proceso y someter a su jurisdicción al procesado, restringiendo su libertad personal guardando prisión preventiva, sin perjuicio de la libertad provisional bajo caución a la que pudiere tener derecho como garantía constitucional.

#### 4. LA PRISION COMO PENA.

Bajo esta figura encontramos que se actualiza el acto de molestia privativo a que se refiere el artículo 14 de nuestra Constitución, que recae sobre uno de los bienes jurídicos de mayor valía, como lo es la libertad personal, después de que se han seguido la serie de formalidades esenciales del procedimiento, que se pronuncia en una sentencia judicial, esto es, en la función jurisdiccional, declarando el derecho imponiendo la pena prevista por el tipo penal, al haberse acreditado los aspectos o elementos positivos del delito, sin que se haya demostrado alguna causa excluyente de responsabilidad, ahora conocidas como causas de exclusión del delito, alguna causa de justificación o excusa absolutoria.

Ya decíamos que la prisión como pena, es la consecuencia del delito. Tiene relación con el principio *nullum crimen sine culpa*, esto es, que no hay pena sin culpabilidad. Esta a su vez tiene que ver con el término responsabilidad, la cual es entendida como obligación de responder por las consecuencias de los actos propios y presupone que el sujeto ha cometido un delito con todos sus elementos, mientras que la culpabilidad es uno de los caracteres de del delito.<sup>22</sup>

De la misma autora obtenemos una concepto de la pena, a la que considera "como disminución de uno o más bienes jurídicos impuesta jurisdiccionalmente al autor de un acto antijurídico

---

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ MUÑOZ, Dolores Eugenia. La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla. México, 1993. UNAM. P. 41.

(delito) que no representa la ejecución coactiva, real y concreta del precepto infringido, sino su reafirmación ideal, moral y simbólica."<sup>23</sup>

Sin profundizar en cuestiones penales o de política criminal, procederemos a exponer algunas cuestiones relativas al ámbito procesal.

Decíamos que en nuestro ordenamiento legal, la pena de prisión tiene actualidad al dictarse sentencia ejecutoria, esto es, cuando la autoridad judicial emite una resolución final sobre un hecho en concreto, atendiendo a la pretensión punitiva, imponiéndola como una de tantas que contiene el catálogo legal, y como una específica que previenen la mayoría de tipos penales.

Como dicha pena es aplicable en sentencia, precisaremos un concepto en sentido amplio como se advierte lo hace Silva Silva, quien al respecto dice que "es el acto y la decisión pronunciada por el tribunal mediante la cual da solución al fondo controvertido."<sup>24</sup>

Cuando hablamos de sentencia ejecutoria, pretendemos decir que contra esa resolución, no procede recurso alguno, al menos de los ordinarios que establece la ley procesal, atendiendo a que sin restarle la calidad de juicio al amparo previsto por los artículos 103 y 107 de nuestra Constitución, estimamos a dicha institución protectora de garantías, como un recurso extraordinario, que tiene por objeto determinar si la resolución fue dictada con observancia de los derechos fundamentales constitucionales y procesales, dado que no se regula como uno de los medios de impugnación con que se cuentan en el procedimiento penal. Dicho juicio nos da como resultado una declaración judicial federal de constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado, como lo es la

---

<sup>23</sup> Ibid. P. 46.

<sup>24</sup> Op. cit. P. 370.

sentencia definitiva ejecutoriada.

Ya que hicimos alusión a los medios de impugnación, en razón de que la libertad provisional puede ser objeto de negativa al inculpado, y la ley concede a éste el recurso de apelación, haremos una exposición de dichos medios.

De entre los recursos que la ley adjetiva penal enuncia, encontramos el de Revocación, Apelación, Denegada Apelación, Revisión Extraordinaria, Revisión Forzosa.

En términos de los artículos 300 y 301 del Código Procesal Penal del Estado de México, procede contra los autos contra los cuales no procede el recurso de apelación, tanto en primera instancia como en segunda instancia.

El término para interponerlo, es el de 24 horas contadas a partir de la fecha en que le fue notificada la resolución a la parte que considerase agraviada. Puede resolverse de plano, o previamente oyendo a las partes en audiencia que se celebre dentro de las 48 horas siguientes. Contra la resolución que se dicte no procede recurso alguno. Resuelve la misma autoridad que conoce tanto del asunto como del recurso.

El recurso de Apelación no es definido por nuestra ley, la que sólo se limita a precisar su objeto, por lo que consultando a la doctrina encontramos a Silva Silva, quien nos da este concepto: "es un recurso ordinario a través del cual se reexamina una resolución dictada por el tribunal jerárquicamente inferior y cuyo fin está orientado a que se revoque o modifique."<sup>25</sup>

A diferencia del recurso de revocación, advertimos que es el superior jerárquico de la autoridad que dictó la resolución impugnada, la que resuelve el recurso, denominado también Tribunal de Alzada. En nuestra ley procesal en el Estado de México, se regulan las disposiciones relativas a su substanciación en los artículos 302 al 322, de los que destaca

---

<sup>25</sup> Ibid. P. 438.

lo siguiente:

Tiene por objeto examinar si en la resolución recurrida se aplicó inexactamente la Ley, si se violaron los principios reguladores de la valoración de la prueba o si se alteraron los hechos.

La segunda instancia procede a petición de parte legítima, esto es, de los sujetos que intervienen en el procedimiento, con excepción, desde luego, del juez, ya que tienen derecho a apelar: el Ministerio Público, el acusado y su defensor, y el ofendido o su legítimo representante, cuya personalidad haya sido reconocida, pero únicamente en contra de los autos y las sentencias que admiten el recurso, en cuanto afecten de manera estrecha e inseparable a su derecho para reclamar la reparación del daño o la responsabilidad civil proveniente de la comisión del delito.

Son apelables en ambos efectos las sentencias definitivas en que se imponga alguna sanción.

Son apelables en efecto devolutivo: Las sentencias definitivas que absuelvan al acusado, ciertos autos en que se decrete el sobreseimiento y los que lo nieguen, los autos en que se niegue o conceda la suspensión del procedimiento judicial, los autos de formal prisión y los de falta de elementos para procesar, los autos en que se conceda o niegue la libertad provisional bajo caución; los que concedan o nieguen la libertad por desvanecimiento de datos, y los que resuelvan algún incidente no especificado, el auto en que se niegue la orden de aprehensión y el que niegue la citación para preparatoria, los autos que se pronuncien en materia de jurisdicción o competencia, los que resuelvan las excepciones fundadas en algunas de las causas que extingan la acción penal, las resoluciones que nieguen eficacia al perdón otorgado por el ofendido y las resoluciones que señale la ley.

Para ser admitido el recurso, debe interponerse en el acto de la notificación, por escrito o por comparecencia,

dentro de los cinco días siguientes si se tratare de sentencia y de tres días si se interpusiere contra un auto.

Sobre su admisión no admite recurso alguno y obliga al tribunal a prevenir al acusado para que nombre defensor que lo patrocine en segunda instancia, con apercibimiento que de no hacerlo se le designará al de oficio. Se envía al Tribunal de Alzada el original del proceso en caso de admisión del recurso en ambos efectos y el duplicado en efecto devolutivo.

Ante el Tribunal de Alzada:

Recibidos los autos, se ponen a la vista de las partes por el término de tres días, dentro de los que se puede impugnar la admisión del recurso o el efecto de admisión, y se debe aceptar la defensa; transcurrido ese término, de oficio el Tribunal resuelve si el recurso fue interpuesto en tiempo, si es o no apelable la resolución recurrida, haciendo la calificación de grado, si se cumplió con lo ordenado en cuanto a la obligación del a quo de prevención al acusado y si se aceptó la defensa, caso contrario se procede a la designación del defensor de oficio y se ordena la tramitación de la alzada. El auto ordenará poner los autos a disposición del apelante por diez días, en la Secretaría para que exprese agravios si no los ha expresado, se imponen requisitos que debe observar el ministerio público al expresar sus agravios; si es omiso en expresarlos, o lo expresa con omisión de algún requisito, el Tribunal declara desierto el recurso, operando en favor del acusado la suplencia de la deficiencia de los agravios; se pueden ofrecer pruebas y admitir las mismas, tendientes a probar los agravios o en su caso, las supervinientes; concluido el período probatorio, se señala fecha para la vista, que tendrá lugar dentro de los diez días hábiles siguientes; declarado visto el asunto, quedará cerrado el debate y el Tribunal pronunciará el fallo que corresponda, a más tardar dentro de quince días, confirmando, modificando o revocando la resolución apelada.

La Denegada Apelación procede cuando ésta se ha negado. Se regula por los artículos 323 al 329 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, se concede el término de tres días para su interposición, contados a partir del siguiente al en que se notifique la resolución que niega la apelación; se substancia ante el Superior jerárquico, esto es, ante el Tribunal de Alzada, previa remisión de un informe detallado. Tiene el efecto de declarar sobre la admisibilidad o no admisibilidad del recurso de apelación interpuesto.

El recurso de Revisión Extraordinaria se regula por los artículos 330 al 337 del Código Procesal en cita. Tiene por objeto exclusivo el de declarar, si procede, la inocencia del condenado y anular la sentencia condenatoria. Procede la revisión de sentencia ejecutoriada: Cuando se haya fundado exclusivamente en pruebas que hayan sido declaradas falsas en otro juicio; cuando condenada una persona por el homicidio de otra que hubiere desaparecido, se presentare ésta o alguna prueba plena indubitable de que vive; cuando después de la sentencia aparecieren pruebas indubitables que invaliden las que hayan servido para fundar la condena; y, cuando dos reos hayan sido condenados por el mismo delito y sea imposible que ambos lo hayan cometido; se tramita acudiendo por escrito ante el Tribunal Superior de Justicia, ofreciendo o proponiendo pruebas. Si se declara la inocencia del condenado, se publica íntegramente en el Periódico Oficial del Estado. Cabe la posibilidad de interponerse el recurso por terceras personas especiales en casos de muerte del condenado.

El recurso de Revisión Forzosa, se regula por los artículos 338 y 339 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México. Procede en casos de aplicación por el juez de disposiciones de los artículos 60 y 84 del Código Penal, es decir, por concesión de beneficios de reducción de la pena por situaciones personales del delincuente o por confesión de éste del delito, y remisión judicial de la pena. En razón de que

procede de oficio, abriendo la segunda instancia, dudamos que nos encontremos ante un verdadero recurso, ya que no puede ser interpuesto por las partes contendientes en el proceso, como son el acusado y su defensor o el ministerio público.

## 5. REAPREHENSIÓN.

Gramaticalmente, de acuerdo a la composición de la palabra reaprehensión, podemos entenderla como la reiteración, el volver a restringirle al inculpado su libertad, teniendo como presupuesto el que con antelación ya se le había concedido dicha libertad de manera provisional, en cualquiera de las formas que previene la ley, es decir, ya sea bajo caución, bajo protesta, o porque el delito objeto del proceso se sancionaba con pena alternativa.

Respecto de la primera posibilidad de reaprehensión, ha de recaer previamente una resolución judicial por la cual se le revoque al inculpado el beneficio concedido, es decir, la libertad provisional bajo caución.

Conforme al artículo 354 de la ley procesal penal mexiquense, encontramos que procede la revocación de la libertad provisional en varios casos, al disponer lo siguientes:

"354. La libertad caucional concedida al inculpado se le revocará en los siguientes casos:

I.- Cuando desobedezca sin causa justa y comprobada, las órdenes legítimas del tribunal del conocimiento, después de habersele concedido la garantía de audiencia sobre ese particular;

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

III.- Cuando amenazare al ofendido o a algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su causa, o

tratarse de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, a algún funcionario del Tribunal, o al Agente del Ministerio Público que intervenga en el caso;

IV.- Cuando lo solicite el mismo inculcado y se presente al Tribunal.

V.- Cuando durante la instrucción aparezca que el delito o los delitos materia del auto de formal prisión son de los considerados como graves;

VI.- Cuando en el proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia; y

VII.- Cuando el inculcado no cumpla con alguna de las obligaciones a que se refiere el artículo 353."

Respecto de las anteriores casos en los que legalmente procede revocar el beneficio de la libertad provisional bajo caución, procederemos a formular algunos comentarios.

En relación a la primera fracción, podemos mencionarla como un avance en la materia que nos ocupa, siendo éste uno de los aciertos consecuencia de la reforma constitucional de 1993, atento a que con antelación, v. gr., el tribunal del conocimiento de la causa, por el solo hecho de que el inculcado faltara a una de las audiencias señaladas en autos, de inmediato procedía a la revocación de la libertad provisional concedida al inculcado, considerándosele así como prófugo de la justicia, ordenando, como consecuencia, su reaprehensión, lo que traía serios trastornos en perjuicio del procesado, pues sabido es que, en la vida real, al encontrarse gozando de libertad provisional bajo caución, su vida rutinaria no solo gira en torno al proceso, sino que tiene otra serie de obligaciones sociales y familiares que cumplir, destacando entre ellas la de laborar para allegarse los medios necesarios para su subsistencia y la de su familia, asistencia a ésta en casos de enfermedad, sin dejar a un lado el aspecto educativo, que sin menospreciar las obligaciones procesales que el inculcado adquiere al obtener la libertad caucionada, también

merecen prioridad de atención, pues la economía como la salud, son sólo algunas de las formas por las que el hombre en sociedad, como persona, puede lograr sus metas en la vida; lo expuesto refleja, como un ejemplo, el cómo la prisión preventiva tiene repercusiones en perjuicio de la persona que la sufre durante la tramitación de un proceso penal, a veces injustificado, pues suele suceder que a través de sentencia se les absuelve, y hasta ese momento se le privó de allegarse los medios tendientes a conseguir su felicidad.

Volviendo a nuestro tema, tenemos que ahora, se impone a la autoridad la obligación de oír previamente al inculpado acerca de los motivos que dieron lugar al incumplimiento de sus obligaciones ante el Tribunal, que aunque no pasamos por alto que las faltas traen perturbaciones serias en la marcha normal del proceso, que repercuten incluso en la persona del ofendido, del testigo, a veces de los peritos, no menos cierto es que también existen diversos factores que impiden el normal cumplimiento de las obligaciones a cargo del inculpado, como pueden ser conflictos viales, la salud del inculpado, etc., que de forma alguna implican que pretenda substraerse a la acción de la justicia. Por lo tanto, en caso de incumplimiento de las obligaciones que adquirió al obtener su libertad provisional bajo caución, el inculpado tendrá que justificar y comprobar a satisfacción de la autoridad las causas de incumplimiento.

A propósito de dichas obligaciones, consideramos que se reducen al deber que tiene el inculpado de comparecer tantas y cuantas veces le sea requerido por la autoridad ante la que se desenvuelve el procedimiento penal, para el desahogo de las diligencias que se ofrezcan por las partes y se decreten por la autoridad, pues siempre será necesaria su presencia como lo exige el artículo 201 del Código Procesal, máxime que con su presencia, y el que previamente sea escuchado, se hace efectiva su garantía de audiencia prevista por el artículo 14 constitucional. Asimismo, debe notificar los posibles cambios

de domicilio que llegare a tener, lo que consideramos es para efectos de que se le hagan las subsecuentes notificaciones, y en su caso, para efectos de su búsqueda y recaptura para el cumplimiento de las penas que se le impongan. Una última obligación, de conformidad con el artículo 353 del Código en cita, se traduce en la abstención del inculcado de ausentarse del lugar del proceso, sin permiso previo del juzgado, la que estimamos es impracticable en la realidad, pues aun cuando pudiera considerarse como una buena medida tendiente a impedir que el inculcado se substraiga de la acción de la justicia, no tiene la efectividad que amerita, pues para impedir el libre traslado del inculcado, como por ejemplo del Estado de México donde nos encontramos al Distrito Federal y Entidades federativas circunvecinas se requeriría de una vigilancia especial sobre el inculcado, y apreciamos que existe la posibilidad de que las obligaciones que contrae ante el tribunal, no se le hagan saber por la autoridad, por lo que en caso de incumplimiento en esa situación, consideramos que no habría lugar a revocarle la libertad provisional, pues existe disposición expresa imponiendo la obligación a la autoridad de hacer saber al inculcado las causas de revocación.

Respecto del caso de la fracción II, nuestro parecer es que no basta el simple ejercicio de la acción penal, y en su caso, que se le haya dictado al inculcado un nuevo auto de formal prisión o, en su caso, de sujeción a proceso, sino que al hablar de haya cometido un nuevo delito, implica que ya ha sido declarado, a través de sentencia ejecutoria, ser penalmente responsable de la comisión de alguna de las conductas delictivas que se detallan en la parte especial del Código Penal.

En relación al caso de la tercera fracción, estimamos es una medida tendiente a evitar la práctica viciosa de cohechar a las autoridades y testigos, con la finalidad de que el inculcado resulte beneficiado procesalmente, así como evitar el

que se le afecte en su tranquilidad al ofendido y o testigos que deponen en contra del inculpado, pero también observamos que la ley es omisa en citar al defensor o terceras personas que actúan por instrucciones del procesado, máxime que los últimos, en ocasiones, actúan por propia iniciativa de la forma como se prohíbe al inculpado.

El caso de la fracción cuarta, en la práctica es poco común, pues pudiera considerarse impensable que el mismo inculpado es quien pida se le revoque el beneficio, sin embargo, se dan sus casos.

El caso de la fracción quinta tiene relación con lo que ya comentábamos al avocarnos al estudio de la formal prisión como una de las formas por las cuales se puede restringir la libertad personal, específicamente a los casos en los cuales el auto de formal prisión trae como consecuencia el que se le revoque la libertad provisional de la que venía gozando el inculpado, esto es, cuando el delito, a través de dicho auto, es considerado como grave, debido al cambio de apreciación jurídica.

En el caso de la fracción sexta, se actualiza cuando se dicta auto por el cual causa ejecutoria la sentencia que declaró penalmente responsable al inculpado, dé la comisión de un delito. La finalidad será el que compurgue la pena privativa de libertad que se le impuso, en el establecimiento penitenciario que al efecto se designe por el Ejecutivo del Estado. Tiene su fundamento, además, en el artículo 455 del Código Procesal Penal en el Estado de México.

Respecto del caso de la fracción VII, tiene relación con el comentario de la fracción I, al que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias, no obstante apreciar que son diferentes las palabras órdenes y obligaciones, referidas a mandatos y deberes respectivamente, pues consideramos que los mandatos legales de la autoridad se traducen en obligaciones del inculpado.

A cerca del destino de las garantías que se otorgaron por los diversos conceptos, en casos de revocación, lo apreciamos en el artículo 356 del Código en cita.

Es hasta este supuesto cuando le vemos utilidad a la exigencia de la garantía relativa a la reparación del daño, aunque de manera limitada, pues el ofendido sólo podrá disponer de dicha garantía en los casos de las fracciones I, II, III y VII, siempre y cuando otorgue una fianza que asegure su devolución en caso de que el inculpado sea absuelto del pago de la reparación del daño por sentencia definitiva, lo que consideramos que por disposición de la ley obliga al juzgador a pronunciarse prejuzgando sobre el hecho, de manera que poco le podría durar el gusto al ofendido o víctima de la conducta que se ha considerado delictiva en caso de que se absuelva al inculpado, máxime que se le impone la obligación de afianzar su devolución al inculpado en el caso de absolución, por lo que sostenemos que no beneficia al ofendido de manera inmediata dicha garantía, sino que es hasta sentencia condenatoria en que se concretiza ese beneficio, como se aprecia del artículo 357, al disponer que "cuando resulte condenado el inculpado que se encuentre en libertad bajo caución y se presente a cumplir su condena, las cauciones para garantizar la reparación del daño y las sanciones pecuniarias se harán efectivas, la primera a favor de la víctima o afectado por el delito y la segunda a favor del Estado..."

Otra disposición relativa a los casos de revocación de la libertad provisional bajo caución, es el artículo 355 del Código que nos ocupa, que dice:

"355.- Cuando un tercero haya garantizado la libertad del inculpado por medio de depósito en efectivo, de fianza o de hipoteca, aquélla se revocará:

- I.- En los casos que se mencionan en el artículo anterior;
- II.- Cuando el tercero pida que se le releve de la obligación y presente al inculpado;

III.- Cuando se demuestre la insolvencia del fiador; y

IV.- En el caso del artículo 358."

El citado artículo 358, dispone lo siguiente:

"358.- Cuando un tercero haya constituido depósito, fianza o hipoteca, para garantizar la libertad de un inculpado, las órdenes para que comparezca éste se entenderán con aquél. Si no pudiere desde luego presentarlo, el Tribunal podrá otorgarle un plazo hasta de treinta días para que lo haga, sin perjuicio de librar la orden de aprehensión si lo estima oportuno. Si concluido el plazo concedido no se obtiene la comparecencia del inculpado, se ordenará su reaprehensión y se hará efectiva la garantía en los términos del primer párrafo del artículo 356."

En síntesis, podemos observar que la reaprehensión, como forma de restricción de la libertad personal, ha tenido sustento constitucional: de acuerdo con la reforma de 1993, que es la que ocupa nuestra atención, el artículo 20 en su fracción I disponía, que "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.", y en las disposiciones procesales expuestas y comentadas, se encuentran los casos por los cuales hay lugar a revocarle al inculpado la libertad provisional bajo caución. Igualmente, procede la reaprehensión para efectos de compurgar la sanción privativa de la libertad impuesta, ejecutándose así la sanción.

## CAPÍTULO CUARTO.

### MOMENTOS PROCESALES EN QUE SE PUEDE OBTENER LA LIBERTAD PROVISIONAL.

1. Averiguación Previa.
2. Primera Instancia.
3. Segunda Instancia.
4. Amparo Directo e Indirecto.
5. Formas de exhibición.

## MOMENTOS PROCESALES EN QUE SE PUEDE OBTENER LA LIBERTAD PROVISIONAL

### 1. AVERIGUACIÓN PREVIA.

Antes de iniciar el estudio de lo que es la averiguación previa, preciso es dejar asentado que el procedimiento penal tiene diferentes momentos o etapas procesales, respecto de los cuales las opiniones se dividen, pues no existe uniformidad en cuanto a su división, ya que algunos se inclinan por afirmar que tales etapas son la averiguación previa, la instrucción, el juicio y la sentencia, mientras que otros precisan que sólo se trata de la averiguación previa o preparación del ejercicio de la acción penal, la preparación del proceso y el proceso mismo, que conforma la instrucción, juicio y la sentencia, incluso a la fecha se afirma que también comprende el procedimiento de ejecución, como así se ha interpretado por la Suprema Corte.

La Averiguación Previa es la Primera de las etapas del procedimiento penal, que inicia con la presentación ante la autoridad investigadora, es decir, el Ministerio Público, institución u órgano del Estado titular del ejercicio de la acción penal, encargado de la persecución de los delitos, de una querrela o denuncia, de la notitia criminis, de las que ya exponíamos sobre su concepto, como lo disponen los artículos 103, 104, 105, 107 del Código de Procedimientos Penales en vigor, salvo las limitantes impuestas a la autoridad que el primero y tercero de los preceptos regula.

Satisfecha la presentación de la querrela o de la denuncia, es como se pone en actividad el aparato estatal persecutor de los delitos, el que, con auxilio de la policía judicial, de personas con conocimientos especiales en alguna materia, ciencia o arte, y de acuerdo a la naturaleza del hecho del que tuvo noticia, ordena la práctica de cuantas diligencias sean necesarias hasta llegar, en su caso, al momento con que

culmina su actuación investigadora, denominado determinación, por la cual se resuelve si el hecho motivo de averiguación es constitutivo de delito, y se acredita la probable responsabilidad de persona alguna, da origen al ejercicio de la acción penal, consignando las diligencias de averiguación previa; si sólo amerita reserva, ésta es meramente provisional, ya que esta resolución tiene el efecto de que las diligencias sean remitidas al Ciudadano Procurador y se autorice la reserva, la que tiene lugar cuando son insuficientes los datos de prueba, que hasta ese momento no permiten acreditar los elementos que integran el tipo penal del delito denunciado o querrellado, así como la probable responsabilidad de la persona a la que se atribuye el hecho, o en su caso se ignora sobre la autoría en su comisión, sin perjuicio de que con posterioridad, se puedan allegar nuevos datos; así como el no ejercicio de la acción penal, que es de carácter definitivo.

Existen supuestos de averiguación previa en los que además se encuentra alguna persona sujeta a investigación, detenida por resolución ministerial en casos de delito flagrante o de urgencia, como ya hacíamos mención al hacer estudio sobre la figura de la detención.

Es en este momento, en los casos en que procede, en que se puede hacer ejercicio del derecho a la garantía consagrada en el artículo 20 fracción I de la Constitución Federal, es decir, el derecho a obtener la libertad provisional el inculpado, atento a lo que dispone el artículo 20 fracción X párrafo cuarto de nuestra Ley Suprema.

No obstante la disposición constitucional anterior, reformada en 1993, que de acuerdo al artículo 2 transitorio del Decreto por el que se reforma dicho precepto, impone al legislador ordinario adecuar las legislaciones de los Estados miembros de Federación al nuevo precepto, encontramos que en lo particular en nuestra Entidad, aun cuando se llevó a cabo la respectiva reforma a las disposiciones relativas a la libertad

provisional y otras materias relativas al proceso, no fue realizada lo suficientemente acertada.

Nuestra legislación procesal penal puede considerarse pionera en nuestro país en reglamentar la posibilidad de obtener el inculpaado su libertad provisional desde la etapa de la averiguación previa, pues se contempla en el artículo 154 con anterioridad a la regulación en el Distrito Federal en delitos del orden común y en todo el país en delitos del orden federal.

En tratándose de delitos cometidos por culpa, notamos que requisito sine qua non para la concesión de la libertad provisional en averiguación previa, lo es que se trate de un delito culposo, por lo que trataremos de explicar ambas figuras conforme a lo que nuestra legislación dispone y lo que los autores sostienen.

El Código Penal del Estado de México, en relación a lo que es el delito, no contempla propiamente una definición, pero sí sus formas, según se desprende de lo dispuesto por los artículos 6, 7 y 8, cuyo contenido reproducimos:

"Artículo 6.- El delito puede ser realizado por acción, omisión y comisión por omisión.

"Artículo 7.- Los delitos pueden ser:

- I. Dolosos;
- II. Culposos; y
- III. Preterintencionales.

"El delito es doloso cuando se causa un resultado querido o aceptado, o cuando el resultado es consecuencia necesaria de la acción u omisión.

"El delito es culposo cuando se causa el resultado por negligencia, imprevisión, imprudencia, impericia, falta de aptitud, de reflexión o de cuidado.

"El delito es preterintencional cuando se causa un daño que va más allá de la intención y que no ha sido previsto ni querido y siempre y cuando el medio empleado

no sea el idóneo para causar el resultado."

Es de hacerse notar que del contenido del artículo 8 bis, que enumera un catálogo de delitos calificados como graves, no se contemplan delitos culposos relacionados con el tránsito de vehículos, con excepción del previsto por el artículo 63, que dispone:

"Cuando el delito culposo se cometa en la conducción de vehículo de motor de transporte público local, de personal o escolar y se cause el homicidio de dos o más personas, la pena será de tres a ocho años de prisión y de veinte a doscientos días-multa."

Por lo tanto, puede establecerse que este delito, aun cuando es de carácter culposo, viene a ser la excepción a la regla en cuanto a la concesión a los sujetos del beneficio de obtener su libertad provisional bajo caución en etapa de averiguación previa.

Por otra parte, el Código Penal vigente en el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, aunque de opinión generalizada de que es incompleta, sí previene una simple definición, en los siguientes términos:

Art. 79.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

También, en cuanto sus formas, sólo contempla la dolosa y la culposa, según contenido de su artículo 8, y concretamente, en lo que respecta a la culposa, en el artículo 9 párrafo segundo, dispone:

"Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."

En razón de que no contamos con una definición propiamente de lo que es el delito, citaremos los conceptos que sostienen

algunos estudiosos del derecho sustantivo, en su parte general.

Entre los nacionales, de reconocida trayectoria como académicos, encontramos a González de la Vega, quien, al comentar el artículo 7 del Código Penal Federal, tampoco sin definir lo que es el delito, haciendo referencia a los autores, solo refiere sobre sus características: a) Es un acto humano entendiéndose por él conducta actuante u omisa (acción u omisión); b) típico, es decir, previsto y descrito especialmente en la ley; c) antijurídico, o sea, contrario al derecho objetivo por ser violador a un mandato o a una prohibición contenidos en las normas jurídicas; d) imputable, entendiéndose aquí por imputabilidad la capacidad penal referida al sujeto; e) culpable, en cualquiera de las formas del elemento moral o subjetivo (intencionalidad o imprudencia); f) punible, amenazado con la aplicación de una pena; y g) conforme a sus condiciones objetivas de punibilidad, porque, en ocasiones, aparte de la reunión de los anteriores elementos, el legislador exige que se cumpla un requisito externo a la acción criminal para que se integre la figura perseguible; ejemplo, en homicidio, se requiere que la muerte acontezca dentro de sesenta días (art. 303 frac. II)., y citando a Jiménez de Asúa, dice que el delito "es un acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena adecuada y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad."<sup>1</sup> Identificamos de lo expuesto, que el delito es concebido como una conducta de acción u omisión, típica, antijurídica, culpable, punible, de acuerdo a una concepción causalista.

Sin embargo, se habla a la fecha que se ha adoptado la teoría finalista del delito, la cual suprime al elemento culpabilidad, en la que se estudiaba al dolo y a la culpa conforme a la otra teoría, trasladando ese estudio al tipo,

---

<sup>1</sup> GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Comentado. 10a. ed. Editorial Porrúa, México, 1992. Pp. 57 y 58.

entendiendo al delito como una conducta típica, antijurídica y punible.

Respecto de la clasificación de los delitos que hace la ley, son los delitos no intencionales o de imprudencia los que para los efectos de este apartado nos interesa saber sobre su concepto.

Volviendo con González de la Vega, en relación a este tipo de delitos, expone que a diferencia de la intencionalidad, la imprudencia consiste en que el agente ocasione un daño que no ha querido como efecto de su culposa conducta positiva o negativa. Invoca, como se ha sostenido por la jurisprudencia, los elementos del delito imprudencial, los cuales hace consistir en:

a) Un daño tipificado como delito, y ejemplifica: lesiones, daño en propiedad ajena, aborto, etc.;

b) Existencia de un estado subjetivo de imprudencia que se traduce al exterior en acciones u omisiones imprevisoras, negligentes, imperitas, irreflexivas o faltas de cuidado; y

c) Relación de causalidad entre el estado imprudente y el daño final.

Advierte que para poder calificar en derecho penal a las acciones u omisiones imprudentes como delitos, se requiere que el daño de ellas resultante haya sido previsible por el agente, según su personal situación y de acuerdo con las normas medias de cultura, y, además, evitable con una conducta diversa.<sup>1</sup>

Actualizado el supuesto de detención de alguna persona sujeta a investigación, aunque discrepamos de lo que dispone la ley, es dable establecer que sólo en casos de delito flagrante y en tratándose de delitos culposos, con motivo de tránsito de vehículos, el inculpado puede obtener su libertad provisional bajo caución, llamada por algunos autores como Libertad

---

<sup>1</sup> Ibidem. P. 60.

Provisional Previa o Administrativa,<sup>3</sup> de conformidad con lo dispuesto por el artículo 154 de nuestro Código Procesal Penal, que dispone:

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

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

Sólo es posible en algunos supuestos, pues encontramos excepciones, como por ejemplo el delito previsto por el artículo 63 del Código Penal Estatal, ya que aun cuando se trata de un delito de homicidio por culpa, por sus circunstancias se encuentra catalogado como grave.

Condición o requisito que impone la posibilidad de que el inculpaado obtenga su libertad provisional bajo caución, conforme al mismo precepto que la regula, consiste en que no concurra abandono de la víctima u otro delito doloso, y el inculpaado no se halle bajo el influjo de estupefacientes,

---

<sup>3</sup> ZAMORA-PIERCE, Jesús. Garantías y proceso penal. 8a. ed. Editorial Porrúa, México, 1996. P. 174 y ss.; FIX ZAMUDIO, Héctor. Diccionario jurídico mexicano. 6a. ed. Editorial Porrúa, México, 1993. P. 1994 y ss.; SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho procesal penal. 2a. ed. Editorial Haria, México, 1995. P. 521.

psicotrópicos, bebidas embriagantes o sustancias tóxicas, lo que denota que el resultado dañoso material ocasionado debe ser consecuencia pura de una conducta de culpa, es decir, por negligencia, imprevisión, imprudencia, impericia, falta de aptitud, de reflexión o de cuidado, según definición del delito culposo en términos del artículo 7 de nuestro Código Penal, ya que en caso de abandono de la víctima, esta conducta implica dolo, es decir, el conocer y querer la concreción de la parte objetiva del tipo penal del delito de omisión de auxilio a lesionados que previne nuestra ley penal, por lo que se considera que son las circunstancias subjetivas y personales del inculpado las que inspiran el que se niegue el beneficio, pues da la impresión de que las mismas representan peligrosidad en el sujeto, las que sólo son motivo de estudio al dictarse sentencia de condena al individualizar la pena.

No obstante lo anteriormente expuesto a la luz del artículo 154 en comento, se estima que es necesario modificar dicho precepto, eliminando el requisito en estudio, atento al espíritu plasmado en el artículo 20 fracción I relacionado con la fracción X párrafo cuarto de la Constitución, que no previne más limitación que la de que no se trate de un delito grave, supuesto éste que no se actualiza en el abandono de la víctima u omisión de auxilio al lesionado en caso de lesiones.

El precepto procesal citado, tiene vinculación estrecha, como ya se precisó, con el artículo 20 de la Constitución Federal, fracción IX párrafo cuarto, al disponer 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.", circunstancia esta última que tiene referencia, entre otras garantías constitucionales, a la de libertad provisional bajo caución, de lo que se colige que no sólo ante la autoridad judicial puede el inculpado obtener su libertad provisional

bajo caución cuando la naturaleza, es decir, la gravedad o no gravedad, lo permita, sino que también la puede obtener ante la autoridad investigadora, y no solo en tratándose de los delitos de culpa citados, sino también en delitos dolosos o intencionales no graves, por lo tanto, en este sentido resulta necesario adecuar nuestra legislación procesal en su parte conducente relativa a la libertad provisional bajo caución, por lo que haciendo realidad la misma, es susceptible de pedir se conceda el beneficio, lo que trae como obligación al Ministerio Público de concederlo cuando así proceda, atento a la jerarquía de las disposiciones constitucionales sobre las leyes secundarias.

Para que el inculpado detenido en averiguación del delito obtenga el beneficio en estudio, deberá otorgar las mismas garantías que son exigibles por nuestra ley adjetiva ante la autoridad judicial, esto es, por los conceptos de pago reparación de daño, de posibles sanciones pecuniarias y cumplimiento de las obligaciones que contraiga ante la autoridad correspondiente, en razón del proceso.

En este apartado, es necesario precisar que para fijar el monto de la garantía de reparación del daño, la autoridad investigadora es común que se encuentre con una dificultad, la de estimar el monto de dicho concepto, en los casos en que procede fijarle, dado el escaso tiempo con que cuenta para la investigación del delito con detenido, para acreditar los elementos integrantes del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado, sumado al exceso de trabajo, lo que se concretiza a veces en una deficiente integración de la averiguación, dada también la inmediatez del hecho, por lo tanto, menos aun se puede allegar datos tendientes a justificar el monto de la reparación del daño, lo que sólo es dable de acreditar sin prisas, durante el proceso en su caso, ante el órgano jurisdiccional, o en la propia averiguación, pero sin detenido.

Es loable destacar lo que consideramos un acierto de la reforma a nuestra ley procesal sobre el rubro que nos ocupa, toda vez que la libertad provisional bajo caución concedida por el órgano investigador, una vez consignadas las diligencias de averiguación ante el Órgano Jurisdiccional, es motivo de revisión por éste para efectos de su ratificación en el auto de radicación, lo mismo que el monto de las garantías, y precisar si se cumplieron las obligaciones por el investigador de notificar al inculpado sobre la consignación ante el juez de la averiguación, lo que trae aparejado seguridad al inculpado, lo mismo que a la víctima del delito, en protección a sus derechos, ahora elevados a rango constitucional, también por reforma al artículo 20 Constitucional de 1993, aunque creemos que en la realidad no tiene efectividad como ya antes dijimos; en caso contrario, trae como consecuencia el que la autoridad judicial deje sin efectos las providencias tomadas por el investigador, según se dispone en el artículo 178 del Código de Procedimientos Penales en el Estado de México, del que no obstante lo anteriormente asentado acerca de su acierto, cabe hacer la observación que a la fecha, con todo y el tiempo de un año que el Constituyente permanente dio a las legislaturas de los Estados de la Federación para ajustar sus leyes procesales penales a la Constitución vigente, la propia de nuestro Estado no lo hizo, pues aún conserva en su redacción el texto "Si el término medio aritmético no excede de cinco años de prisión", que servía anteriormente de base para la concesión de la libertad provisional, al invocar los casos en que es susceptible la revocación, por el Juez, de la libertad provisional concedida al inculpado por el Ministerio Público, cuando la correcta expresión debía decir, en su caso, "que no se trate de delito grave, así determinado por la ley," por lo tanto, es de nuestro parecer que tal disposición, aun cuando tiene vigencia, va en contravención con el precepto constitucional reformado, por lo que se debe acudir a éste en

su aplicación.

Por último, toda vez que la garantía otorgada por el inculpado ante el Ministerio Público, al hacer la consignación debe subsistir para el efecto por el que se otorgó, entraña la obligación de dicha autoridad de remitir el monto de la misma con la consignación, dejándola a disposición de la autoridad judicial para los efectos legales consiguientes. Esta obligación se regula por el artículo 166 del Código Procesal Penal de nuestra Entidad.

## 2. PRIMERA INSTANCIA

Hablar de instancia, es hablar de instar, lo que gramaticalmente significa repetir la súplica o petición o insistir con ahínco en ella; "ungir o apretar la pronta ejecución de algo", y para los efectos jurídicos, "cada uno de los grados jurisdiccionales establecidos por la ley para ventilar y sentenciar, en jurisdicción expedita, lo mismo sobre el hecho que sobre el derecho, en los juicios y demás negocios de justicia."<sup>4</sup>

Atento a estas acepciones, para los efectos de nuestro estudio, podríamos sentar que, por la palabra que se antepone al término instancia, se refiere al órgano jurisdiccional, con independencia de la cuantía de los asuntos o penalidad aplicable por el delito por la cual pueden conocer, ya que conforme a la ley que rige la organización e integración del poder judicial, se determinan los órganos encargados de administrar justicia, contando para ese efecto con juzgados de cuantía menor, de primera instancia y Salas, por lo tanto, del término primera instancia puede decirse que tiene relación con el órgano jurisdiccional que primero conoce del hecho que el

---

<sup>4</sup> PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para juristas. Mayo Ediciones. México, 1981. P. 728.

Órgano Investigador ha consignado en ejercicio de la acción penal, que ha de ser objeto de la preparación del proceso, luego, en su caso, del proceso mismo, el cual inicia una vez dictado el auto de formal prisión, toda vez que este tiene los efectos de someter al inculcado a la jurisdicción del juez y precisar el delito por el que ha de seguirse el proceso.

En consecuencia, es en el auto de radicación, también llamado como cabeza de proceso o auto inicial, a través del cual el Órgano Jurisdiccional, con la consignación que hace el Ministerio Público al ejercitar la acción penal, se le pone en movimiento respecto de la pretensión punitiva, al avocarse al conocimiento de los hechos motivo de la averiguación o del hecho que hasta ese momento se ha considerado constitutivo de delito, lo que presupone que se han satisfecho los requisitos que exige el artículo 16 de la Constitución Federal, esto es, que se han acreditado los elementos integrantes del tipo penal del delito y la probable responsabilidad del indiciado al ejercitarse la acción penal.

Siendo el ejercicio de la acción presupuesto de la actividad jurisdiccional, se considera necesario dejar asentado su concepto como lo concibe la doctrina, entre ellos Rivera Silva, quien la define como el conjunto de actividades realizadas por el Ministerio Público ante un órgano judicial, con la finalidad de que éste, a la postre, pueda declarar el derecho en un acto que el propio Ministerio Público estima delictuoso; advirtiéndose que llega a esta definición en base a la doble función que tiene el Estado, argumentando que si éste, como representante de la sociedad organizada, vela por la armonía social, lógico resulta conceder al mismo, autoridad para reprimir todo lo que conculque la buena vida gregaria; en cuanto se comete el hecho delictuoso, surge el derecho-obligación del Estado de perseguirlo, más para que el propio Estado pueda actuar, resulta obvio que debe tener conocimiento del hecho, e investigado éste, llegar a la conclusión de que es

delictuoso, para de esta manera ejercitar su derecho ante la autoridad judicial, reclamando la aplicación de la ley.<sup>5</sup>

Ahora bien, planteada la pretensión punitiva del Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional, al ejercitar la acción penal, trae como consecuencia el que dicho órgano emita una resolución, que puede consistir en las siguientes formas:

a) Accediendo o negando sobre el libramiento de orden de aprehensión o de comparecencia, en tratándose de una consignación sin detenido, si se trata de delitos que previenen como sanción la privativa de libertad, es decir, de prisión, o pena no corporal o alternativa, respectivamente; (art. 176 del Código)

b) Ratificar la detención del inculpado, en tratándose de consignación con detenido, lo que presupone una resolución motivada y fundada por la autoridad investigadora, en los casos de delito flagrante o de caso urgente, o en su caso, negando la ratificación, decretando la libertad del inculpado con las reservas de ley, como órgano de control de la legalidad de los actos del ministerio público que restringen la libertad; (Art. 153 A párrafo último, 177 del Código)

c) Declinando la competencia, en razón de territorio en cuanto a la consumación del delito, de la pena aplicable al mismo, o por tratarse el delito de fuero diferente del que se encuentra facultado la autoridad judicial para conocer y resolver, según sea el caso. (art 369 y sig.)

d) Decretando el Sobreseimiento en la causa en los casos de actualización de los supuestos por los que procede. (art. 296 fracciones III, VI, VII del Código de Procedimientos Penales)

e) Revocar o confirmar la libertad provisional, en

---

<sup>5</sup> RIVERA SILVA, Manuel. El procedimiento penal. 23a. ed. Editorial Porrúa, México, 1994. Pp. 43 y 49.

tratándose de la concesión de la misma en averiguación previa, lo mismo que el monto de la garantía, y resolver sobre la posible aprehensión del inculpado; (Art. 178 del Código).

En cuanto a los supuestos asentados, merecen nuestra atención para los efectos de nuestro estudio, los mencionados en segundo y último término.

En el primero de los casos, de conformidad con el artículo 175 de nuestra ley procesal, se advierte que se impone al juzgador una serie de obligaciones que deberá observar a petición de las partes, o, de oficio, desde el auto de radicación; una de ellas es la relativa a la libertad provisional bajo caución, prevista en el artículo 177, párrafo segundo, que tiene concordancia con el artículo 181 fracción II, al disponer el primero:

"En este auto se fijará de oficio el monto de la caución en cualesquiera de las formas establecidas en la Ley para que el inculpado pueda gozar de su libertad provisional, cuando sea procedente."

Dicho precepto nos da la pauta para establecer que no es necesario tramitar incidente alguno, no obstante que, en nuestra Entidad, las disposiciones relativas a la libertad provisional bajo caución se encuentren ubicadas dentro del Título Décimo del Código de Procedimientos Penales, relativo a los Incidentes, pues el precepto que comentamos es más acorde con la Constitución, al regular la inmediatés con la que la autoridad debe actuar respecto de la garantía constitucional de libertad provisional, incluso sin que haya necesidad de que el inculpado solicite la concesión de ese derecho.

En el segundo precepto, nos ubica en un momento diverso del auto de radicación, esto es, en el que el inculpado rinde su declaración preparatoria ante el Juez, al disponer:

"El juez tendrá la obligación de hacer saber al detenido, en ese acto: II.- La garantía de la libertad caucional y el procedimiento para obtenerla."

De lo anterior se colige que estas disposiciones vienen a ser la reglamentación especial, en una ley secundaria, de la garantía constitucional que previene el artículo 20 fracción I, siendo el más acorde a éste, el primero de los supuestos, ya que tiene actualización inmediatamente después del momento mismo en que el juez de la causa, al recibir la consignación, determinó ratificar la detención del inculpado decretada por el Ministerio Público investigador.

Puede prestarse a la interpretación de que el segundo de los supuestos no tiene razón de ser, sin embargo, en nuestro concepto se considera que debe prevalecer para el supuesto caso de que surja una causa superviniente, aunque resulta poco común.

En efecto, debemos tener en cuenta que constitucional y procesalmente, la declaración preparatoria del inculpado tiene lugar dentro de las cuarenta y horas siguientes a partir de la hora de la detención del inculpado a disposición de la autoridad judicial, y pudiera darse el caso en que al momento de la detención ratificada por el órgano jurisdiccional, pudo considerarse por éste que el delito es de aquellos que por su gravedad, así determinada por la ley, no permiten que el inculpado alcance el beneficio de la libertad provisional, o que del conjunto de datos de prueba recabados en averiguación previa, se advierta la existencia de alguno que permitía establecer que el inculpado cuenta con antecedentes penales, supuesto en el que se prohíbe que el inculpado pueda gozar de libertad provisional, según la última de las reformas al artículo 20 de la Constitución de diez de julio de 1996, sin embargo, pudiera acreditarse que la primera de las apreciaciones era errónea, atendiendo a que para conceder el beneficio, entre otros aspectos, debe tomarse en cuenta el delito señalado en la consignación, y si en ésta se invocó un precepto legal de previsión del delito como grave, pero que era inaplicable, es obvio que impide al juez al dictar auto de

radicación, conceder el beneficio, por lo tanto, se considera que tal circunstancia, como excepción, sí cabe hacerse valer por el interesado, a través de vía incidental, pero de tramitación y resolución inmediata, ya que de hacerlo de oficio se contravendrían los principios de impulso procesal a petición de las partes, pues no se puede aceptar que la autoridad judicial revoque sus propias determinaciones sin mediar petición de parte interesada, sin impulso alguno, aunque también advertimos que este tipo de circunstancias deben ser enmendadas o corregidas al dictarse la resolución de término de 72 horas, o 144 en su caso.

También se considera aplicable el trámite que se propone en lo que respecta al segundo supuesto, ya que es común que alguna persona, con la calidad de indiciado y detenido tenga homónimos, por lo tanto, deberá de acreditarse por el interesado y a satisfacción del juez, que el inculpado se trata de persona distinta de la que se tiene información positiva de antecedentes penales, consecuentemente, es obvio que en cualquiera de los dos supuestos señalados estaríamos ante la presencia de una causa superviniente, como lo previene el artículo 343 de nuestra Ley Procesal, acepción aquella que debe ser entendida como la que viene después, la que sobreviene, relativo a la supervenencia, expuesta jurídicamente como la producción de un hecho que cambia una situación jurídica previa.<sup>6</sup>

Por último, se ha estimado que durante todo el proceso ante el Juez, hasta antes de que éste dicte sentencia y en los casos en que procede, el inculpado puede obtener la libertad provisional bajo caución, ya que la sentencia, pone fin a la actividad jurisdiccional, la que se traduce en declarar el derecho al caso concreto, lo que no implica que con posterioridad a dicho acto pueda proveer otras actuaciones,

---

<sup>6</sup> PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Op. cit. P. 1286.

entre ellas las providencias tendientes a la ejecución de las penas. Sin embargo, precisamente por estas razones, es que estimamos que aun después de dictada sentencia condenatoria, y en los casos que procede, por no tratarse de una sentencia ejecutoriada y por tratarse de una garantía constitucional que no distingue acerca de los momentos procedimentales, debería y debe concederse este beneficio por el juzgador de primer grado, siempre y cuando se haya interpuesto recurso de apelación por cualquiera de las partes en pugna.

En cuanto a la forma de tramitación, reiteramos que aun cuando que conforme a nuestra legislación procesal impone la formalidad de tramitarse en vía de incidente, el que de acuerdo a Rivera Silva, es "el procedimiento promovido por el inculpado, su defensor o su legítimo representante en cualquier tiempo y con el objeto de obtener su libertad provisional mediante caución económica que garantice la sujeción del propio inculpado a un órgano jurisdiccional",<sup>7</sup> dando previamente su concepto sobre lo que es un incidente penal, al decir que "es una cuestión promovida en un procedimiento, que en relación con el tema principal, reviste el carácter de accesorio y que, encontrándose fuera de las etapas normales, exige una tramitación especial."<sup>8</sup> por nuestra parte estimamos que no debe revestir la formalidad de incidente, pues si bien, no se trata de una formalidad esencial del procedimiento, no menos cierto es que se trata de una garantía constitucional, que no dispone que deba ser tramitada en forma de incidente, siendo imperativo que debe concederse, en los casos de procedencia, de manera inmediata, máxime que en la práctica, se tramita en la misma pieza de autos, sin necesidad de incidente, como ya antes dijimos existe disposición expresa (art 177) relacionada con el auto de radicación, que obliga al juez a fijar en el auto de

---

<sup>7</sup> Op. cit. P. 354.

<sup>8</sup> Ibidem. P. 353.

detención, el monto de la caución.

### 3. SEGUNDA INSTANCIA.

Hablar de segunda instancia, es referirnos a la autoridad superior de la que conoció del hecho en primer grado. Encontramos como fundamento constitucional de las instancias en el proceso lo dispuesto por el artículo 23 de nuestra Carta Magna, ya aludido al hacer referencia a los fundamentos constitucionales del proceso.

La segunda instancia puede abrirse a petición de parte legitimada o de oficio.

En efecto, debemos considerar que no todo lo que se determina por los órganos de poder en el proceso, llámese en materia penal ministerio público o juez, a través de las resoluciones, que de acuerdo a nuestra ley son autos y sentencias, pueden ser aceptadas como válidas, ajustadas a derecho, ya que como humanos, no obstante ser peritos en derecho, también las autoridades incurren en errores en aplicación de la ley, por lo cual se consagra en nuestro sistema de derecho la institución de los medios de impugnación, reservados a las partes para combatir esos mandamientos de autoridad, creándose así una clasificación de recursos de acuerdo a la naturaleza de las resoluciones, mismos de los que ya hicimos referencia en otra parte de este trabajo.

Entre los recursos concedidos a las partes que abren la segunda instancia, encontramos el de apelación y el de denegada apelación.

De conformidad con lo que dispone el artículo 306 fracción V del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, son apelables en el efecto devolutivo: Los autos en que se conceda o niegue la libertad provisional bajo caución. Atento al contenido del artículo 304 del mismo Ordenamiento en cita, obtenemos que tienen el derecho a interponer ese recurso

el inculpado o su defensor, en los casos en que se niegue a aquél el derecho de obtener su libertad provisional, previa solicitud o de oficio, o cuando concedido el beneficio se considere inexacta aplicación de la ley procesal que regula dicha institución, en términos del artículo 302; el ministerio público, en casos en que siendo improcedente el beneficio, se haya le haya otorgado al inculpado, o en el último supuesto referido para el inculpado, no obstante lo anterior, por tratarse de una garantía constitucional en beneficio del inculpado, en los casos de procedencia, se puede acudir en vía de amparo reclamando la negativa de la autoridad respectiva.

Cabe señalar que el recurso sólo podrá interponerse en el proceso, esto es, ante el juez que conozca del asunto, dada la naturaleza del recurso de apelación, que es eminentemente de carácter judicial, ya que de la lectura de los preceptos que regulan el recurso no cabe la posibilidad de que la jurisdicción se le devuelva al superior en grado del agente del ministerio público que conozca, el cual no ejerce actividad jurisdiccional, encontrándose delimitada su función en términos del artículo 21 constitucional.

Por lo tanto, en el supuesto de que en primera instancia se haya negado al inculpado el beneficio de obtener su libertad provisional, que es el que nos importa, interpuesto el recurso en tiempo contra esa resolución, existe obligación del juez de primer grado de dictar auto admitiéndolo en el efecto devolutivo, existiendo la posibilidad que una vez substanciado en segunda instancia, se determine por el Tribunal de Alzada sobre la procedencia del beneficio, revocando el auto impugnado, concediendo el beneficio, incluso por substituir al a quo, fijando el monto de las garantías, o en su caso, modificando la resolución impugnada.

La duda que nos surge es sobre si ante la autoridad de primer o de segundo grado se debe de otorgar las garantías fijadas, no existiendo al respecto disposición alguna, sin

embargo, atendiendo al espíritu de la norma constitucional en relación a la inmediatés o rapidez para la obtención del beneficio en los casos en que procede, consideramos que puede depositarse indistintamente, esto es, ante cualquiera de las dos autoridades.

Otro supuesto de obtención de la libertad provisional lo tenemos en tratándose de sentencias condenatorias, en los casos en los que se ha determinado imponer al acusado una pena privativa de libertad, es decir, de prisión, que no exceda de cinco años, como se desprende del contenido del artículo 341 párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, al disponer que:

"Cuando se trate de delitos calificados como graves, si la sentencia de primera instancia recurrida por el inculpado lo condena a una pena que no exceda de cinco años de prisión, los magistrados de la Sala Penal le concederán la libertad provisional bajo caución, una vez satisfechas las condiciones de la fracción I del artículo 20 Constitucional."

Esta disposición implica que se trata de una sentencia condenatoria en los términos que se señala y como condición especial, se requiere que haya sido recurrida, esto es, que se haya interpuesto el recurso de apelación, ya sea por el Ministerio Público y o por el acusado o su defensor, ya que puede darse el caso en que se dicte sentencia condenatoria, imponiendo al acusado una pena que no exceda de cinco años de prisión, sea o no grave el delito y exista conformidad expresa de las partes, o en su caso, que habiendo tenido la voluntad de recurrirse por el acusado o su defensor no lo hace por habersele pasado por descuido el término para inconformarse, por lo que ante esta situación no dará lugar a abrirse la segunda instancia, con excepción de los casos de revisión forzosa, de la que nos ocuparemos en seguida.

Hablábamos antes que también de oficio se abre la segunda instancia, precisamente en tratándose del recurso de Revisión

Forzosa, calidad de la que mucho dudamos.

Este recurso procede en aplicación en la sentencia de primer grado, de disposiciones que consagran beneficios en favor de la persona declarada culpable de la comisión del delito, relativas a la reducción y remisión judicial de la pena que se previenen por los artículos 60 y 84 del Código Penal vigente en el Estado de México, respectivamente, que trae como consecuencia el que el Superior Jerárquico en grado del juez de instrucción revise de oficio la sentencia, a fin de determinar sobre la confirmación, modificación o revocación del beneficio que en su caso se haya concedido.

En estos casos cabe la posibilidad también de que la pena aplicada al inculcado, por ejemplo, sea de seis años de prisión, pero concedido el beneficio de reducción en un tercio, quedaría en definitiva en cuatro años, previa confirmación por el Superior, lo que da lugar a cuestionar si en el caso, durante la substanciación del recurso, procede conceder por el Tribunal de Alzada el beneficio de la libertad provisional bajo caución.

Creemos que la respuesta la podemos encontrar en el mismo artículo 342 párrafo segundo, antes citado, relacionado con el precepto constitucional, es decir, verificar si se trata de un delito grave, por lo que aun cuando la pena sea de seis años y la reducida sea de cuatro, pero si el delito no es determinado como grave, procederá el otorgamiento de la libertad caucional, como ejemplo tenemos el delito de allanamiento de morada cometido con violencia, por más de dos personas, que aunque no es considerado como grave, previene una sanción de prisión elevada, por el que se le acusó al inculcado, quien durante todo el proceso se encontró recluido por no contar con recursos para otorgar las garantías que al efecto se le fijaron por el a quo.

Advertimos que en la práctica, en los casos en que se ha impuesto una pena menor de cinco años, no obstante ser el

delito grave, el juez que conoció del asunto no puede concederle la libertad provisional al sentenciado, invocando desde luego el contenido del artículo 342 citado, del que se obtiene que esta facultad se encuentra reservada a los magistrados de la Sala Penal, respecto de lo cual consideramos que este precepto pugna en contra de la norma constitucional, en contra de la inmediatez que se pregona en la misma, ya que no se puede concebir que tratándose de un imperativo constitucional, que se encuentra por encima de las leyes secundarias atento a la jerarquía que se consagra en el artículo 133 de la propia Constitución, tenga el inculpado que esperar a que transcurran hasta una semana, en períodos normales de labores en los juzgados, o más de quince días en períodos vacacionales para que se remitan los autos de la causa al Tribunal de Alzada para poder obtener su libertad provisional a la que tiene derecho. pero resulta el efecto más perjudicial en tratándose de personas que en última instancia son absueltos y mientras tanto, sufrieron la pérdida de su libertad personal, lo que da lugar a proponer la modificación del precepto a fin de que se alcance el beneficio de la libertad caucional ante ambas autoridades judiciales, anteponiendo las palabras "el juez y" a la palabra "magistrados", adecuándose a la Ley Suprema que nos rige, como protección y salvaguarda de los derechos humanos del inculpado.

#### 4. AMPARO INDIRECTO Y DIRECTO.

En un Estado que se precie ser de Derecho no podían faltar medios que salvaguarden los derechos fundamentales de los gobernados, elevados a garantías constitucionales o derechos humanos, y así vemos que en el derecho extranjero encontramos que existen figuras que tienden a realizar esa loable función de control constitucional de las funciones de los órganos de poder, recordándoles a éstos sus límites de actuación frente a

los derechos de los ciudadanos, como es el caso del Habeas corpus en el derecho anglosajón, el ombudsman en los países nórdicos, el defensor del pueblo en España, el juicio de amparo en algunos países latinoamericanos, etc.

Es el amparo una de las instituciones más importantes de nuestro sistema jurídico mexicano; ya que significa el instrumento o mecanismo más significativo de lograr el aseguramiento de la observancia de las garantías constitucionales de los gobernados contra los abusos de los poderes en sus tres ámbitos, o en su caso, el medio de lograr se restituya en el goce de esas garantías en casos de violación consumada, así como de impedir la posible consumación de la violación de garantías en perjuicio del ciudadano.

"El juicio de amparo no tiene más explicación, en consecuencia, que la de servir de medio de defensa del gobernado frente a los actos inconstitucionales del gobernante. El juicio de amparo, pues, tiene en la Constitución su meta y su origen o fuente. Es la Constitución su fuente porque es creado por ella; y es la Constitución su meta porque la finalidad que con él se persigue es lograr el imperio de los mandatos constitucionales. El juicio constitucional o juicio de amparo, llamado juicio de garantías, es, por consiguiente, guardián del Derecho y de la Constitución."<sup>9</sup>

Encontramos su fundamento constitucional en lo dispuesto por los artículos 103 y 107 de nuestra Ley Suprema en los que se regulan sus principios fundamentales, rigiendo su funcionamiento a través de su ley reglamentaria, como lo es la Ley de Amparo, misma que a su vez en algunos aspectos es suplida por leyes federales, entre ellas el Código de Procedimientos Civiles, y en lo que respecta a la libertad provisional bajo caución, por las leyes correspondientes, ya

---

<sup>9</sup> Manual del Juicio de Amparo. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Editorial Themis, México, 1993. P. 8

sea del orden federal o del fuero común que regulan esa garantía constitucional.

La posibilidad del inculpado de acceder a la garantía de libertad provisional bajo caución la encontramos también a través del juicio de amparo indirecto y directo, denominados también biinstancial y uniinstancial, respectivamente.

En cuanto al amparo indirecto encontramos su regulación en el capítulo relativo a la Suspensión en los artículos 130 y 136 de la Ley de Amparo.

Para una mejor comprensión de dicha figura expondremos sobre su origen y su concepto, como lo hace Arellano García, al exponer sobre el primer aspecto que la palabra "suspensión" de origen latino: "suspensio, suspensionis", es la acción y efecto de suspender. A su vez, el verbo "suspender", del latín "suspendere", en una de sus acepciones significa: "Detener o diferir por algún tiempo una acción u obra" y "En el ámbito del juicio de amparo, la suspensión es la determinación judicial por la que se ordena detener la realización del acto reclamado, temporalmente, mientras se resuelve la cuestión constitucional planteada.", y proponiendo un concepto más detallado dice "... es la institución jurídica en cuya virtud, la autoridad competente para ello, ordena detener temporalmente la realización del acto reclamado en el juicio de amparo hasta que legalmente se puede continuar o hasta que se decrete la inconstitucionalidad del acto reclamado en sentencia ejecutoria."<sup>10</sup>

Por ser tan amplias las disposiciones relativas a la suspensión, que serían motivo de extensas consideraciones, nos limitaremos a exponer sólo las que interesan a los efectos de nuestro tema, por lo que advertimos que las relativas a la libertad provisional bajo caución las encontramos en los

---

<sup>10</sup> ARELLANO GARCÍA, Carlos. El juicio de amparo. 2a. ed. Editorial Porrúa, México, 1983. Pp. 878 y 879.

párrafos segundo del artículo 130, y séptimo del artículo 136 de la Ley de Amparo, en los siguientes términos:

Artículo 130...

Párrafo segundo. "En este último caso (si se tratare de afectar la garantía de la libertad personal) la suspensión provisional surtirá los efectos de que el quejoso quede a disposición de la autoridad que la haya concedido, bajo la responsabilidad de la autoridad ejecutora y sin perjuicio de que pueda ser puesto en libertad caucional, si procediere, bajo la más estricta responsabilidad del Juez de Distrito, quien tomará además, en todo caso, las medidas de aseguramiento que estime pertinentes."

Artículo 136...

Párrafo séptimo. "En casos en que la afectación de la libertad personal del quejoso provenga de mandamiento de autoridad judicial del orden penal o del Ministerio Público, o de auto de prisión preventiva, el juez dictará las medidas adecuadas para garantizar la seguridad del quejoso y éste podrá ser puesto en libertad bajo caución conforme a la fracción I del artículo 20 constitucional y a las leyes federales o locales aplicables al caso, siempre y cuando el juez o tribunal que conozca de la causa respectiva no se haya pronunciado en ésta sobre la libertad provisional de esa persona, por no habersele solicitado."

En análisis de la primera disposición, al tratarse de casos en que haya peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado, pensando específicamente en el caso de una orden de aprehensión, notamos que el quejoso aun no ha sido aprehendido, por lo que aun cuando se previene la posibilidad de que se conceda la libertad provisional bajo caución, pensamos que es improcedente esta determinación, ya que para la concesión del beneficio requiere como presupuesto el que el quejoso se encuentre privado de su libertad, por lo que en la práctica es inusual, máxime que hasta ese momento, es decir, al dictar el

auto proveyendo sobre la suspensión y sobre la libertad provisional en caso de haberse solicitado, aún no se cuentan con datos suficientes para determinar sobre la procedencia, y aun cuando se haya rendido el informe previo por la autoridad responsable, en ocasiones sólo se cuenta con la afirmación o negación sobre la existencia del acto reclamado, pues por disposición legal se constriñe a la responsable a informar afirmando o negando el acto (art. 132), señalando como facultad potestativa el precisar razones sobre la procedencia e improcedencia de la suspensión. También se advierte, que a diferencia de nuestra ley procesal, la autoridad sólo proveerá a petición del quejoso sobre la procedencia de la garantía constitucional, sin que sea un imperativo, es decir, una obligación.

Por lo expuesto, pensamos que en el caso citado, el único efecto de la suspensión del acto reclamado, será el que el quejoso quede a disposición de la autoridad federal en lo que respecta a su libertad personal, y como en la práctica se da, a disposición de la autoridad responsable en lo que respecta a la continuación del procedimiento, toda vez que este es de orden público, imponiendo al quejoso una serie de condiciones y o requisitos para que surta efectos la suspensión provisional, como lo es la de presentarse ante la autoridad responsable a rendir su declaración preparatoria, comparecer ante el juez de Distrito, otorgar una garantía, de lo que al respecto debemos decir, que en el caso de que procediera la libertad caucional implicaría la obligación del quejoso a otorgar doble garantía, es decir, la fijada como medida de seguridad y la relativa a la libertad caucional.

Como consecuencia de lo anterior, en análisis del artículo 136, en el que precisa un caso en concreto, es decir, el relativo a la prisión preventiva, la cual se ha reclamado como acto de la responsable, tiene actualidad cuando el inculpado-quejoso se encuentra detenido y tiene derecho a la libertad

provisional, y la autoridad responsable aun no se ha pronunciado sobre la procedencia o improcedencia de la libertad bajo caución, por lo tanto, solicitada la suspensión provisional del acto reclamado, también en ese acto o con posterioridad se puede pedir se conceda el beneficio de la libertad provisional bajo caución, por lo que la autoridad federal tendrá la obligación de proveer de conformidad la solicitud, fijando el monto de la garantía a exhibir en cualquiera de las formas que la ley prevenga, siguiendo los lineamientos que al efecto dispongan lo relativo a dicha garantía, la ley del orden federal, común en el Distrito Federal o la ley local respectiva, y, desde luego, la norma constitucional.

También en amparo indirecto se puede reclamar como acto de la autoridad responsable, sobre la negativa de la libertad caucional, así como en los casos en que se haya concedido, se estime que se han rebasado los principios constitucionales que norman las garantías, lo que tendrá como consecuencia el que la autoridad se pronuncie sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de ese acto.

Con independencia de lo anterior, cabe mencionar que no sólo a la autoridad federal cabe la facultad de otorgar la libertad provisional, en los casos que procede, en el juicio de amparo, sino también a los superiores de la autoridad responsable, v. gr. el Tribunal Superior o Sala Penal y el Juez de Distrito diverso, en los casos en que aquella sea el juez de primer grado y el juez de distrito, respectivamente, atento a lo dispuesto por el artículo 37 de la Ley de Amparo, que regula la competencia concurrente, al regular lo siguiente:

"Artículo 37. La violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20, fracciones I, VIII y X, párrafos primero y segundo de la Constitución Federal, podrá reclamarse ante el Juez de Distrito que corresponda o ante el Superior del Tribunal que haya cometido la violación."

Igualmente, como en el procedimiento penal, puede solicitarse hasta antes de que se pronuncie sentencia condenatoria, y creemos que puede operar por causas supervinientes, como ejemplo, el caso en que se ha concedido el amparo respecto del acto reclamado, y se ha interpuesto el recurso de revisión contra esa resolución.

En lo concerniente al amparo directo, la libertad provisional bajo caución puede obtenerse, al igual que en el amparo indirecto, al promover la suspensión del acto reclamado, como lo dispone el artículo 172 de la Ley de Amparo, al expresar lo siguiente:

"Cuando la sentencia reclamada imponga la pena de privación de la libertad, la suspensión surtirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del Tribunal Colegiado de Circuito competente, por mediación de la autoridad que haya suspendido su ejecución, la cual podrá ponerlo en libertad caucional si procediere."

Con la salvedad de que en este caso, sólo a la autoridad responsable corresponde la facultad de conceder en su caso el beneficio al sentenciado quejoso, fundándose en lo conducente en la norma constitucional y conforme a lo previsto por el artículo 341 del Código de Procedimientos Penales en vigor en el Estado de México, es decir, atendiendo a que la pena impuesta en sentencia no exceda de cinco años si se trata de un delito grave, y creemos que procede aunque la pena exceda de ese término, siempre y cuando no se trate de un delito grave, está obligada a conceder la garantía constitucional de libertad caucional.

##### 5. FORMAS DE EXHIBICION.

Del contenido del artículo 20 fracción I de la Constitución Federal no se desprende que la garantía a otorgar o exhibir por el inculpado para gozar de la libertad

provisional bajo caución deba ser otorgada en alguna de las formas establecidas por la ley, es decir, los tipos de caución, los cuales pueden ser depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca y fideicomiso, figura ésta última que sólo es contemplada en la legislación Federal y en el Distrito Federal, no así en nuestra legislación estatal, por lo que conviene tener presentes, en términos de la ley civil y como lo entiende la doctrina, sus conceptos.

Caución, según Silva Silva, citando a Calamandrei, dice que "es la prestación que se impone al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial, esto es, el mandato de excarcelación."

En relación a la caución personal o fianza (fidare, fidere, fe) propiamente dicha, en su sentido estricto es aquella en que no ha menester de depósito, pues sólo basta afirmar que se ha de cubrir el importe en dinero por el que va responder el fiador en caso dado, y haciendo una distinción entre lo que es fianza y caución, dice que en los tribunales del Distrito Federal -que no en todo México-, se ha distorsionado el significado de las palabras fianza y caución, pues con la primera se trata de denotar a la que implica garantía dada por una empresa afianzadora, en tanto que con la segunda se trata de implicar al depósito de dinero. Como se verá ninguna de ambas versiones es correcta a la luz de un uso apropiado del lenguaje jurídico. Fianza, en su sentido correcto, es la llamada personal y acogida en nuestra ley en el artículo 406 del CFPP.

Respecto de la denominada caución hipotecaria es aquella en que la garantía o prestación consiste en algún bien inmueble, el cual queda afecto a la garantía. El inmueble, establece nuestra ley, no debe tener gravamen alguno y su valor fiscal será, cuando menos el del valor fijado como caución, "más la cantidad que el juez estime para hacer efectiva la garantía."

Con relación a la caución constituida en dinero, distingue entre la relativa al depósito total de la garantía, que significa depositar la totalidad de la garantía fijada, y la relativa al depósito en parcialidades, que significa que el depósito total se podrá ir cubriendo en parcialidades.

Y en lo que respecta a la garantía prendaria, dice que también se establece la posibilidad de constituir como garantía un bien inmueble.

Con referencia al que llama Fideicomiso de Garantía, dice que se recurre en la nueva reglamentación, a la posibilidad de constituir un fideicomiso. En este caso el fiduciario sería un banco, el fideicomitente será el garante, es decir el que constituye la garantía, y el fideicomisario será tanto el Estado en lo que hace a la garantía meramente penal y el supuesto ofendido, en lo que atañe a la garantía meramente civil.<sup>11</sup>

Para mejor comprender esta última figura, por tratarse de una institución mercantil, que se regula por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, atenderemos al concepto que nos brinda Cervantes Ahumada, al decir que "es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado."<sup>12</sup>

Y específicamente, en relación a algunas aplicaciones prácticas, menciona al llamado Fideicomiso de garantía que se ha usado como sustitutivo de la hipoteca, del que dice "En un contrato de mutuo, se garantiza la devolución del préstamo con una finca, y para evitar el juicio hipotecario, la finca se entrega en fideicomiso al banco. En este caso suele hablarse de que se traslada el dominio de la finca al banco fiduciario para

---

<sup>11</sup> SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. Cit. Pp. 521, 522 y 523.

<sup>12</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. 13a. ed. Editorial Herrero, México, 1984. P. 289.

que si el fideicomitente deudor no paga, el banco proceda a la venta de la finca y haga el pago al fideicomisario acreedor."<sup>13</sup>

Como puede observarse, esta figura es un tanto compleja, por lo tanto, poco usual y práctica en su otorgamiento como garantía, al igual que la hipoteca, siendo las más comunes y usuales el depósito en efectivo y la fianza expedida por compañía afianzadora autorizada. En lo que respecta a la prenda, aunque no representa tanta dificultad en su trámite, también es poco usual.

Decíamos al principio que si la Ley Suprema es omisa en distinguir en cuanto a la forma de garantía que habrá de exhibir el inculcado a fin de obtener su libertad provisional bajo caución, y en la ley secundaria se regulan distintas formas de garantía, tal es el caso de las citadas anteriormente, no había motivo para que el legislador estatal mexiquense exigiera y exija que la caución para garantizar la reparación del daño forzosamente deba ser en efectivo, contraviniendo así el mandato constitucional, por lo que el juzgador y el Ministerio Público, en su caso, deberán atender a la Ley Fundamental dejando de observar el artículo 340 fracción I del Código de Procedimientos Penales en vigor en el Estado de México, en observancia y respeto de la jerarquía de la Constitución, que se encuentra por encima de las demás leyes que se le opongan.

Independientemente de lo anterior, decíamos en otro apartado que la nueva exigencia, tanto constitucional como de la ley secundaria, de garantizar el daño causado al ofendido, resulta inoperante para salvaguardar los derechos de éste; en efecto, aun cuando se ha querido y se ha elevado a rango constitucional los derechos del ofendido, según se desprende del artículo 20 fracción X de la Constitución, igualándolo

---

<sup>13</sup> Ibidem. P. 295.

incluso en ese aspecto con el inculpado, no tiene efectos inmediatos esa buena intención, atendiendo a que es hasta sentencia ejecutoria, por la cual se declare sobre la responsabilidad del acusado, cuando el ofendido podrá disponer de la garantía que se otorgó, por lo que consideramos, que a más de lo anterior, la disposición en comento pugna con el principio de inocencia del inculpado, ya que desde el inicio del proceso se le obliga a otorgar una garantía que es susceptible que al final no tenga el destino deseado, en casos de absolución, además de que se prejuzga exigiendo esa garantía, por lo tanto, sería necesario desapareciera esa exigencia de depositar garantía de reparación del daño, máxime que existen en nuestro ordenamiento otras instituciones procesales por las cuales se puede asegurar el pago de la reparación del daño, entre las que podemos citar el incidente de restitución en el goce de sus derechos al ofendido, el embargo precautorio, la acción civil de reparación de daño que nace por la comisión de un delito, ya sea incidentalmente en el proceso o al dictarse la sentencia ejecutoriada, la cual sirve de título ejecutivo.

Otra inquietud que nos surge en relación a las garantías que el inculpado ha de otorgar para obtener y gozar del beneficio de la libertad provisional bajo caución, es acerca del número de garantías.

Como podemos apreciar del mandato constitucional que examinamos, es decir, del texto que resultó de la reforma de 1993, consideramos que únicamente se refiere a dos garantías, la relativa a la reparación de daño y la sanción pecuniaria que en su caso se le llegare a imponer. En efecto, el texto literal del primer párrafo de la fracción I del artículo 20 regía de la manera siguiente:

"I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño

y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio."

Reiteramos que dicha disposición, en relación a las garantías que han de otorgarse, se refieren exclusivamente a la reparación del daño y las sanciones pecuniaria, las que se derivan de la condición "siempre y cuando", pues si bien en primer término se refiere a "libertad bajo caución", no significa que ésta sea la tercera garantía que hay que exhibir, como así lo entendió en su momento el maestro Díaz de León, al exponer que "... la tercera consecuencia alude a la diferencia existente entre la caución (que debe otorgar el inculpado como condición para que se le otorgue la libertad provisional), y la garantía del monto estimado de la reparación del daño (que habrá de cubrirse sólo en delitos que produzcan daños) y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado. Es decir, la caución tiene por finalidad acreditar la libertad provisional del inculpado, quien puede otorgarla personalmente o por tercero, comprometiéndose así a comparecer cuantas veces sea requerido para la práctica de diligencias así como a cumplir con los demás requisitos legales que le fije el tribunal, cuestión esta que debe imponerse con independencia de que el delito de que se trate sea de peligro o carente de resultado material que no contemple reparación de daño. En cambio, además de la caución antes mencionada, la garantía del monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado procede en aquellos casos de delito que produzcan daños (material o moral), misma que debe ser otorgada de manera suficiente para garantizar dichas situaciones."<sup>14</sup>

Se advierte de sus siguientes comentarios que el precepto

---

<sup>14</sup> DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Código federal de procedimientos penales. 3a. ed. Editorial Porrúa, México, 1991. Suplemento número 1. P. 10.

no se refiere a caución y garantía en forma similar, pues denota que sólo la caución y la forma en que deba otorgarse quedan sujetas a las posibilidades del inculpado, no así a las garantías; sin embargo, nosotros disentimos de tales consideraciones, puesto que la caución podemos entenderla como la forma genérica de garantía, es decir, el género y a las formas que previene la ley, como la especie, máxime que el precepto es específico en cuanto al objeto de garantía, es decir, a la reparación del daño y a la sanción pecuniaria, en estos conceptos precisamente se traduce la caución, y no hay motivo para otorgar una tercera garantía, por lo que siguiendo nuestra posición, estimamos que si el precepto constitucional no distingue, el legislador no tenía porqué distinguir, ni la autoridad al aplicarlo concediendo el beneficio al inculpado, pues es bien sabido que la intención del llamado constituyente permanente fue el de ampliar los campos de aplicación de esta garantía, y si se exige por la ley secundaria tres garantías, la misma pugna con la norma constitucional, por lo que en observancia estricta de ésta se debe ignorar aquélla en lo conducente.

Para confirmar que con la reforma a ley procesal penal, el legislador de nuestro Estado sí distinguió y exigió que para que el inculpado, en los casos que proceda, obtenga su libertad provisional bajo caución, debe exhibir u otorgar tres garantías, nos permitimos transcribir su contenido en los siguientes términos:

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

I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño. Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte, aplicándose las disposiciones relativas de la Ley

Federal del Trabajo;

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

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

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

Aún a la fecha, del nuevo texto constitucional con motivo de la reforma de 1996, no encontramos que se exija el otorgamiento de tres garantías, en efecto, el párrafo segundo del artículo 20 fracción I, dispone a la letra lo siguiente:

"El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y monto de 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."

**CONCLUSIONES:**

1. De acuerdo con el artículo 154 del Código de Procedimientos Penales en vigor en el Estado de México. en tratándose de delitos culposos, con motivo de tránsito de vehículos, se condiciona el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución a que no concurra abandono de la víctima u otro delito doloso, lo que estimamos contraviene el espíritu de la Ley Suprema, la que no previene más limitación para la concesión del beneficio que la de que no se trate de un delito grave, por lo tanto, es necesario modificar dicho precepto procesal, eliminando la condición a que hemos hecho mención, máxime que aun cuando concurra el abandono de la víctima, en forma dolosa, este delito no es considerado como grave.

2. Si tomamos en cuenta que las actuales disposiciones procesales, relativas a la libertad provisional bajo caución, son consecuencia de la obligación que el Constituyente Permanente impuso a los legisladores de la Federación y de las Legislaturas de los Estados de la República, con motivo de la reforma constitucional de 3 de septiembre de 1993, con la finalidad de adecuar las leyes secundarias al precepto constitucional en esa materia, al reformarse el artículo 340 fracción III de nuestra Ley procesal, con independencia del nuevo texto constitucional a raíz de la reforma de 1996, el legislador mexiquense no satisfizo dicha obligación, ya que una adecuada interpretación de la norma suprema nos lleva a establecer que para alcanzar el beneficio de libertad caucional sólo se requiere el otorgamiento de dos garantías, pues interpretado de la manera como lo hizo el legislador rompe con la intención, el propósito político-criminal de la reforma, de ampliar el campo de libertades y restringir a lo necesario el uso de la prisión preventiva, al exigir tres garantías, excediéndose incluso de la forma como anteriormente

se preveía en el precepto constitucional.

3. Es de lamentarse que en el Estado de México, por medio de su poder legislativo, otrora pionero en avances procesales al ampliar el campo de otorgamiento de la garantía constitucional de libertad provisional bajo caución, esto es, llevándola hasta la etapa de la averiguación previa, ahora, en el año de 1994, a través del citado poder, con poca técnica jurídica, contravenga de manera expresa el artículo 20 fracción I de la Constitución Federal, al exigir que la garantía relativa a la reparación del daño se otorgue en efectivo, siendo que la norma Suprema en manera alguna se pronuncia sobre esta exigencia como lo hace la ley secundaria, pues no distingue sobre la forma de exhibición, en consecuencia, la autoridad que conceda el beneficio, en observancia de la Constitución, dada su jerarquía, debe dejar a un lado la norma secundaria, dejando a elección del inculpado la potestad de otorgar la caución como mejor le convenga.

4. Es cuestionable que con la exigencia de otorgar el inculpado la garantía relativa a la reparación del daño en favor del ofendido, se beneficie a éste, como se pretendió con la reforma constitucional, atendiendo a que es de sobra conocido en la vida práctica que un proceso, según el caso, durará constitucionalmente cuando menos cuatro meses y un año, sin contar los posibles recursos que hagan valer contra la resolución final, sin que sea declarado penalmente culpable el inculpado de un delito, que dé lugar a ser condenado a la reparación del daño, constituyéndose así la citada exigencia en una simple expectativa de derecho del ofendido, que puede desvanecerse en última instancia, a través de una sentencia de absolución, como suele ocurrir.

5. En relación a la conclusión anterior, si bien se han elevado a rango constitucional y como garantía los derechos del ofendido, cabe señalar que durante todo el procedimiento penal, aquél no queda desprotegido en lo que respecta a la reparación del daño, pues tiene expedito el derecho de acudir a algunas vías

por las cuales puede asegurar ese derecho, al regular la Ley Secundaria una serie de medidas precautorias que la autoridad, ya sea judicial o ministerial, puede adoptar, v. gr. medidas provisionales para restituir al ofendido en el goce de sus derechos. el embargo precautorio, el incidente civil de reparación del daño, etc., por lo cual consideramos que es innecesario que constitucional y procesalmente se exija del inculpado una garantía de reparación del daño para que éste obtenga su libertad provisional bajo caución.

6. Es erróneo exigir dos garantías por separado, que tienen la misma naturaleza patrimonial, en efecto, nos referimos a la reparación del daño y a las sanciones pecuniarias, puesto que en sentencias condenatorias tienen una repercusión de disminución al patrimonio del sentenciado, aunque con la diferencia en cuanto al beneficiario. esto es. al ofendido y al Estado respectivamente, por lo que en su caso la garantía relativa a la reparación del daño debió haber quedado inmersa dentro de la garantía de las sanciones pecuniarias, la que ya nos indica una pluralidad.

7. El mandato previsto en el artículo 195 del Código de Procedimientos Penales en vigor en el Estado de México. de revocar la libertad provisional bajo caución, por no comparecer el inculpado a notificarse del auto de formal prisión dentro de los cinco días siguientes al en que se dictó. pugna con el artículo 354 fracción I del mismo Código, relativo también a las causas de revocación del citado beneficio y reglamentario de la disposición constitucional de revocar ese beneficio por causas graves, ya que no regula la garantía de audiencia previa, por lo tanto, se propone que aquella disposición pase a formar parte del artículo 354.

8. En observancia del mandato constitucional, al regular en favor del inculpado la posibilidad de obtener la libertad provisional bajo caución, en forma inmediata en los casos en que procede, en tratándose de sentencia en que se condene al acusado

a una pena que no exceda de cinco años, debe el juez de primer grado conceder dicho beneficio, ya que esta facultad queda reservada a los magistrados del Tribunal de Alzada. según lo dispone el artículo 341 del Código Adjetivo de la Materia, lo que da lugar a proponer la modificación del precepto a fin de que se alcance el beneficio de la libertad caucional ante ambas autoridades judiciales, anteponiendo las palabras "el juez y" a la palabra "magistrados", adecuándose a la Ley Suprema que nos rige, como protección y salvaguarda de los derechos humanos del inculpado.

9. La libertad provisional bajo caución, en ciertos casos debería desaparecer como tal, atento a que si la Sociedad, a través de su representante como lo es el legislador, erigido en poder público, ha considerado qué delitos son graves, esto es, ha determinado que conductas antisociales transgreden la normal convivencia y amenazan de manera seria la paz y seguridad pública, dando lugar a que los inculpados por alguno de estos delitos no alcancen el beneficio de la libertad provisional, interpretando esa determinación en sentido contrario en beneficio del reo, por lógica debe considerarse que los demás delitos no son graves, por lo tanto, dando los primeros pasos en nuestro sistema normativo de aplicación del principio de presunción de inocencia, que se consagra en diversos instrumentos de derecho internacional, ratificados por nuestro país, pasando a formar parte de nuestro derecho interno con igual jerarquía al de la Constitución Federal, previa satisfacción del inculpado de una serie de requisitos no pecuniarios que demuestren de manera objetiva que no eludirá la acción de la justicia, debe concedérsele la libertad provisional.

10. De ser cierto, como se pregona, que la libertad provisional bajo caución tiende a la protección de los derechos humanos, disminuyendo así la prisión preventiva, la que trae a quien la sufre severas consecuencias, como las de que no se le permite alcanzar su felicidad como ser humano, como una de sus

aspiraciones, al impedirsele desenvolver en el núcleo social, desarrollando una función económica en beneficio de la sociedad, personal y de su familia, al dejar de percibir ingresos, restringiéndole su libertad de tránsito, sus derechos políticos, representando un gasto considerable para el Estado, entre otras, creemos que ésta debiera desaparecer para ciertos casos en aplicación del principio de presunción de inocencia, dando lugar a otras medidas precautorias que aseguren las finalidades del proceso, como alternativas a la supresión de dicha prisión.

## BIBLIOGRAFÍA.

- ACERO, Julio. Procedimiento Penal. 7a. ed. Editorial Cajica, México, 1976.
- ARELLANO GARCIA, Carlos. El Juicio de amparo. 2a. ed. Editorial Porrúa, México, 1983.
- BARRITA LOPEZ, Fernando A. La Prisión Preventiva y Ciencias Penales. 2a. ed. Editorial Porrúa, México, 1992.
- BAZDRESCH, Luis. Curso Elemental de Garantías Constitucionales. Editorial Jus, México, 1977.
- BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales. 21a. ed. Editorial Porrúa, México, 1988.
- CABANELAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta, Argentina, 1988.
- CASTRO ZAVALA, Salvador. 75 Años de Jurisprudencia Penal Mexicana. 1917 - 1991 Tomo II. Orlando Cárdenas Editor, México, 1992.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. 13a. ed. Editorial Herrero, México, 1984.
- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 11a. ed. Editorial Porrúa, México, 1989.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. 6a. ed. UNAM, México, 1994.
- COULANGES, Fustell de. La Ciudad Antigua. Estudios sobre el Culto y las Instituciones de Grecia y Roma. 8a. ed. Editorial Porrúa, México, 1992.
- DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Código Federal de Procedimientos Penales Comentado. 3a. ed. Editorial Porrúa, México, 1991. Suplementos 1 y 2.
- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 6a. ed. Editorial Porrúa, México, 1993.
- ESCALONA BOSADA, Teodoro. La Libertad Provisional Bajo Caución. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1969.
- FERNANDEZ MUÑOZ, Dolores Eugenia. La Pena de Prisión. Propuestas para Substituir la o Abolirla. UNAM, México, 1993.

- GARCIA RAMIREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal. Editorial Porrúa, México, 1994.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Comentado. 10a. ed. Editorial Porrúa, México, 1992.
- HERRERA LASSO Y GUTIERREZ, Eduardo. Garantías Constitucionales en el Proceso Penal. Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979.
- HUACUJA BETANCOURT, Sergio. La Desaparición de la Prisión Preventiva. Editorial Trillas, México, 1989.
- MADRAZO, Carlos A. La Reforma Penal (1983-1985). Editorial Porrúa, México, 1989.
- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. 6a. ed. Editorial Porrúa, México, 1995.
- Manual del Juicio de Amparo. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Editorial Themis, México, 1993.
- MARQUEZ PIÑERO, Rafael. El Tipo Penal. Algunas Consideraciones en Torno al Mismo. UNAM, México, 1988.
- MORALES, José Ignacio. Las Constituciones de México. Editorial Puebla, México, 1957.
- Nuestra Constitución. Historia de la Libertad y Soberanía del Pueblo Mexicano. Cuaderno 9. Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México, 1990.
- OVALLE FAVELA, José. Garantías Constitucionales del Proceso. Editorial Mc. Graw Hill, México, 1996.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas. Mayo Ediciones, México, 1981.
- PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 20a. ed. Editorial Porrúa, México, 1988.
- PEREZ PALMA, Rafael. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1980.
- RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. 23a. ed. Editorial Porrúa, México, 1994.

SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. 2a. ed.  
Editorial Harla, México, 1995.

VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. 2a. ed.  
Editorial Trillas, México, 1991.

ZAMORA - PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. 8a. ed.  
Editorial Porrúa, México, 1996.

#### TEXTOS LEGALES:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común  
y para toda la República en materia de fuero Federal.

Código Penal para el Estado de México.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Convención Americana de Derechos Humanos.